Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 35 - n. 194
Outubro a Dezembro de 2014



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 35 - n. 194 - Outubro-Dezembro de 2014

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 35, n. 194

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. 194 (2014)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2015 - .

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. João Maria Lós

Vice-Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Julizar Barbosa Trindade

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

Dr. José Ale Ahmad Netto (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Decisão de pronúncia e falácia do *in dubio pro societate*. Esperança de que os operadores de direito exclamem, como no julgamento de Veneza: "Amanhã este espetáculo incível não se repetirá mais!"

Carlos Alberto Garcete de Almeida 007

A exigência de dolo nas qualificadoras do crime de homicídio doloso. Aspectos penas e processuais penais.

Carlos Alberto Garcete de Almeida 014

Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa nas Políticas Públicas.

Claudia Bossay Assumpção Fassa 026

Jurisprudência Cível 047

Jurisprudência Criminal 419

Noticiário 550

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 580

Jurisprudência Criminal 583

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 586

Jurisprudência Criminal 591

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



DECISÃO DE PRONÚNCIA E FALÁCIA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. ESPERANÇA DE QUE OS OPERADORES DE DIREITO EXCLAMEM, COMO NO JULGAMENTO DE VENEZA: "*AMANHÃ ESTE ESPETÁCULO INCÍVEL NÃO SE REPETIRÁ MAIS*!"

Carlos Alberto Garcete de Almeida[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar uma nova visão do rito do Tribunal do Júri, especialmente no que tange à decisão de pronúncia, por meio da leitura do Direito Processual Penal à luz da Constituição Federal de 1988, com vistas a demonstrar o flagrante descabimento da invocação do brocardo *in dubio pro societate*.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Pronúncia. *In dubio pro societate*.

Sumário: 1 Introito. 2 O Rito Especial do Tribunal do Júri e *in dubio pro societate*. 3 A falácia do (pseudo) Princípio *in dubio pro societate* como fundamento para justificar a pronúncia do acusado:Teoria Geral da Prova no Processo Penal. 4 O julgamento de Veneza. 5 Conclusões. 6. Referências.

1 INTROITO

Há décadas o princípio *in dubio pro societate* tem sido invocado pela doutrina e jurisprudência para sustentar comumente a decisão de pronúncia, no sentido de que, na dúvida, o juiz deve pronunciar o acusado, ou seja, determinar que seja ele levado a julgamento pelo Tribunal do Júri em casos de crimes dolosos contra a vida.

O objetivo deste singelo ensaio é argumentar que, à luz de um *processo penal constitucional,* não há mais lugar para sustentar tal princípio, que não guarda a menor compatibilidade com as garantias constitucionais inscritas no art. 5º da Constituição da República.

Pretende-se, aqui, proceder a uma pequena digressão sobre este (pseudo)princípio, com o escopo de demonstrar que não dispõe de qualquer amparo constitucional em nossa ordem jurídica.

Deve-se ter em mente que o estudo do sistema urge exame crítico sob o prisma da lógica, conforme preconizado por *Lourival Vilanova*[2], ou seja, por meio da coerência lógica. É que o jurista não pode admitir incoerências sistêmicas.

Observa-se, de início, que a invocação do *in dubio pro sociate* tornou-se praxe *automatizada*, inclusive na própria jurisprudência pátria. As decisões judiciais — em todas as instâncias — destacam esta expressão ao aludirem à decisão de pronúncia como que se tratasse de uma *operação lógica*, isto é: dúvida sobre a autoria ou sobre eventuais excludentes de ilicitude = pronúncia. Diz-se que,*"na dúvida, decide-se em favor da sociedade!"* Mas será mesmo que existe aquiescência da sociedade contemporânea para que, na dúvida, alguém seja submetido a julgamento popular?

---

1 Mestre em Direito Constitucional PUC/RJ. Doutorando em Direito Processual Penal PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal – ESMAGIS/MS. Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande-MS. E-mail: carlosgarcete@uol.com.br

2 VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

2 O RITO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

O art. 394, e seus parágrafos, do Código de Processo Penal (com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal n. 11.719, de 20-6-2008) preceitua que o procedimento será *comum* ou *especial*. O primeiro será ordinário, sumário ou sumaríssimo. O segundo (especial), conterá rito particular, cuja forma pode estar no Código de Processo Penal ou em lei especial.

Os processos relativos ao tribunal do júri seguem *procedimento especial*, conforme art. 406 e seguintes do Código de Processo Penal.

O rito do tribunal do júri segue forma pela qual, vencida a fase de instrução criminal, o juiz pode proferir quatro espécies de decisão[3], a saber: a) pronúncia, b) impronúncia, c) desclassificação e (d) absolvição sumária.

Referidas decisões, em linhas gerais, buscam, respectivamente, i) determinar que o acusado seja levado a julgamento pelo tribunal do júri (art. 413), ii) declarar a impossibilidade de ser julgado pelo tribunal do júri por falta de provas da materialidade ou ausência de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 414), iii) absolvê-lo sumariamente (art. 415) ou iv) determinar a remessa dos autos ao juízo competente (art. 419).

No tanto que interessa ao presente ensaio, bem é de se ver que o juiz *pronunciará* o acusado, se convencido da *materialidade* do fato e da existência de *indícios suficientes* de autoria ou de participação (art. 413).

Cuida-se de decisão de *natureza interlocutória*, pela qual o juiz se pronuncia pela *viabilidade* da acusação em fase posterior (em perspectiva), por se convencer da existência do crime e de indícios suficientes da autoria ou participação imputada ao acusado.

De acordo com *Aramis Nassif* [4], a pronúncia é decisão de admissibilidade da pretensão acusatória, tal como feito quando do recebimento da denúncia, mas, e não é demasiada dizer, trata-se de verdadeiro re-recebimento da denúncia, agora qualificada pela instrução judicializada.

É nesta espécie de decisão interlocutória que a doutrina e jurisprudência, de maneira indiscriminada, invocam, amiúde, o denominado (princípio) *in dubio pro societate.*

Neste compasso, sobreleva ponderar que a Constituição de 1988, no capítulo reservado aos *direitos e garantias fundamentais*, contempla, tão somente, o princípio *in dubio pro reo,* extraído das garantias de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV) e de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Incumbe não deslembrar que o art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República apenas reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Forçoso concluir que inexiste, no texto constitucional, qualquer referência ao famigerado (princípio) *in dubio pro societate*.

3 Art. 411, § 9º. Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

4 NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

Nessa linha de raciocínio, a respeitável advertência de *Aury Lopes Jr.*[5]:

> Importante destacar que a presunção de inocência e o in dubio pro reo não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o in dubio pro societate (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência.

Assim — com o devido respeito àqueles que assim não entendem —, já passou do momento histórico de refletirmos mais acerca da subsistência desse princípio, o qual, a nosso sentir, não passa de uma **quimera**.

3 AO DISCORRER SOBRE O *IN DUBIO PRO SOCIETATE*, DEVE-SE TER EM REFLEXÃO A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal é instrumento de *reconstrução* do fato histórico. É por meio de técnicas de recognição que o juiz firma seu convencimento, seu sentimento acerca do caso posto à sua apreciação para bem decidir acerca do rumo do processo, assim considerado como uma *situação jurídica (Goldschmidt)*. Isso decorre, diz *Aury Lopes Jr.*[6], do *"paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário; um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)"*.

Essa atividade é bem explicitada por Enrico Ferri[7] ao descrever:

> [...] à ação do juiz para garantia dos direitos individuais e sociais, em cada julgamento penal — que é colheita, discussão e decisão de provas —, é necessário estabelecer: 1º se o fato foi realmente cometido (prova genérica); 2º se o fato cometido constitui crime (prova jurídica); 3º se o crime foi cometido pelo acusado (prova específica); 4º em que condições pessoais e de ambiente foi cometido o crime (prova psicológica) e, portanto, com as leis penais vigentes, se por ele é ou não moralmente responsável; 5º qual o grau de sanção repressiva posta pela lei que deve ser estabelecido contra o réu (conclusão judicial).

Neste passo, a atual *gestão de provas* põe-se como a espinha dorsal do processo penal a partir de dois princípios fundantes mencionados por *Jacinto Coutinho*[8]: princípio dispositivo: adotado no sistema acusatório, pelo qual a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador); 2) princípio inquisitivo: adotado no sistema inquisitório, pelo qual a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator inquisidor).

A nosso sentir, o Código de Processo Penal vigente adota o *princípio dispositivo* ao prescrever que o ônus da prova compete a quem alegar (art. 156).

Dessarte, é na fase de instrução criminal que as partes devem produzir todas as provas necessárias a comprovar suas alegações. No procedimento do tribunal do júri, finda a instrução, a pronúncia deve ocorrer quando *há possibilidades concretas de virtual condenação* pelo tribunal do júri, e não *mera presunção* que apenas protrai o julgamento para o plenário, quando, desde logo, o Estado-juiz poderia ter declarado a inviabilidade da *pretensão acusatória*.

Essa teorização em nada vai de encontro à competência constitucional do tribunal do júri. O plano teorético desta digressão está na *teoria geral da prova no processo penal*, ou seja, na *gestão de provas* à

5 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2011. p. 528. v. 1.

6 *Op.cit*., p. 511.

7 FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 3. ed. Russel: Campinas, 2011. p. 313.

8 *Apud* Lopes Jr. Aury. *Op.cit*., p. 515.

luz do princípio dispositivo. Em outras palavras: os *indícios suficientes de autoria* devem ser entendidos como **elementos robustos e capazes de autorizar a sustentação de acusação no plenário do tribunal do júri**, evitando-se, como ocorre em muitos casos, que o Ministério Público se posicione pela pronúncia do acusado (primeiro momento) para, no tribunal do júri, dirigir-se ao conselho de sentença e asseverar (segundo momento) que não há provas concretas para sustentar a acusação.

Parece-nos que esse *error in procedendo* em muito decorre do influxo do (pseudo)princípio *in dubio pro societate*, invocado e reiterado, sem qualquer reflexão, na fase de prolação da decisão de (im)pronúncia.

Sucede que não há amparo no ordenamento jurídico para pronunciar o réu sob a motivação de que, na dúvida, favorece-se a sociedade! Ora, por que a sociedade seria favorecida? Qual a lógica disso? A decisão de pronúncia deve estar fundamentada na *gestão de provas*. Vale dizer: se, ao cabo da instrução, o órgão acusador logrou carrear aos autos provas robustas que permitem vislumbrar que terá condições **efetivas** de sustentar uma acusação em plenário, deve, neste caso, o juiz pronunciar o réu. Assim, devem ser interpretados os *indícios suficientes de autoria*. Volta-se a insistir que a hermenêutica do *devido processo penal* deve ser procedida à luz do filtro constitucional.

Para isso, oportuno destacar a moderna *Teoria Constitucionalista do Processo*, que, em linhas gerais, advoga a estreita vinculação entre processo e Constituição, focando-se no estudo sistemático de conceitos e instituições processuais ínsitas na Constituição da República, a bem observar, notadamente, a hierarquia das fontes.

A propósito deste descabido princípio — *in dubio pro societate* —, *Aury Lopes Jr.*[9] faz uma análise precisa de seu (des)sentido atual:

> Noutra dimensão, bastante problemático é o famigerado 'in dubio pro societate'. Segundo a doutrina tradicional, neste momento decisório deve o juiz guiar-se pelo 'interesse da sociedade' em ver o réu submetido ao Tribunal do Júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, deve ele ser pronunciado. LEAL afirma que 'ela se norteia pelo princípio do 'in dubio pro societate', ou seja, na dúvida, o juiz decide a favor da sociedade, declinando o julgamento ao júri. A jurisprudência brasileira está eivada de exemplos de aplicação do brocardo, não raras vezes chegando até censurar aqueles (hereges) que ousam divergir do 'pacífico entendimento' ...
>
> Pois bem, discordamos desse pacífico entendimento.
>
> Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do in dubio pro societate?
>
> Nenhuma. Não existe.
>
> Por maior que seja o esforço discursivo em torno da 'soberania do júri', tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da 'soberania' a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com a carga probatória.

E, na sequência dessa reflexão, adverte com pena de mestre:

> Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. [...]

9 LOPES Jr. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1003.

Tal entendimento também é preconizado com rigor por *Paulo Rangel*[10] :

> Na pronúncia, segundo doutrina tradicional, a qual não mais seguimos, impera o princípio 'in dubio pro societate', ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu o mandando a júri [...].
>
> Entendemos que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado [...].

Perfilado ao descabimento atual do *in dubio pro societate*, junta-se a posição de *Guilherme de Souza Nucci*[11]:

> É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livres de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo 'in dubio pro societate' (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas [...].
>
> Não é a sistemática adotada pela legislação brasileira. Demanda-se segurança e a essa exigência deve estar atrelado o magistrado que atua na fase da pronúncia. Somente deve seguir a julgamento pelo Tribunal Popular o caso que comporte, de algum modo, conforme valoração subjetiva das provas, um decreto condenatório. [...].

D'outro tanto, já que o '*in dubio pro societate'* é tratado como um *princípio*, é mister que relembremos o verdadeiro significado de princípio, para o que se impõe abeberar na lição de *Humberto Ávila*[12]:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Denota-se, pois, que o inexplicável *in dúbio pro sociatate* nada tem a ver com princípio, porquanto não se trata de nenhuma norma imediatamente finalística, como alerta *Humberto Ávila*. Percebe-se que pronunciar o acusado *na dúvida* porque isso seria um *princípio em favor da sociedade* é algo incompreensível no atual estádio de evolução do Direito Processual Penal à luz da visão constitucional.

4 O JULGAMENTO DE VENEZA

Importa notar que a questão da "dúvida", como fundamento ***standard*** para que o acusado seja levado a um julgamento pelo tribunal popular, é algo que urge ser **repensado**. O processo penal, já se disse alhures, é, por si só, *uma pena* ao acusado, haja vista que suas sequelas são irreversíveis, mesmo em caso de absolvição.

A fortiori, submeter alguém a julgamento público é algo ainda mais grave, por flagrante violação ao *devido processo penal*, sob pena de transformar-se tal julgamento em um **espetáculo** pelo qual se expõe alguém, absurdamente, ao constrangimento popular.

10 RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 152.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 87.

12 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79.

Em outras palavras, é transformar o acusado na figura de **Maria Nicolaevna Tarnovskij**, tão bem retratada pelo célebre jurista italiano **Carnelutti**[13]. Di-lo:

> Quase cinquenta anos faz, discutindo-se em Veneza um processo por homicídio, sobre o qual convergia a mórbida curiosidade de todos, na sessão do Tribunal do Júri, incrivelmente lotado, quando se levantou para ser interrogada, emergindo das grades em sua estupenda figura, Maria Nicolaevna Tarnovskij, qualquer centena de senhores, que apinhavam os locais reservados, num salto puseram-se em pé e assentaram sobre ela monóculos e binóculos, Angelo Fuzinato, presidente insigne, exclamou com contida indignação:
>
> **'Amanhã este espetáculo incível não se repetirá mais'.**
>
> Era o mesmo presidente, o qual não tolerava que um advogado se comportasse no falar, no gesticular, no vestir de modo não conforme a dignidade de seu ofício e, de outra parte, quando percebesse, decidindo uma causa civil, ter cometido um erro, não tinha paz até que não lhe fosse dado corrigir-se publicamente. Eis um magistrado, que tinha entendido que valor tem o processo penal para a civilidade de um povo. Os advogados de Veneza, para exaltarem o seu exemplo de firmeza, de dignidade, de abnegação ornaram com seu busto no grande átrio superior da Corte de Apelação e eu, nesta ocasião, quero lembrar a sua figura para colocar sob sua proteção aquilo que estou dizendo em torno desta mais alta experiência de civilização, que deveria ser o processo penal.

Infelizmente, hodiernamente, ainda se testemunham inúmeros *espetáculos incíveis*, traduzidos em desnecessárias sessões de tribunal do júri, que só se destinam a expor, indevidamente, o acusado ao constrangimento popular, sem provas razoáveis, como na história de ***Maria Nicolaevna Tamovskij***.

É preciso notar que a sociedade atual é movida pelos processos de *globalização*, de informação, obtidos em milésimos de segundos, pelas redes sociais, fatores que, estreme de dúvidas, têm transformado casos de notoriedade pública em *grandes espetáculos* com vereditos prévios, ditados pela manipulação da informação, e, em última razão, pela manipulação da opinião pública, a influenciar não só os juízes de fato do tribunal do júri, como os próprios juízes togados, que, em alguns casos, se sentem mais confortáveis em proferir decisões simpáticas à opinião pública, intencionalmente construída, o que acontece, não raras vezes, nas próprias decisões de pronúncia.

Lamentável detectar que, no mundo atual, a publicidade do processo penal, cuja finalidade epistemológica repousa na ideia do *controle popular*, desvirtuou-se, de modo a *degenerar* o verdadeiro sentido dessa transparência do processo.

Na vestusta obra de *Carnelutti* que tem sido invocada neste singelo trabalho de reflexão, o referido mestre já advertia a seu tempo[14]:

> Não tanto o público que enche os tribunais ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar. As togas dos magistrados e dos advogados, assim, se perdem na multidão. Sempre mais raros são os juízes que têm severidade necessária para reprimir esta desordem.

Ipso facto, é mister que se espelhe na lembrança do julgamento de Veneza, na autoridade de **Angelo Fuzinato**, e que se proclame: ***"Amanhã este espetáculo incível não se repetirá mais!"***

13 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 22.

14 *Op.cit*., p. 21-2.

É clássica a lição do sobredito *Carnelutti*[15], ao advertir que "***o homicídio não é somente ter matado, mas ter querido matar.***" É essa a perspicácia exigida para a decisão de pronúncia.

Por corolário, que o famigerado princípio *in dubio pro societate* seja inumado de uma vez por todas.

5 CONCLUSÕES

À luz do processo penal constitucional, o julgamento de crimes dolosos contra a vida, pelo tribunal do júri, só deve ocorrer quando o órgão acusador (Ministério Público) vislumbra, desde as alegações finais, que tem condições de, em plenário, sustentar *efetivamente* uma acusação diante do Conselho de Sentença.

Nada obstante inexistir vedação para tanto, soa estranho ao Conselho de Sentença o *Parquet* pedir, na sessão de julgamento — fase terminal do procedimento —, a absolvição do acusado por não se convencer das provas. É claro que, em situações excepcionais, como, *ad exemplum*, do presentante que, em plenário, não seja o mesmo que acompanha a instrução criminal, nada há de anormal em pugnar pela absolvição, haja vista sua independência funcional.

A situação que se aborda aqui é bem outra: está a se falar que não se afigura *conformado* ao modelo atual de *processo penal constitucional* o Ministério Público pedir, em alegações finais, a pronúncia — por visualizar a presença de *indícios suficientes de autoria* —, mesmo já convencido de que, no tribunal do júri, não terá condições de sustentar a acusação. Essa hipótese deve ser repudiada.

Forçoso depreender que a invocação, na atualidade, do famigerado (princípio) *in dubio pro societate* é de uma excrescência jurídica sem tamanho, impondo-se que seja extirpado, vencido, desconsiderado pelos operadores do direito.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 3. ed. Russel: Campinas, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2011. v. 1.

_____. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

15 *Op.cit.*, p. 51.

A EXIGÊNCIA DE DOLO NAS QUALIFICADORAS DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Carlos Alberto Garcete de Almeida[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar a exigência de dolo nas qualificadoras do crime de homicídio doloso, abordando aspectos penais e processuais penais.

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Art. 121 do Código Penal brasileiro. Homicídio. Qualificadoras. Dolo.

Sumário: 1. Introito. 2. Evolução do direito penal até a fase contemporânea. 3. Estágio atual. 4. Dos crimes comissivos dolosos. 5. Dolo nas qualificadoras. 6. Aspectos processuais referentes às qualificadoras do crime de homicídio doloso. 7. Conclusão. 8. Referências

1 INTROITO

Em tempos atuais, resta pacífico o entendimento de que o do direito penal encontra seu *fundamento de validade* no texto constitucional, a partir do qual se deve proceder a qualquer interpretação da norma infraconstitucional.

Nesse sentido, o direito penal não pode receber interpretação isolada, estanque, do arcabouço constitucional que compõe o ordenamento jurídico de nosso país, sob pena de subversão de toda organização político-jurídica regente do princípio republicano.

Sob a égide de um Estado Democrático - e que tem seu sustentáculo nuclear nos direitos fundamentais -, a atividade de criminalizar condutas, seja a primária (feita pelo legislador), seja a secundária (pelo julgador no caso concreto), deve, necessariamente, recair sobre condutas efetivamente lesivas a um bem jurídico tutelado pelo Estado. De acordo com vetusta lição de **Aníbal Bruno**[2]:

> Fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de VON LISZT, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. [...]

O direito penal atual passa a ser *constitucionalizado*, ou seja, inspirado em nossa Constituição cidadã, de tal sorte a reafirmar, a cada dia, seus valores fundamentais. De acordo com **Luiz Flávio Gomes**:

> Em um Estado constitucional que se define, com efeito, como democrático (no sentido de que o povo é quem ostenta a máxima soberania, e não o legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para orientar seu próprio destino) e de direito (que significa que o Estado não pode fazer nada fora dos limites fixados por ele mesmo), e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta

1 Mestre em Direito Constitucional PUC/RJ. Doutorando em Direito Processual Penal PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal – ESMAGIS/MS. Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande-MS. E-mail: carlosgarcete@uol.com.br

2 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral – Tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.

> *dúvida de que só resulta legitima a tarefa de criminalização primária (criminalização feita pelo legislador) ou de criminalização secundária (feita pelo julgador) quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico e mesmo assim nem todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade) é que podem ser incriminados ou punidos*[3].

É dessa forma que a atividade de dizer o direito (*ius dicere* = jurisdição), no âmbito dos julgamentos populares, se dá, isto é, por meio da releitura do direito penal, especificamente a respeito dos crimes dolosos contra a vida, porquanto têm a competência atribuída ao tribunal do júri por imperativo constitucional. A Constituição de 1988 cometeu aos jurados a função de decidir acerca do que deve ser tido como "*crimes dolosos contra a vida*", pelo que a tarefa de exercitar a "constitucionalização" do direito penal recai sobre pessoas que não aqueles que compõem a magistratura de carreira.

Porém, nem sempre foi assim. Neste aspecto, cumpre trazer à baila um pequeno retrospecto da evolução do direito penal.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL ATÉ A FASE CONTEMPORÂNEA

O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de seguranças[4]. Possui as seguintes características:

i) os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam apenas ao indivíduo, mas à coletividade.

ii) finalidade preventiva, pois, antes de punir, deve procurar estimular o indivíduo a não se afastar da ordem jurídico-penal. Apenas secundariamente, o Direito Penal buscará punir o infrator.

iii) é ciência do "*dever-ser*", e não do "*ser*". É ciência cultural, normativa, valorativa e finalista.

Eis as principais funções do Direito Penal:

i) proteção de bens jurídicos fundamentais. Bem jurídico não se confunde com "*ratio legis*", pois aquele é anterior à norma penal e serve como parâmetro e limite do preceito penal.

ii) função ético-social, exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social, dentro da estabilidade do juízo ético-social da comunidade. Por isso, a pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade. A pena deve respeitar a finalidade de prevenção geral e especial, sob pena de violar o Estado de Direito Social e Democrático. Trata-se de *princípio limitador do poder repressivo estatal*.

Os princípios limitadores do poder punitivo estatal decorrem de ideais do "**Iluminismo**" (igualdade, fraternidade e liberdade), que se sucederam do Estado Absolutista. Todos estão insertos, explícitos ou implicitamente, na CF de 1988 (art.5º). São eles:

i) *Princípio da legalidade* (ou da reserva legal). Sem lei anterior, não há que se falar em delito e, tampouco, pena.

ii) *Princípio da intervenção mínima*. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, consagrado pelo Iluminismo, depois da Revolução Francesa. Deve-se evitar a "inflação legislativa".

3 GOMES, Luiz Flávio. Coordenador. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**. v. 2. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007. p. 192.

4 WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. 3. ed. Castellana da 12. ed. Alemán. Santiago: Jurídica do Chile, 1987. p. 11.

iii) *Princípio da fragmentariedade*. Em linhas gerais, o caráter fragmentário do direito penal significa que não se destina a sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas, apenas, as mais graves e que sejam praticadas contra bens mais relevantes.

iv) *Princípio da culpabilidade*. Não há crime sem culpabilidade. No direito penal primitivo havia a responsabilidade objetiva. Atualmente, "*nullum crimen sine culpa*".

v) *Princípio da humanidade.* O poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Exemplos: prescrição de penas cruéis e infamantes, a tortura e os maus-tratos.

vi) *Princípio da irretroatividade da lei penal*. a lei não pode retroagir para prejudicar o acusado.

vii) *Princípio da adequação social*. Conforme **Welzel**, o direito penal tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal implica "seleção de comportamentos" e "valoração".

viii) *Princípio da Insignificância*. Foi cunhado pela primeira vez por **Claus Roxin** em 1964. Por ele, exige-se que a ofensa tenha alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos. Chamado de "princípio da bagatela" por **Klaus Tiedemann**. Há condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, mas não apresentam relevância material.

ix) *Princípio da ofensividade*. Para tipificar um crime, em sentido material, é imprescindível que haja *perigo concreto, real* e *efetivo* a um bem jurídico penalmente tutelado.

x) *Princípio da Proporcionalidade*. Previsto no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*". Decorre do constitucionalismo moderno (embora já estivesse sido mencionada por **Beccaria**) e procede do Iluminismo. Segundo **Hassemer**, a proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal. Não se confunde com o princípio da razoabilidade (que se refere àquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso). A proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade é construção da Suprema Corte norte-americana.

É mister compreender a história evolutiva do Direito Penal, de tal modo a facilitar a exegese, que necessita ser contextualizada. Eis as principais fases:

i) vingança divina;

ii) vingança privada;

iii) vingança pública.

A v*ingança divina* prevaleceu nas leis dos povos do antigo oriente (além da Babilônia, China, Índia, Israel, Egito, Pérsia etc.). Decorreu do caráter teocrático. Aplicado por sacerdotes. Conotação mística. Trata-se de direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Entendia que fenômenos maléficos eram manifestações divinas ("*totem*"), revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação.

A *vingança privada* surgiu posteriormente. Referia-se tanto à punição do indivíduo, quanto à de seu grau social (batalhas sangrentas e eliminação de grupos). Nessa fase, surgiria a "Lei de Talião", com a reação proporcional ao mal praticado: "*olho por olho, dente por dente*". A Lei de Talião foi adotada no Código de Hamurabi, na Babilônia, no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). Como o número de infratores era grande, o direito talional evoluiu à *composição*, sistema pelo qual o infrator

comprava sua liberdade, livrando-se do castigo. É a *composição*, inclusive, que acabaria por inspirar a reparação de danos civis e as penas pecuniárias do Direito Penal. A vingança privada desapareceu de duas a três décadas antes de Cristo.

A *vingança pública* emerge com o aprimoramento da organização social. O Estado afasta a vindita privada e assume o poder-dever de manter a ordem e a segurança social. Porém, mantém, ainda, forte ligação religiosa. Ex: A Grécia era governada em nome de Zeus. A finalidade precípua era a segurança do soberano ou monarca. Essa visão foi questionada pelos filósofos Aristóteles (sustentando o livre-arbítrio) e Platão (em "Leis": finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo). É a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma, por sua vez, é tida como síntese da sociedade antiga. Na fundação de Roma (753 a.c), o direito penal possuía apenas caráter sacral. A figura do rei confundia-se com a do sacerdote, que possuía poderes ilimitados. A Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.) foi o primeiro código romano escrito, adotando a Lei de Talião. Surge a divisão entre crimes públicos (traição e conspiração política contra o Estado [*perduellio*] e assassinato [*parricidium*]) e os crimes privados (os demais [*delicta*]).

Bem de ver-se que, atualmente, preocupa-se o Direito com a eliminação das fronteiras entre as nações, buscando uma verdade compartilhada, sob o signo de ***direito comunitário***, como uma resposta vital a necessidades antevistas por juristas, em face dos princípios gerais do Direito, já praticados na comunidade comum europeia e sob perspectiva da América.

Em meados do séc. XVIII — "**século das luzes**" —, ocorreria a reação de alguns pensadores agrupados em torno de ideias, sob o fundamento da *razão* e da *humanidade,* pois, para eles, o Direito era um instrumento gerador de privilégios, a permitir arbitrariedades. Esses pensadores dedicaram-se a censurar arbitrariamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades dos indivíduos e enaltecendo o princípio da dignidade humana. Esse movimento, definido como "Iluminismo", atingiria o apogeu com a Revolução Francesa.

Pode-se dizer que o Iluminismo foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano. Destacaram-se os filósofos franceses **Montesquieu, Voltaire** e **Rousseau**, que pugnavam pela "igualdade, liberdade e fraternidade". Na seara criminal, destacaram-se **Beccaria, Howard** e **Bentham***,* dentre outros. Vejamos:

i) **Cesare de Beccaria** (1738-1794), ou Cesar Bonessana, ou Marquês de Beccaria. Publicou, em 1764, o famoso "*Dei Delitti e delle Pene*", inspirado nas ideias de *Montesquieu, Rousseau, Voltaire* e *Locke*. Trata-se de associação do *contratualismo* ao *utilitarismo*. Seus escritos marcaram o direito penal moderno. *Beccaria* construiu um sistema criminal que iria substituir o desumano e abusivo sistema criminal anterior. Para ele, o objetivo preventivo geral não precisa ser obtido pelo terror, mas com a *eficácia* e *certeza da punição*. Não admitia a vingança como fundamento do *ius puniendi*.

ii) **John Howard** (1725-1790). Foi quem inspirou a construção de estabelecimentos apropriados para cumprimento de pena privativa de liberdade. Teve grande importância no processo de humanização e racionalização das penas. Consta que *Howard* teria visitado um grande número de prisões europeias. Preconizava que as prisões deveriam ser fiscalizadas por magistrados.

iii) **Jeremias Bentham** (1748-1832). Promoveu grandes modificações no campo da Penologia. Baseava-se no princípio do "*utilitarismo*", que se traduzia na procura da felicidade para a maioria, e não, simplesmente, a felicidade da minoria. Um ato possui utilidade se visa a produzir benefício, vantagem, prazer, bem-estar. Assim, a pena deveria ser consubstanciada no *utilitarismo*. Considerava que o fim principal da pena era prevenir delitos semelhantes. Ademais, a pena era um mal que não deveria exceder o dano produzido pelo delito. Sua maior contribuição à Penologia foi a concepção do "*panótico*" (corante utilizado

em laboratórios com a finalidade de obter resultados mais nítidos na análise laboratorial). Sustentava uma arquitetura ideal às penitenciárias, com uma construção redonda e com vários andares, com as janelas das celas voltadas ao interior da edificação, sendo que os inspetores deveriam permanecer no centro, de sorte a visualizar tudo (*panótico*). Hoje, também, denominada de torre de observação.

Entre nós, com o descobrimento do Brasil (1500), passou a vigorar o Direito Lusitano:

i) Ordenações Afonsinas (publicada em Portugal, em 1446, no reinado de Dom Afonso V), consideradas como o primeiro código europeu completo.

ii) Ordenações Manuelinas (editadas por Dom Manuel I, em 1521).

iii) Ordenações Filipinas (produzidas por Felipe II, em 1603). Não se adotava o princípio da legalidade. A escolha da sanção ficava ao arbítrio do juiz. Foram ratificadas em 1643, por Dom João VI, e, em 1823, por D. Pedro I.

Sob a égide da Constituição brasileira de 1824, foi editado, em 1830, o Código Criminal (primeiro da América Latina), com base no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos. Inspirado nas ideias de *Bentham, Beccaria* e *Mello Freire*, bem como no Código Penal francês de 1810 e no Código Napolitano de 1819. O Código de Processo Criminal, por sua vez, surgiria em 1832. Em 1890 (ou seja, antes da Constituição de 1891), foi publicado o novo Código Penal, considerado o pior da história porque ignorara completamente todos os avanços obtidos até aquele momento. Vigorou até 1932, quando surgiria a Consolidação das Leis Penais (de Vicente Piragibe). Em 1940, foi acolhido um projeto de lei, elaborado por Alcântara Machado, que, em seguida, foi sancionado, mas que só entrou em vigor em 1942. O Código Penal de 1940 vigora até hoje, com destaque às reformas sofridas pela Lei n. 6.416/1977 e pela Lei n. 7.209/1984.

Oportuno registrar que, em 1969, promulgou-se um novo Código Penal (projeto de Nelson Hungria, de 1963), mas que nunca entrou em vigor e foi revogado pela Lei n. 6.578/1978.

Por força dos movimentos decorrentes do Iluminismo, sobretudo das críticas humanitárias de *Voltaire, Montesquieu* e *Rousseau*, além do trabalho consagrado de *Beccaria* (Dos delitos e das Penas), surgem, no Séc. XIX, inúmeras correntes de pensamentos, as quais foram denominadas de "Escolas Penais". Denominação dada pelos positivistas com conotação pejorativa. Representava uma humanização das ciências penais. Para muitos, esse período não apresentou um corpo de doutrina comum, pois não há destaque a um conjunto de juristas que apresentaram ideias homogêneas. Surgida no fim do Séc. XIX, em concomitância com a evolução de estudos nas áreas da Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc. Com esses estudos relacionados, o Direito Penal passa a ganhar mais corpo, ao contrário da Escola Clássica, mais individualista. Nascia assim, a Criminologia. Características:

i) descoberta de novos fatos e realização de experiências que ampliaram o conteúdo do Direito;

ii) nascimento de uma ciência causal-explicativa, qual seja a Criminologia;

iii) preocupação com o delinquente e a vítima;

iv) melhor individualização das penas;

v) conceito de periculosidade;

vi) desenvolvimento dos institutos da medida de segurança, da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

vii) tratamento tutelar ou assistencial ao menor.

A Escola Positiva divide-se em três fases:

a) fase antropológica (*Cesare Lombroso*);

b) fase sociológica (*Enrico Ferri*);

c) fase jurídica (*Rafael Garofalo*).

Fase antropológica. *Lombroso* (1835-1909) foi seu fundador. Expunha o conceito de "*criminoso atávico*" (herdado de um ascendente). Partia da ideia de um criminoso nato, cujas anomalias constituíram um tipo antropológico específico. Seus estudos, no entanto, foram evoluídos (atavismo, epilepsia e loucura moral). Acabou por reconhecer que o crime poderia ser consequência de múltiplas causas, que podiam ser convergentes ou independentes. Criou, então, a tipologia do delinquente: nato; por paixão; louco; de ocasião; e epilético. As primeiras experiências de *Lombroso* foram feitas com análise dos soldados do Exército italiano, quando se constatou uma diferença acentuada entre bons e maus, sendo que estes tinham o corpo coberto de tatuagens, normalmente com desenhos obscenos, bem como assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, irregularidades nos dedos etc. *Lombroso* chegou a acreditar que o criminoso nato era uma subespécie humana. No entanto, nada conseguiu provar. Insatisfeito, abandonou o estudo teórico da Universidade Italiana, onde cursava o 4º ano de Medicina, incursionando no estudo experimental de Viena, com o fim de desenvolver teorias antropológicas.

Fase jurídica. Inaugurada por *Garofalo* (1851-1934). Primeiro jurista da Escola Positiva, com a obra Criminologia (1885). Sistematizou juridicamente a Escola Positivista. Sua preocupação fundamental não era a correção do delinquente, mas a incapacitação do delinquente, sem objetivo ressocializador. Partia das ideias de *Darwin* sobre a seleção natural para aplicá-la ao processo penal e sugeria pena de morte aos delinquentes que não tivessem absoluta capacidade de adaptação (criminosos natos).

Fase sociológica. Destacada por *Enrico Ferri* (1856-1929). Consolidou a sociologia criminal. Na investigação que apresentou à Universidade de Bolonha (1877), sustentou a teoria sobre a inexistência do livre-arbítrio, considerando que a pena não se impunha pela capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade. A responsabilidade penal passava de moral para social. Acreditava na ressocialização. Importante consignar que as Escolas Clássica e Positiva foram as únicas que possuíam posições extremas e filosoficamente bem definidas. Posteriormente, surgiram as Escolas Ecléticas (ou Intermediárias), que procuravam uma conciliação dos postulados das escolas predecessoras. Merecem destaque:

i) *Terza scuola Italiana*;

ii) Escola Técnica Jurídica;

iii) Escola Correcionalista;

iv) Teoria da Defesa social.

Também conhecida por "Escola Crítica", a partir do famoso artigo publicado por Manuel Carnevale: "*Una* T*erza Scuola di Diritto Penale in Italia*", em 1891. O fim da pena é a defesa social, sem perder seu caráter punitivo. Acolhe o princípio da responsabilidade moral e distingue imputáveis de ininputáveis. Seu principal representante é o vienense *Franz von Liszt* (1851-1919). Também conhecida como escola de política criminal ou escola sociológica alemã. Por meio dessa escola, foi criada, em 1888, a União Internacional de Direito Penal, que perdurou até a I Guerra Mundial. Esse trabalho foi retomado em 1924

pela (sucessora) Associação Internacional de Direito Penal, a maior entidade internacional de direito Penal atualmente em atividade. Surgida na Alemanha, em 1839, por decorrência da dissertação de *Karl Roder — Comentatio an poena malum esse debeat —*, tinha por fundamento o sistema filosófico de *Krause,* que pertencia ao movimento do idealismo romântico alemão, na primeira metade do século XIX.

Malgrado seu nascedouro, foi na Espanha que essa escola encontrou seus maiores prosélitos, que cultuaram o conhecido *correcionalismo espanhol,* podendo-se citar *Giner de los Ríos, Alfredo Calderón, Concepción Arenal, Rafael Salillas* e *Pedro Dorado Montero.* A principal característica dessa escola é a fixação da correção ou da emenda do delinquente como fim único da pena. Isso significa que a Escola Correcionalista via na pena apenas o meio racional e necessário de ajudar a vontade, injustamente determinada, de um membro do Estado, a ordenar-se por si mesma. A pena não se destina ao homem abstrato, mas ao homem real, que se tornou responsável por um crime.

Menciona *Cezar Roberto Bitencourt*[5] que, em outros termos, o delinqüente, para os correcionalistas, é um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, constituindo-se, por isso, em um perigo para a convivência social, sendo indiferente a circunstância de tratar-se ou não de imputável.

A Teoria da Defesa Social surge no final do século XIX por meio da revolução positivista, conquanto haja registros históricos na filosofia grega e no Direito Canônico medieval. *Filippo Gramatica* fundou, na Itália, em 1945, o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, com o fito de renovar os meios de combate à criminalidade. Para ele, o Direito Penal deveria ser substituído por um *direito de defesa social,* de tal arte a adaptar o indivíduo à ordem social. Em 1954, *Marc Ancel* publicava a obra "A nova defesa social", verdadeiro marco ideológico da doutrina humanista de proteção social contra o crime. Esse movimento preconizava uma nova postura em relação ao delinqüente, com base nos seguintes princípios: a) filosofia humanística; b) análise crítica do sistema existente e, se necessário, sua contestação; c) valorização das ciências humanas, a auxiliar no estudo e combate ao problema social.

3 ESTÁGIO ATUAL

Como se depreende, o estágio atual do direito penal consagra a evolução decorrente de lutas e de etapas da história que serviram para o amadurecimento de uma teoria contemporânea que encara esse ramo do direito à luz do arquétipo constitucional, notadamente dentro dos valores dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 atribuiu aos jurados — cidadãos selecionados da própria sociedade — a atividade de exercer parcela da autoridade estatal de forma direta (e não por representação como ocorre nos demais casos), o que faz emergir, induvidosamente, a índole eminentemente democrática da instituição do tribunal do júri. Trata-se de uma das poucas atividades estatais que não se exerce por representação ou delegação popular, mas, diretamente, pela própria sociedade, que decide qual conduta deve ser tida como criminosa e qual acusado deve, ou não, ser condenado.

4 DOS CRIMES COMISSIVOS DOLOSOS

Antes de discorrer acerca dos chamados crimes comissivos dolosos, sobreleva trazer a lume alguns conceitos estruturais da teoria do crime, conforme adiante seguem.

O **objeto material** do crime diz respeito à pessoa ou à coisa sobre a qual recai a conduta delituosa perpetrada pelo agente. No caso do crime de homicídio, o objeto material é o homem.

Acrescente-se que o **resultado jurídico** ou **normativo** é a lesão ou perigo de lesão ao bem

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

jurídico tutelado pela norma incriminadora penal. No crime de homicídio, é a vida. O **resultado físico** ou **naturalístico** é aquele que ocorre no mundo físico (*crimes materiais* e *formais*), conquanto seja possível existir delito sem o resultado naturalístico (*crimes de mera conduta* e de *mera inatividade*). No homicídio, o resultado naturalístico é a morte.

Dito isso, bem é de ver-se que o Código Penal brasileiro define crime doloso como sendo aquele em que o agente **quer** o resultado morte ou **assume** o risco de produzi-lo (art. 18, I). Trata-se do dolo direto e do dolo indireto.

Na hipótese de dolo direto, o agente age com consciência e vontade de praticar a conduta descrita na norma incriminadora penal.

No dolo eventual, o agente tem **consciência** de que sua conduta pode ocasionar o resultado proibido. Pode agir ou deixar de agir. Opta, no entanto, por determinada conduta, com admissão da possibilidade da produção daquele resultado descrito no preceito primário da norma penal.

Qual a diferença do dolo na Teoria Causalista e na Teoria Finalista?

No Causalismo, o dolo integra a culpabilidade. Exige não só que o agente tenha conhecimento do resultado que visa atingir, mas, também, da ilicitude da conduta. Por isso, diz-se que o dolo é normativo.

No Finalismo, de acordo com Welzel, o dolo é considerado dentro dos elementos do *tipo penal,* e não na culpabilidade. Em outras palavras: o dolo é natural, sendo prescindível que o agente tenha conhecimento da ilicitude.

De acordo com quadro expositivo apresentado por Sheila Bierrenbach[6], o dolo se coloca da seguinte forma nas duas teorias acima mencionadas:

Teoria causalista

CULPABILIDADE = Imputabilidade + dolo normativo (com consciência de ilicitude) + exibilidade.

Teoria finalista

TIPO PENAL = tipo objetivo + tipo subjetivo (dolo natural, sem consciência de ilicitude).

Consoante opinião dominante da doutrina, o Código Penal vigente adotou a Teoria Finalista.

Ainda sobre o dolo, subsistem, a propósito, três teorias. A primeira, denominada **Teoria da Vontade**, preconiza que o dolo consiste na vontade de produzir o resultado descrito na norma penal. A segunda, **Teoria da Representação**, considera que o dolo se satisfaz com a simples previsão do resultado, de sorte que, para esta, não haveria diferença entre *dolo eventual* e *culpa consciente*. A terceira é chamada de **Teoria do Consentimento**, pela qual basta que o agente assuma o risco de produzir o resultado.

Tendo em vista que nosso Código Penal preceitua que há crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I), resta evidente que foram adotadas as Teorias da Vontade e do Consentimento.

6 BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 99.

5 DOLO NAS QUALIFICADORAS

O homicídio doloso será considerado qualificado quando perpetrado mediante circunstâncias legais que compõem a norma incriminadora penal, de modo a alterar a faixa de apenação legal. As qualificadoras do crime de homicídio doloso estão previstas no § 2º do art. 121 do Código Penal brasileiro. Na legislação penal brasileira supracitada, o crime de homicídio doloso simples tem pena em abstrato de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto que o crime de homicídio doloso qualificado tem pena em abstrato de 12 a 30 anos.

As qualificadoras do crime de homicídio doloso — por se tratarem de circunstâncias que compõem legalmente o tipo penal — reclamam a existência de intencionalidade para sua caracterização.

Trata-se de fundamento basilar da estrutura do crime, mas que, lamentavelmente, não tem recebido o devido cuidado técnico por parte da jurisprudência pátria.

É o caso da qualificadora do recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Há de se perquirir, no caso concreto, se o agente teve a intenção direta de comprometer a defesa da vítima. Em linha teorética, não é porque o agente atua "repentinamente", ou porque a vítima "encontra-se desatenta", que a qualificadora da surpresa automaticamente se caracteriza.

A análise da qualificadora deve ser feita, não pelo "comportamento da vítima", mas, pelo "elemento volitivo" que anima o acusado. É esse elemento subjetivo do agente que faz a reprimenda, em tese, ser mais elevada do que a conduta do homicídio simples.

Assim ensina **Guilherme de Souza Nucci**:

> [...] é preciso agir com cautela para não generalizar, na prática, uma qualificadora que torna a pena mais grave. Note-se que todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima de que ela será agredida, de forma que não é o simples fato de iniciar um ataque súbito que faz nascer a qualificadora. É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente *surpreender* a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação.

De acordo com **Heleno Fragoso**[7]:

> Os meios e modos de execução que qualificam o delito referem-se à exacerbação do ilícito, integrando a figura típica. Assim sendo, são elementos que devem estar cobertos pelo dolo (bastando o dolo eventual), sendo, pois, excluídos pelo erro.
>
> [...]
>
> Quanto aos modos de execução, o agente deve ter consciência de que age à traição, de emboscada ou com surpresa para a vítima.

Em obra antiquíssima, **Magalhães Noronha** já advertia:

> Termina o inciso com a expressão genérica ***ou outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima*** (v.g. a surpresa para o ofendido). A dificuldade ou impossibilidade há de resultar do modo por que o agente atua e não de condições do sujeito passivo.

7 FRAGOSO, Heleno Claudio. **Jurisprudência Criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Verbete 287. p. 342-5.

Resta evidente, pois, a imperiosa necessidade de demonstração de dolo no caso das qualificadoras do crime de homicídio doloso.

6 ASPECTOS PROCESSUAIS REFERENTES ÀS QUALIFICADORAS DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO

O primeiro aspecto que se impõe anotar diz respeito à denúncia oferecida pelo Ministério Público. Cumpre não perder de vista que a denúncia conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41). Por se tratar de peça inaugural apta a deflagrar a ação penal, a narrativa fático-jurídica deve, necessariamente, descrever no que consiste o dolo da qualificadora eventualmente indicada. Afigura-se flagrantemente violador do devido processo legal a descrição genérica, obscura, ou que se circunscreva a repetir os termos da lei (motivo fútil, motivo torpe etc.).

Ao assim agir, impõe-se que o juiz afaste a qualificadora em caso de pronúncia, haja vista inexistir, em casos tais, narrativa fática que permita transpor a qualificadora ao plenário do júri, onde, necessariamente, o magistrado deverá redigir o quesito correspondente em termos fáticos. Eis aí o grande problema: se a denúncia não descreve de maneira pormenorizada a narrativa fática da qualificadora, é defeso ao juiz criar *sponte própria* uma dinâmica a ser inserida no quesito. Se o fizer, estará quebrando a equidistância que deve manter das partes e o seu dever de velar pela isonomia das partes. E mais: é possível que redija um quesito de qualificadora com dinâmica fática que não foi esperada pela Defesa do acusado e sobre a qual não teve oportunidade de se defender. Por isso — volta-se a dizer —, é imprescindível que a denúncia descreva, com exatidão, a narrativa fática que conduz à tese de que determinada qualificadora foi praticada pelo acusado.

O segundo aspecto a ser abordado está na decisão interlocutória mista de pronúncia. De há muito se impõe uma nova reflexão acerca do tão invocado (pseudo) princípio do *in dúbio pro societate* nesta etapa do processo. Diz-se que qualquer questionamento acerca da dinâmica dos fatos deve ser levada ao plenário do tribunal do júri, por disposição constitucional, porque os jurados, o conselho de sentença, seriam competentes para tanto. Eis a precisa advertência de **Aury Lopes Jr.**[8]:

> Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário.
>
> [...]
>
> Voltando ao tema, quando da pronúncia, pode haver a exclusão de uma qualificadora ou causa de aumento da pena, conforme o contexto probatório. Se não existirem elementos suficientes para sustentar a qualificadora, poderá o juiz pronunciar pela figura simples, excluindo a qualificadora. Há quem, inclusive, veja a possibilidade de uma 'impronúncia' da qualificadora, gerando uma pronúncia imprópria. Isso porque, em que pese a desclassificação (da figura qualificada para o tipo simples), existe pronúncia.

A propósito, deve ser lembrado que a Constituição Federal de fato estabelece a competência do tribunal do júri para julgar os crimes dolosos contra a vida. Porém, isso não significa dizer que acusação formulada pelo *Parquet* deve ser posta à apreciação dos jurados de forma incondicional. É preciso que, durante a fase de instrução criminal, o órgão acusador produza provas, ou pelo menos indícios, de que a qualificadora tenha sido perpetrada. Se não houver prova alguma, o juiz deve afastar a qualificadora no momento da pronúncia porque não pode permitir que qualquer acusação seja levada ao júri sem início de

8 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1001-2.

provas. Situação diferente é quando o Ministério Público traz provas, durante a instrução, do cometimento da qualificadora, ainda que de maneira controvertida, ou seja, impugnada pela Defesa, até mesmo por outras provas. Nesse caso, diante da divergência sobre a ocorrência, ou não, da qualificadora, o juiz deve incluir a qualificadora na eventual decisão interlocutória mista de pronúncia.

No mais, tenha-se presente que, com a extinção do libelo, a decisão de pronúncia passa a ter especial relevância. Trata-se de peça processual que estabelece os limites da acusação em plenário e de projeção para a elaboração do questionário que será submetido aos jurados. *Ipso facto,* a pronúncia deve conter narrativa do fato criminoso e narrativa fática que conduza à submissão de determinada qualificadora ao conselho de sentença, sem prejuízo, é claro, do eventual cuidado para que o juiz não incorra na chamada *eloquência acusatória*.

Por fim, o último aspecto refere-se à quesitação em plenário. O juiz não deve formular o quesito da qualificadora em termos genéricos. Exemplos: O réu agiu por motivo fútil? O réu agiu por motivo torpe? O réu agiu à traição? O réu agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima?

Lembre-se que o conselho de sentença deve ser questionado sobre matéria de **fato** (CPP, art. 482, *caput*). Os quesitos devem ser redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um dos jurados possa responder com suficiente clareza e necessária precisão (parágrafo único do art. 482).

Nesse sentido, deve ser indagado sobre o estado anímico do acusado inclusive no tocante às qualificadoras. Como estas se classificam como de *motivos, de meios, de modo e de fim*, a vontade do agente de praticá-las deve estar clara na quesitação. Assim: O réu agiu por motivo fútil, visto que ...? O réu agiu por motivo torpe, tendo em vista que ...? O réu agiu com a intenção de dificultar a defesa da vítima, haja vista que ...?

7 CONCLUSÃO

i) As qualificadoras do crime de homicídio doloso — por se tratarem de circunstâncias que compõem legalmente o tipo penal — reclamam a existência de intencionalidade para sua caracterização.

ii) A denúncia oferecida pelo Ministério Público deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41). Por se tratar de peça inaugural apta a deflagrar a ação penal, a narrativa fático-jurídica deve descrever no que consiste o dolo da qualificadora eventualmente indicada. Afigura-se flagrantemente violador do devido processo legal a descrição genérica, obscura, ou que se circunscreva a repetir os termos da lei (motivo fútil, motivo torpe etc.).

iii) Impõe-se ao juiz afastar, na fase de pronúncia, qualificadoras descritas na denúncia de forma genérica, sob pena de explícita violação do princípio do devido processo legal.

iv) O fato de a Constituição Federal de 1988 estabelecer a competência do tribunal do júri para julgar crimes dolosos contra a vida não autoriza concluir que a acusação formulada pelo *Parquet* deve ser posta à apreciação dos jurados de forma incondicional. É preciso que, durante a fase de instrução criminal, o órgão acusador produza provas, ou pelo menos indícios, de que a qualificadora tenha sido perpetrada, sob pena de ser afastada pelo juiz.

v) A pronúncia deve conter narrativa do fato criminoso e narrativa fática que conduza à submissão de determinada qualificadora ao conselho de sentença, sem prejuízo, é claro, do eventual cuidado para que o juiz não incorra na chamada *eloquência acusatória*.

vi) O juiz não deve formular o quesito da qualificadora em termos genéricos. Exemplos: O réu agiu por motivo fútil? O réu agiu por motivo torpe? O réu agiu à traição? O réu agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima? O conselho de sentença deve ser questionado sobre matéria de **fato** (CPP, art. 482, *caput*). Os quesitos devem ser redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um dos jurados possa responder com suficiente clareza e necessária precisão (parágrafo único do art. 482).

8 REFERÊNCIAS

BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral – Tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Objeto do crime**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Coordenador. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**. v. 2. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007.

JAKOBS, Günter. **Tratado de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. 3. ed. Castellana da 12. ed. Alemán. Santiago: Jurídica do Chile, 1987. p. 11.

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Claudia Bossay Assumpção Fassa[1]

Resumo: A Constituição da República, promulgada em 1988, deu ênfase à ordem social, alçando a direitos fundamentais os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (artigo 6º), concebeu portanto objetivos claros a serem perseguidos pelo Estado, especialmente o da concretização desses direitos sociais, fazendo valer, desta forma, a democracia social que lhe dá esteio. Nesses moldes está delineada pois a intervenção do Estado no domínio social. O Estado foi incumbido de desempenhar um papel transformador da sociedade na concretização das igualdades materiais. Exige-se do Estado um comportamento ativo, no sentido de propiciar além dos chamados direitos de cunho "negativo", aqueles que se caracterizam, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais. Nesse contexto, as políticas públicas, como programas de governo, pressupõem não outra coisa senão a escolha de medidas e providências para a formulação e implementação dos direitos sociais fundamentais, os quais, por disposição constitucional, tem aplicação imediata. A inadimplência do Estado, seja na recusa à elaboração ou implementação das políticas públicas para atendimento aos direitos sociais fundamentais, seja pela omissão quanto à disponibilização dos serviços públicos para sua concretização, implica lesão a esses direitos, gerando a possibilidade de sua obtenção pela via judicial. O controle judicial da discricionariedade administrativa nas políticas públicas suscita grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Os que postulam a limitação do Judiciário no controle das políticas públicas apontam inúmeros obstáculos jurídicos à obtenção da satisfação dos direitos sociais pela via judicial. Dentre eles, podemos destacar a teoria da reserva do possível, sobre a qual trataremos com a pretensão de refutá-la, demonstrando que tal mecanismo de defesa do Poder Público não pode suplantar a garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais.

Palavras chave: Direitos fundamentais sociais. Estado democrático e social de Direito. Políticas Públicas. Discricionariedade Administrativa. Controle judicial.

Abstract: *The Constitution, promulgated in 1988, said the social order, raising the fundamental rights social rights to education, health, food, work, housing, leisure, security, social security, maternity protection and childhood, and assistance to the destitute (Article 6), so conceived clear objectives to be pursued by the State, especially the realization of these social rights, enforcing thus social democracy that supports. These lines is outlined state intervention in social matters. The State is concerned to play a transformative role of society in the implementation of equalities materials. The State is required to be active in order to provide beyond the rights of "negative" nature, those who are characterized, even today, they grant the individual rights to state benefits. In this context, public policies, such as government programs, requires nothing but the choice of measures and arrangements for the formulation and implementation of fundamental social rights, which, by constitutional provision, has immediate application. The absence of the state, is the refusal to the preparation or implementation of public policies to meet the basic social rights, either*

1 Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (Campo Grande). Mestranda da Ponticícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Área de concentração – Direito Administrativo.

by omission when the provision of public services to its realization implies injury to those rights, creating the possibility of obtaining it through the courts . The judicial control of administrative discretion in public policy raises serious doctrinal and jurisprudential controversies. The postulate that the limitation of the Judiciary control of public policies point to obtain numerous legal satisfaction of social rights through the courts obstacles. Among them, we can point to the theory of reserve for contingencies, which will deal with the claim to refute it, showing that such a defense mechanism of the government can not supplant the existential minimum guarantee in respect of all fundamental rights.

Keywords: *Fundamental social rights. Democratic and social state of law. Public Policy. Administrative discretion. Judicial control.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Discricionariedade administrativa. 2.1 Conceito de discricionariedade. 2.2 Discricionariedade e interpretação jurídica. 2.3 O princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa. 2.4 A controvérsia sobre o alcance do poder jurisdicional sobre a Administração. 3. Políticas públicas. 3.1 O conceito de políticas públicas. 3.2 O controle jurisdicional das políticas públicas. 4. Os direitos sociais como direitos fundamentais. 5. A Teoria da Reserva do Possível. 5.1 A insubsistência do argumento da reserva do possível como obstáculo jurídico à possibilidade de exigir judicialmente a concretização dos direitos fundamentais. 6. O Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como mecanismo de interpretação jurídica. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No final do século XX e início do século XXI, ampliou-se o debate e a reflexão jurídica sobre o tema das políticas públicas, especialmente na área social, no que diz respeito à sua elaboração, à sua implementação e aos seus mecanismos de controle, já que se trata de um programa de consolidação da democracia e do Estado de Direito, e do respeito pelos direitos humanos.

A Constituição da República, promulgada em 1988, deu ênfase à ordem social, alçando a direitos fundamentais os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados (artigo 6º).

A esse dispositivo se relaciona outro, o do artigo 3º da Constituição Federal, que proclama que os objetivos fundamentais República Federativa do Brasil são (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, estabelecidas as diretrizes dos direitos fundamentais sociais a serem tutelados pelo Estado, passa a Constituição a traçar o objetivo da ordem social, e o faz em seu Título VIII, cujo artigo 193 o inaugura, estabelecendo o seguinte: "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."

Como se observa, a Constituição brasileira de 1988 concebeu objetivos claros a serem perseguidos pelo Estado, especialmente o da concretização dos direitos sociais nela previstos, fazendo valer, desta forma, a democracia social que lhe dá esteio.

Os dispositivos acima mencionados revelam, portanto, os preceitos e os princípios sobre os quais repousam o Estado Social e Democrático de Direito, traçam as diretrizes das atividades sociais que deverão

ser desenvolvidas, e identifica o Estado como o responsável pela elaboração e pela implementação de políticas públicas. Nesses moldes, está delineada, pois, a intervenção do Estado no domínio social.

O Estado foi incumbido de desempenhar um papel transformador da sociedade na concretização das igualdades materiais. Exige-se do Estado um comportamento ativo, no sentido de propiciar além dos chamados direitos de cunho "negativo",[2] aqueles que "caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.".[3]

O tema proposto no presente trabalho – controle judicial da discricionariedade administrativa nas políticas públicas – é tormentoso e polêmico. Inicialmente abordaremos a noção de discricionariedade administrativa e sua finalidade no direito positivo. Em seguida abordaremos o controle judicial nas políticas públicas, tema que também suscita grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Os que postulam a limitação do Judiciário no controle das políticas públicas apontam inúmeros obstáculos jurídicos[4] à obtenção da satisfação dos direitos sociais[5] pela via judicial. Dentre eles, podemos destacar a teoria da reserva do possível, sobre a qual trataremos com a pretensão de refutá-la, demonstrando que tal mecanismo de defesa do Poder Público não pode suplantar a garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Conceito de discricionariedade

O conceito de discricionariedade administrativa acompanhou a evolução do próprio Estado e de suas funções.

No liberalismo, já sob a égide do estado de direito, a discricionariedade se limitava aos atos da Administração que não se referissem aos direitos individuais, vigorando a *doutrina da vinculação negativa,*[6] segundo a qual a Administração podia fazer tudo o que a lei não proibisse. A Administração tinha, portanto, uma enorme liberdade política e não estava vinculada à lei e ao controle judicial. Em contrapartida, atos discricionários são aqueles praticados pela Administração "com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão,* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles"*.[7]

No Estado Social de Direito, com o fortalecimento do Poder Executivo, "o princípio da legalidade passou a abranger não só a lei, mas também os atos normativos do Poder Executivo"[8] e a discricionariedade administrativa ficou ampliada.

---

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56.

3 *Ibidem*, p. 57.

4 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 594-596.

5 Silvio Luiz Ferreira da Rocha leciona que "Direitos sociais "ou de prestações", são "normas bilaterais atributivas de direitos subjetivos em favor dos destinatários ou beneficiários. Assim, os destinatários ou beneficiários são titulares de direitos subjetivos que os investem na posição de formular perante a Administração ou em juízo pretensão a esta ou àquela prestação social devida pelo Estado". *Ibidem,* p. 594-596.

6 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 482.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 434.

8 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 482.

Mais tarde, a discricionariedade "passou a abranger todas as atividades da Administração, adotando-se a *doutrina da vinculação positiva*, pela qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina. Nesse caso, passou a ser vista como um *poder jurídico,* ou seja, limitado pela lei".[9]

Narra Maria Sylvia Zanella de Pietro, que a discricionariedade era forte quando vista pela ótica do positivismo (que concebia o princípio da legalidade sem qualquer conteúdo axiológico). No Estado Social de Direito, com o fortalecimento do Poder Executivo, "o princípio da legalidade passou a abranger não só a lei, mas também os atos normativos do Poder Executivo"[10] e a discricionariedade administrativa ficou ampliada.

No Estado Democrático de Direito, foram acrescentadas à lei formal "considerações axiológicas",[11] de modo que ampliou-se a possibilidade de controle judicial do ato administrativo, pois "por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas".[12]

Discricionariedade, portanto, passou a representar uma escolha da Administração Pública; não uma escolha arbitrária, mas uma decisão segundo a lei e os princípios informadores da ordem jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, compreende a discricionariedade como um dever, que provém do comando da lei, que tem como propósito outorgar ao administrador a liberdade de tomar uma providência para atender o interesse público. Não se trata de liberdade de escolher qualquer das hipóteses conferidas pela lei, mas a que atenda à finalidade legal. Eis o seu conceito:

> Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.[13]

Luiz Manoel Fonseca Pires,[14] se refere a essa "margem de liberdade" como um "*espaço legítimo* da discricionariedade administrativa", isto é, "a liberdade que é outorgada à Administração Pública"; um espaço de decisão diante de uma "pluralidade de opções legítimas",[15] "de acordo com as balizas das normas de competência".[16] De outra parte, amparado pela doutrina de Tomás Ramón Fernandez, compreende a discricionariedade administrativa não como um "'poder' entendido como simples expressão da vontade e da força de quem o detém",[17] mas como uma *competência discricionária*, ou melhor, como *medida de competência de poder.*[18]

---

9 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 482

10 *Ibidem*, p. 482.

11 *Ibidem*, p. 482.

12 *Ibidem*, p.483.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.

14 PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 264.

15 *Ibidem*, p. 146

16 *Ibidem*, p. 147.

17 PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.138.

18 *Ibidem*, p.138.

2.2 Discricionariedade e interpretação jurídica

Como alerta Luiz Manoel Fonseca Pires, o juízo de discricionariedade administrativa (ou de competência discricionária da Administração Pública), não se confunde com a interpretação jurídica (os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são exemplos de interpretação jurídica). Ou seja:

> Na discricionariedade administrativa não há, como na interpretação jurídica, uma busca por uma solução. Na discricionariedade administrativa existe, nos termos da norma de competência, uma pluralidade de decisões legítimas. Tanto faz, em princípio, acolher-se esta ou aquela diretriz desde que o caso concreto revele que ambas atendem ao interesse público.[19]

A liberdade de escolha das inúmeras opções legítimas marca a discricionariedade administrativa; a atividade de interpretação jurídica representa "o labor do intérprete de identificar a solução legítima".[20]

Nesse passo, é de trazer à colação as palavras de Lívia Regina Savergnini Bissoli Lage:

> A atividade judicial não é permeada por juízos de conveniência e oportunidade. O poder de criação do juiz, portanto, estaria vinculado aos princípios, aos 'textos normativos' e aos fatos, o que não significa dizer que 'o juiz está submetido ao espírito da lei' ou à 'vontade do legislador'. O magistrado, nesse ínterim, exerceria 'juízos de legalidade'. Significa dizer que o juiz não está totalmente livre par interpretar a lei, pois o direito é fruto temporal e cultural, devendo ainda justificar o resultado de seu trabalho hermenêutico de forma objetiva e clara.[21]

Como ressalta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a discussão entre discricionariedade e interpretação, "envolve a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados e remete à indagação da existência ou não da chamada discricionariedade técnica".[22]

Luiz Manoel Fonseca Pires, recusa a "suposta categoria" por entender que a denominada discricionariedade técnica não tem regime jurídico específico, sendo que se apresentam como "meras apreciações técnicas ou científicas".[23] Ademais, esclarece:

> [...] esta conclusão decorre, primordialmente, da ideia de que o conceitos jurídicos indeterminados que dependem de aspectos técnicos ou científicos devem encontrar, como qualquer conceito jurídico indeterminado, uma unidade de solução justa.[24]

Essa concepção sobre os conceitos jurídicos indeterminados, segundo o autor supracitado, leva ao reconhecimento de que discricionariedade administrativa e interpretação jurídica não se confundem. Por entender que só há "norma" após a interpretação, os conceitos jurídicos indeterminados não estariam no âmbito da discricionariedade, mas no da interpretação jurídica, de modo que "devem ser determinados pelo magistrado diante do caso em julgamento".[25]

---

19 *Ibidem*, p.146.

20 *Ibidem*, p. 146.

21 LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 106.

22 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Controle da interpretação e da discricionariedade**. Palestra proferida por ocasião do XXVII Congresso do IBDA, São Paulo, 2013.

23 PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 330.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*, p. 120.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pressupõe ato volitivo da Administração, ao passo que interpretação jurídica é um ato de intelecção. Não obstante o fato de serem realidades distintas, não se pode concluir que não há discricionariedade administrativa em sede de conceitos vagos, pois é exatamente esse ato de vontade "consistente em fazer uma opção administrativa de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade, por um dentre dois ou mais comportamentos igualmente ensejados pela norma aplicanda",[26] que caracterizaria a atividade discricionária. Com efeito, a "abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente";[27] o campo da discricionariedade administrativa do agente é definido perante a situação concreta, ou, nas palavras do autor "a norma se fez ampla ou com certa liberdade, precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade".[28]

Dessa concepção resulta que o Poder Judiciário, como um dos controladores da legitimidade do ato, pode averiguar se existia discricionariedade administrativa e qual era a sua extensão no caso concreto, perquirindo se a opção adotada pela Administração era razoável e perfeita para o atendimento da finalidade da norma. Caso contrário, haverá violação ao Direito e ao Poder Judiciário caberá a correção do ato.

A esta corrente nos filiamos.

2.3 O princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa

No Estado Democrático de Direito, foram acrescentadas à lei, em seu aspecto formal, certas "considerações axiológicas",[29] como o princípio da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da separação dos poderes, dentre inúmeros outros, de modo que ampliou-se a possibilidade de controle judicial do ato administrativo, pois "por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas".[30] Assim, o princípio da legalidade, que já tinha seu préstimo nos demais modelos de Estado, passou a ter um maior no Estado Democrático de Direito, pois além de abarcar a lei formal, abarca todos os valores e princípios informadores da ordem constitucional.

Esses valores e princípios constitucionais, têm, portanto, extrema relevância no modelo democrático, com reflexo em todos os ramos do direito (público e privado), especialmente para o Direito Administrativo, tema que, segundo Ducke;[31] levou Fritz Werner a anunciar que "o direito administrativo é o direito constitucional concretizado".

Tanto é forte a influência dos princípios na ordem constitucional, que Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que qualquer transgressão ou desatenção a eles é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. Portanto, violar um princípio, em última análise é transgredir toda a ordem constitucional. E acrescenta:

---

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 24.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47.

28 *bidem*, p. 39-40.

29 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 482.

30 *Ibidem*, p. 483.

31 DUCKE, Marcelo Chenk. Fundamentação em torno da chamada "drittwirkung" dos direitos fundamentais. Apud WERNER, Fritz. Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-alemã de juristas do Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

> Violar um princípio, [...] é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais e contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com o ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.[32]

Um dos mais importantes princípios constitucionais, é o da *inafastabilidade da jurisdição*, ou da *universalidade da jurisdição*, consagrado no inciso XXXV, do artigo 5º, segundo qual, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça a direito". Vale dizer, é um cânone, "a pedra de toque da ordenação normativa brasileira",[33] que assegura a todos o acesso à Justiça. A proteção judicial se presta não só a dirimir os conflitos entre particulares, mas também entre a Administração e os administrados.

Portanto, decorre desse princípio que não há ato que não se submeta ao controle jurisdicional, nem mesmo a atividade discricionária da Administração Pública.

Pode haver, no entanto, limite a este controle jurisdicional da discricionariedade. Discute-se, todavia, quais são as fronteiras da liberdade administrativa e em que medida a interferência do Poder Judiciário é legítima.

Se no estado democrático de direito o interesse público justifica o exercício do poder do Estado, este a ele se vincula; e, se os princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado, a discricionariedade passou a ser mais limitada e o processo de controle ainda mais complexo.[34]

Para o Prof. Queiró, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é importante a existência da discricionariedade administrativa, tendo em vista que pelo próprio regime do Estado Democrático de Direito, em que a separação dos poderes é nota fundamental, existe uma *"inviabilidade jurídica* em regime de Poder tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evita-la, o legislador teria de se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa".[35]

Portanto, retirar a margem de liberdade da administração, é suprimir a abstração da norma, descer a uma individualização das situações previstas, e abandonar o objetivo do Estado de Direito. E mais: "O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas, para isso, tem de sacrificar [...] a si próprio, a qualidade de legislador".[36]

Isso não quer dizer que, em certos casos, a lei não possa restringir ao máximo essa margem de liberdade administrativa, não deixando opção de escolha ao administrador. Nesses casos, fala-se em vinculação do ato.

Outras situações há, como vimos no capítulo anterior, em que a lei outorga ao administrador uma *margem de liberdade*, que lhe permite exercer uma escolha, quanto ao momento de agir, quanto à forma de

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 975.

33 *Ibidem*, p. 975.

34 DI PIETRO registra que: "Na medida em que a lei foi reconquistando seu sentido axiológico, perdido por influência do positivismo jurídico, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle do Poder Judiciário". A autora, comenta, ainda, que "[...] quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação desses princípios" (Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 483)

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 981.

36 *Ibidem*, p. 982.

agir ou quanto à medida que será adotada para atingir a finalidade traçada legalmente. Esses casos são, na verdade, variantes da discricionariedade. Ato discricionário, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,[37] é o "produto" da competência discricionária do agente.

A respeito da competência decisória dos exercentes de função administrativa, afirma Marçal Justen Filho, que:

> O que se afirma é que o processo decisório desenvolvido pelo governante deve ser transparente em face do controle. Cabe ao governante explicitar o processo formativo de sua vontade, inclusive no tocante à escolha dos fins últimos. A adequação dessa decisão em face dos valores fundamentais assegura sua validade. Ou seja, a validade do ato administrativo dependerá da exposição das finalidades buscadas e de sua adequação à efetiva realização delas.[38]

Como se vê, a discricionariedade administrativa não é mais aquela baseada apenas na fórmula binária "oportunidade/conveniência" da Administração Pública. Diante das mudanças de paradigmas traçados pela Constituição e a evolução do Estado social e Democrático de Direito, a esfera de discricionariedade restou ampliada, assim como restou mais abrangente o seu controle, inclusive pelo Poder Judiciário.

2.4 A controvérsia sobre o alcance do poder jurisdicional sobre a Administração

Odete Medauar, assinala que *legalidade, mérito* e *discricionariedade,* são os pontos centrais da controvérsia sobre o alcance do controle jurisdicional sobre a Administração. Anota que a partir desses conceitos travam-se as discussões sobre a "extensão ou alcance da atuação do Judiciário",[39] havendo quem sustente tanto o controle amplo como o controle restrito.

O posicionamento favorável ao *controle restrito* sobre a atividade da Administração afirma que a atividade jurisdicional deve ficar limitada à questão da *legalidade* apenas, sendo argumentos comuns nesses casos, o princípio da separação dos poderes (segundo qual o Judiciário não estaria autorizado a interferir em atividades típicas dos Poder Executivo) e a ausência de mandado eletivo dos magistrados, não tendo, portanto, legitimidade para enfrentar questões atinentes ao interesse público.

O posicionamento que se inclina por um *controle amplo* defende que em razão da própria *separação dos poderes* cabe ao Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, o controle da Administração, sem que isso signifique ingerência indevida. E justifica:

> Se o poder detém o poder, se ao Poder Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle sobre a Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida. Para isso os ordenamentos garantem a independência dos juízes.[40]

Quanto à *ausência de mandato eletivo,* podemos invocar o magistério de Vanice Lírio do Valle apud Odete Medauar que, baseado em parte no controle de constitucionalidade, afirma:

> A consolidação da jurisdição constitucional brasileira trouxe para a ordem do dia – e superou – os vetustos argumentos de que só o voto pudesse ser visto como signo legitimador do agir do poder, admitindo que o labor técnico e independente, associado à motivação das decisões, possam se revelar igualmente aptos a conferir legitimidade a uma atuação que se exerce a título de controle desse mesmo atuar do poder público.[41]

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 18.

38 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82-83.

39 MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 208-209.

40 MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 208-209.

41 *Ibidem*, p. 209.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 O conceito de políticas públicas

A primeira preocupação, na abordagem do tema é a fixação do conceito de política pública. O que são políticas públicas?

Política Pública, para Celso Antônio Bandeira de Mello "é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país".[42]

Deflui desse conceito que, sendo a política pública ato estatal, está, portanto, sujeita ao controle de todos aqueles legitimados a propor ação civil pública ou pelo cidadão que demonstrar ter sofrido prejuízo pessoal pela implementação da política pública ou pela sua omissão, "ainda que tal prejuízo seja disseminado sobre toda uma coletividade".[43]

Para Maria Paula Dallari Bucci "são programas de ação governamental, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo".[44]

Felipe de Melo Fonte, em sua recente obra Políticas Públicas e Direitos Fundamentais,[45] em análise minuciosa e crítica sobre algumas definições de políticas públicas, acaba por conceituá-las da seguinte maneira: "políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública".

Explica que a partir desse conceito, a política pública pode ser decomposta da seguinte forma:

> [...] normas abstratas de direito (e.g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativo (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o serviço, etc.), a habilitação orçamentaria para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino, etc.). O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo. Em todos os casos, haverá controle de políticas públicas.[46]

Outras concepções são encontradiças na doutrina.

Entretanto, não obstante a dissensão conceitual dos doutrinadores, o que parece ser pacífico entre eles é o fato de que não existe política pública sem normas e atos jurídicos.

É o Direito que cria as medidas a serem adotadas e que constrói a estrutura das políticas públicas. Portanto, as leis, regulamentos, decretos atinentes a um programa de ação governamental devem se relacionar entre si e se conformar com a Constituição, a qual tem, também, o papel de dispor sobre as diretrizes a serem adotadas e os princípios que norteiam a atuação dos entes da Federação, de forma que todos se articulem, possibilitando que se determine, "de antemão e de forma clara, objetivos, deveres, direitos, competências e sanções".[47]

---

42 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 830.

43 *Ibidem*, p. 830.

44 BUCCI, Maria Paula Dallari. **O direito administrativo e as políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

45 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48-49.

46 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

47 SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direitos e Políticas Públicas: dois mundos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Coords.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

Desse modo, a lei ou diploma normativo deve traçar uma política pública, disciplinar suas competências, sua vigência, sua validade, suas sanções e seu modo de execução, sem se afastar das diretrizes constitucionais.

É o que Carlos Ari Sundfeld[48] chama de "simbiose" entre Direito e políticas públicas; afirma que "*o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos*".[49] Nesse passo, argumenta que "sendo as medidas de política pública, seus métodos e organizações, todos estruturados pelo Direito, é de se esperar que *sobre eles recaiam controles jurídicos"*.[50]

De fato, como um conjunto de atos normativos, é natural que se submeta ao controle pelo Poder Judiciário.

3.2 O controle jurisdicional das políticas públicas

Se as políticas públicas são um conjunto de atos de governo ou programas de ação do governo, eles devem pressupor um objetivo e uma finalidade. A que se dirigem essas políticas públicas? A resposta que se conforma com a mudança de paradigmas do papel do Estado, ditados pela Constituição democrática de 1988, é a de que o exercício do poder estatal é dirigido ao bem comum, ou mais amplamente, ao bem-estar social, à contenção da desigualdade material.

O que se pretende alcançar através das políticas públicas, nada mais é do que essa igualdade material, ao menos no que diz respeito aos direitos essenciais, ligados aos direitos fundamentais, previstos no texto constitucional. O Estado tem o dever de proteção a esses direitos fundamentais, de forma que quando se verifica a insuficiência, a inadequação ou até mesmo a omissão do Estado na concretização dessa proteção, descortina-se a possibilidade de que esses comportamentos sejam submetidos ao controle jurisdicional.

Como Poder de Estado, o Judiciário está incumbido de exercer o controle da constitucionalidade das leis e de atos normativos e, ainda, o controle de políticas públicas, já que são elas o veículo através do qual o Estado se desincumbirá de seu dever de proteger os direitos fundamentais. Nesse aspecto, Felipe de Melo Fonte explica que esse dever de proteção aos direitos fundamentais, por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas, "irradia-se a todos os poderes e órgãos do Estado, não lhes sendo legítimo omitir-se em tal tarefa".[51]

Destarte, ao Judiciário compete, não só a tarefa de dirimir conflitos na esfera individual, mas de "funcionar como uma força contramajoritária, salvaguardando a Constituição".[52] E o juiz, no Estado Democrático e Social de Direito, como integrante de um poder de Estado, "traduz na prática a ligação entre o Direito e a Política".[53]

A esse respeito, Felipe De Melo Fonte, comenta:

> O mínimo existencial, e os direitos fundamentais de maneira geral, inserem-se em um campo designado contramajoritário. Isto significa dizer que eles devem ser garantidos mesmo contra a vontade das maiorias eventuais, democraticamente investidas no exercício do poder." Os direitos são trunfos dos cidadãos contra as metas coletivas, nas conhecidas palavras de Ronald Dworkin.[54]

48 *Ibidem*, p. 48.

49 *Ibidem*, p. 48

50 *Ibidem*, p. 49.

51 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225.

52 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 12.

53 *Ibidem*, p. 12.

54 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

A verdade é que não se pode negar a legitimidade do Judiciário para a apreciação das matérias concernentes às políticas públicas, especialmente quando, apesar de previstas e vinculantes, não se concretizam por omissão do Executivo ou inércia do Legislativo.

No Estado social e democrático de direito, as omissões do Poder Público quanto à satisfação das necessidades básicas exigíveis para a existência digna do cidadão não podem ser toleradas. A sociedade não pode quedar-se inerte ante a incapacidade do Estado de fazer valer os direitos e garantias que foram constitucionalmente alçados a direitos sociais fundamentais. Num cenário em que os direitos prestacionais são relegados pelo Poder Público, o papel de concretizá-los coube ao Judiciário.

4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito embora no Brasil tenha se verificado a efetivação de várias medidas para a redução do tamanho do Estado na área econômica (fenômeno do neoliberalismo, marcado pelas privatizações e pela prestação de serviços públicos por particulares, mediante concessão ou delegação, dentre outras providências), não houve a redução da área da administração prestadora de benefícios. Tanto que em 1988, em período de grande expansão das ideias neoliberais, a Constituição brasileira uma condição de fundamentalidade aos direitos individuais e aos direitos sociais.

Como realça Celso Antônio Bandeira De Mello:

> [...] a Constituição brasileira de 1988, à toda evidência, inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social. [55]

Os direitos fundamentais são a base e o fundamento do Estado Democrático de Direito. São o "oxigênio das Constituições Democráticas".[56] As liberdades são tuteladas pela Constituição. A finalidade e o objetivo da Constituição, ao estabelecer a distinção entre os poderes estatais, e conferir imunidades e garantias a cada um deles, é a garantia do próprio regime democrático e dos direitos fundamentais. Há, portanto, nexo de interdependência entre direitos fundamentais, o Estado e a Constituição.

Os direitos fundamentais visam a proteção da dignidade humana e segundo lição de Vidal Serrano Nunes Junior, "são universais, ou seja, destinados ao ser humano enquanto gênero, portanto não podem ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas.[57]

Pontua Lívia Regina Savergnini Bissoli Lage, sintetizando as lições de Alexy, de Ingo Wolfgang Sarlet e de Flávia Piovesan:

> Os direitos fundamentais, portanto, são aqueles expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles previstos em tratados internacionais, e, ainda, os direitos fundamentais atribuídos (não positivados), adotando-se, desse modo, um conceito material de direitos fundamentais, a teor da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, CF.[58]

Com efeito, os direitos sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição Federal (direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à

55 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1.090.

56 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 387.

57 NUNES JUNIOR, Vida Serrano. A **cidadania social na Constituição e 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 37.

58 BISSOLI, Lívia Regina Savergnini. Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 163.

maternidade e à infância, à assistência aos desamparados) são direitos fundamentais e, portanto, gozam da proteção insculpida no § 1º, do art. 5º, segundo o qual "as normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata". Da interpretação desse dispositivo constitucional extraiu Juliana Maia Daniel a proposição segundo a qual "todas as normas constitucionais, inclusive as programáticas são dotadas de eficácia vinculante".[59]

É claro que essas afirmações são fruto de acirrado debate doutrinário, sobre os quais se debruçam grandes juristas brasileiros. Por isso, sem adentrar na discussão sobre os argumentos dos que alimentam a controvérsia – até porque não é o objetivo do presente trabalho - nos reservaremos a sustentar, em poucas linhas, o posicionamento segundo o qual, tanto os direitos de defesa (direitos individuais), como os direitos ativos ou prestacionais (direitos sociais) podem ensejar políticas públicas e, portanto, são passíveis de serem submetidos ao controle jurisdicional.

Em defesa de nosso posicionamento, para sintetizar, podemos citar os argumentos de Ada Pellegrini Grinover:

> O constituinte brasileiro, ao elencar um rol de direitos fundamentais, não distinguiu regimes jurídicos para os direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa), em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais (direito a prestações), não cabendo à doutrina e ao Judiciário procurar alterar esta sua prerrogativa fundamental para determinar material e formalmente o conteúdo desses direitos. Esse regime geral digamos assim, reconhece a aplicabilidade direta e imediata (at. 5º, §º1º), a abertura material (art. 5º,§ 2º) e a proteção contra a abolição ou supressão (art. 60, § 4º, IV, d CF/88).[60]

Esses direitos sociais (e os direitos fundamentais de maneira geral), como informadores do Estado Social e Democrático de Direito, precisam de efetividade.[61] Para tanto, são necessárias ações estatais concretas e de produção legislativa, que sirva de referencial para a implementação dos objetivos previstos na Constituição, como uma estratégia da administração para um plano concreto de ação. Vale dizer, para a concretização desses direitos sociais fundamentais, é necessária a criação de mecanismos estatais de ação. Tais mecanismos só podem advir da lei.

A Constituição garante que os cidadãos são titulares de direitos fundamentais de caráter social, o que impõe a necessidade de ação do Poder Público para efetivar esses direitos, vinculando-o às políticas públicas. À ausência de elaboração ou implementação de políticas públicas para atendimento a esses direitos sociais constitucionalmente garantidos, abre-se ensejo ao controle jurisdicional.

5 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

5.1 A insubsistência do argumento da reserva do possível como obstáculo jurídico à possibilidade de exigir judicialmente a concretização dos direitos fundamentais

Ficou assentado nos capítulos anteriores que ao tratarmos do tema políticas públicas, estamos nos referindo ao "objeto por excelência dos direitos sociais",[62] os quais são, por disposição constitucional, direitos fundamentais.

---

59 DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 106.

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 63-64.

61 Não nos deteremos na análise pormenorizada das inúmeras teorias acerca da fundamentalidade ou não dos direitos sociais, tendo em vista que este não é propósito do presente trabalho. Assim, nos limitaremos a adotar a posição doutrinária, segundo a qual a Constituição brasileira de 1988 adotou o modelo social de Estado e que, portanto, os direitos sociais são direitos fundamentais.

62 DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). **O direitos e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21

Para concretização desses direitos fundamentais, a Constituição Federal, tendo como substrato o Estado Social e Democrático de Direito, previu um instrumento: as políticas públicas. Esse instrumento exige que o Poder Público atue para a consecução da concretização desses direitos fundamentais. Essa atuação se dá através de fornecimento de bens e serviços públicos (como os de saúde, e de educação), ou da criação de normas necessárias para a "regulamentação dos direitos previstos abstratamente na Constituição, fornecendo condições específicas para fruição".[63]

Assim, elaborar e implementar políticas públicas, e fazer valer os ideais democráticos e sociais programados pela Constituição da República, é um enorme desafio, que encontra óbices na complexidade socioeconômica vigente, nas escolhas políticas, na diversidade de necessidades vitais a serem atendidas, na alegada escassez dos recursos públicos e na dificuldade da gestão pública.

A par disso, a doutrina e a jurisprudência vem construindo uma série de teorias limitadoras ao controle jurisdicional das políticas públicas.

Silvio Luiz Ferreira Da Rocha aponta (para deles discordar) pelo menos quatro obstáculos jurídicos à possibilidade de exigir judicialmente a concretização dos direitos fundamentais, dentre elas a denominada *reserva do possível*.[64]

Nesse contexto, a superação das dificuldades torna-se um desafio para os órgãos jurisdicionais.

Se de um lado temos a previsão de garantia a um *mínimo existencial*, de outro temos o *a reserva do possível* como um dos principais discursos utilizados por aqueles que se empenham em advogar a favor da limitação à satisfação das condições mínimas de existência digna, pela via judicial.

A teoria da *reserva do possível* surgiu em 1969, quando a Corte Constitucional Alemã, pronunciou-se no julgamento do caso em que se pleiteava a criação de vagas na universidade pública para todos os candidatos em relação a determinados cursos de elevada procura, com base em dispositivo da Lei Fundamental.

Nas palavras de Rafael Sérgio Lima de Oliveira e Mário Lúcio Garcez Calil apud Olsen, 2008, p. 215:

> O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra. Os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social. [65]

Essa teoria vem sendo sistematicamente utilizada pelo Estado para respaldar sua abstenção no cumprimento de sua obrigação constitucional de implementar políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. A tese serve para "legitimar a inefetividade dos direitos sociais, ao argumento de que seus custos inviabilizam qualquer índice de eficácia jurídica".[66]

Entretanto, o argumento econômico da reserva do possível não pode prosperar até porque a referida teoria não se presta a esse fim, e pode, inclusive, ser uma ferramenta para servir como base garantidora dos direitos fundamentais:

63 *Ibidem*.

64 ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 596.

65 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. A reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_369.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014.

66 FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

> [...] por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.[67]

Ao nosso ver, apenas nesse aspecto é que se pode aplicar a teoria da reserva do possível.

Por outro lado, embora seja consenso na doutrina e na jurisprudência que os direitos sociais, como direitos prestacionais que são, tenham uma ligação íntima com a disposição de bens materiais para a sua satisfação, e, portanto, uma dimensão economicamente relevante, só poderá ser acolhida como tese de defesa (para negar a satisfação desses direitos sociais), se em um critério de ponderação dos princípios informadores da ordem constitucional, nenhum dos aplicáveis for mais relevante do que a disponibilidade econômico-financeira-orçamentária do Poder Público.

Sob o aspecto da relevância econômica da teoria da reserva do possível, a doutrina a tem classificado sob dois aspectos: (i) da existência de recursos e (ii) do poder de disposição desses recursos.

Essas duas perspectivas são colhidas do caso clássico alemão, que deu origem à tese da reserva do possível. Segundo se sabe, como lembra Sarlet, na sua origem, a teoria se baseia não na disponibilidade de recursos financeiros, mas na disponibilidade "localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público". E explica:

> Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso numerus clausus, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.[68]

É justamente em virtude destes aspectos peculiares da questão que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se convencionou designar de uma "reserva do possível", que compreendida, em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.

Em que pese o seu conceito fático ou jurídico, a *teoria da reserva do possível* não pode suplantar a garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais. Primeiro porque a questão orçamentária, se invocada, deve ser comprovada pelo Poder Público, cabendo a ele o ônus de provar a sua impossibilidade de atender a demanda;[69] segundo porque quando se tratar de matéria atinente ao *mínimo existencial*, a *reserva do possível* não se justifica, ante a preponderância do primeiro.

---

67 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988 - publicação de artigos científicos. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/181574909/Direito-Sociais-Como-Direitos-Fundamentais-Ingo-Sarlet >. Acesso em: 25 maio 2014.

68 *Ibidem.*

69 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138. Sustenta a autora que "não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prova-los").

Valdir Ferreira de Oliveira Junior sustenta que o *mínimo existencial* constitui o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas do ser humano,[70] que engloba saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade-função social, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e sustentável. São eles "a razão da existência da atividade administrativa",[71] cuja tarefa é "a execução de tais necessidades de forma otimizada",[72] mediante projeto definido na Constituição, em suas premissas essenciais, que distingue da seguinte forma:

> [...] normas princípios (mandamentos de otimização e de progresso – direitos fundamentais); normas políticas públicas (mandamentos finalísticos com metas e finalidade – objetivos fundamentais) e normas-regras (mandamentos e definição).[73]

Nesse passo, entende que o argumento da *reserva* do *possível* em matéria de **mínimo existencial é "falacioso e viola o sistema constitucional de prot**eção dos direitos fundamentais".[74]

Carolina Zancaner Zockun, refletindo sobre a controvérsia acerca do *mínimo existencial* e da *reserva do possível*, alerta que esse mínimo vital pode variar de acordo com a realidade social de determinado lugar e que o argumento da *reserva do possível* **é cabível nos casos em que a prestação de um serviço "se encontre 'fora' da seara do que em determinado país corresponde ao mínimo existencial"**.[75] De qualquer forma, a conclusão que formula é a seguinte:

> Logo, o Estado não pode, jamais, negligenciar com a preservação do mínimo existencial, ou seja, não se pode descurar daquele âmago fundamental que deve ser garantido para que o cidadão tenha uma vida pautada em padrões mínimos de decência.[76]

É possível, ademais, admitir-se que os recursos financeiros sejam limitados; mas o Estado não pode se afastar de sua tarefa primordial de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos, comunga do entendimento segundo o qual *o mínimo existencial* tem prevalência sobre o argumento da *reserva do possível*, e chega à conclusão de que, inclusive, é possível uma convivência produtiva entre eles. Eis o seu raciocínio:

> [...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá leva-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado o obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos

70 FERREIRA JR. Valdir de Oliveira. Administração pública no neoconstitucionalismo: redução da discricionariedade administrativa e ativismo administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 370.

71 *Ibidem*, p. 370.

72 *Ibidem*, p. 371.

73 *Ibidem*.

74 FERREIRA JR. Valdir de Oliveira. Administração pública no neoconstitucionalismo: redução da discricionariedade administrativa e ativismo administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 410.

75 ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

76 *Ibidem.*

> remanescentes, em que projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.[77]

Na lição percuciente de Ada Pellegrini Grinover, o mínimo existencial representa mais do que um limite, "um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regas constitucionais, incluindo normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei".[78]

A prevalência dos direitos humanos, como direitos fundamentais, consubstanciado na teoria do mínimo existencial não está amparado apenas na dissertação dos doutrinadores. Está, sim, amparada na Constituição Federal, embutida, inclusive, no rol dos objetivos fundamentais da República, nos termos do artigo 3º, que são: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As políticas públicas de redução das desigualdades e de concretização dos demais objetivos da República (artigo 3º, da CF), como enfatiza Valdir Ferreira de Oliveira Junior,[79] "constituem o marco constitucional determinante da atividade estatal". E mais: os atos da administração pública "perdem em discricionariedade em se vincular a esses mandamentos constitucionais".

A título de conclusão desse capítulo, podemos citar a síntese de Sarlet:

> Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível "não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob 'reserva de cofres cheios' equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica". Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem "governa" – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

6 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Como demonstrado no capítulo anterior, o mínimo existencial tem sempre preponderância em relação ao argumento da reserva do possível.

Embora seja consenso na doutrina e na jurisprudência que os direitos sociais, como direitos prestacionais que são, tenham uma ligação íntima com a disposição de bens materiais para a sua satisfação, e, portanto, uma dimensão economicamente relevante, só poderá ser acolhida a teoria da reserva do possível

77 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 271-272.

78 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 133.

79 FERREIRA JR. Valdir de Oliveira. Administração pública no neoconstitucionalismo: redução da discricionariedade administrativa e ativismo administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 413.

como tese de defesa (para negar a satisfação desses direitos sociais), se em um critério de ponderação dos princípios informadores da ordem constitucional, nenhum dos aplicáveis for mais relevante do que a disponibilidade econômico-financeira-orçamentária do Poder Público.

Portanto, em atenção à obrigação de efetividade dos direitos sociais que a Constituição da República alçou a direitos fundamentais e agasalhou como sendo de aplicação imediata segundo o disposto no artigo 5º, § 1º, essa ponderação pode ser obtida tendo como ferramenta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido que lhes dá Marco Antônio da Costa Sabino, ao discorrer sobre os limites à intervenção judicial especialmente aplicáveis no caso da saúde:

> Pela razoabilidade, o Judiciário sempre deverá avaliar, no caso concreto, qual a melhor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor dispêndio de recursos públicos. A solução mais razoável é a proporcional. Já que está lidando com a necessidade de atendimento a uma necessidade mínima do postulante (acesso ao medicamento), de um lado, e, de outro, a intromissão judicial no orçamento público, de outro, é preciso evidentemente avaliar: (i) se tal medicamento ou tratamento é necessário para assegurar o mínimo existencial do paciente; (ii) e esse medicamento ou tratamento, sob o ponto de vista da razoabilidade, é o melhor para assegurar esse mínimo existencial com menor impacto ao Erário.[80]

O princípio da razoabilidade traz em si o princípio da proporcionalidade; ou melhor, "a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade".[81] Ambos mostram-se apropriados para balizar as decisões judiciais, sendo utilizado como critério para afastar a restrição aos direitos fundamentais, quer individuais ou coletivos. Frise-se, tais princípios devem se prestar à escolha da melhor opção de atendimento do direito social, mas jamais para simplesmente negá-lo com base na teoria da insuficiência de recurso do Estado.

A razoabilidade indica que o processo de tomada de decisão, na margem de escolha da Administração Pública (discricionariedade) "terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida".[82] Sem embargo, também a atividade interpretativa jurisdicional deve levar em consideração esses princípios.

O princípio da razoabilidade é princípio de natureza instrumental, que, no magistério de Paulo Bonavides, está atado ao princípio da *constitucionalidade* "que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica".[83] Portanto, é algo mais do que uma "regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas";[84] é "uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados".[85]

O princípio da proporcionalidade é composto por 3 subprincípios, quais sejam: i) o da pertinência ou aptidão (ou da adequação), que tem a utilidade de vedar o arbítrio, pois perquire acerca da finalidade do ato praticado; (ii) o da necessidade, que permite avaliar se o ato administrativo praticado foi o menos

80 SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso saúde In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 382.

81 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 133.

82 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 111.

83 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.411.

84 *Ibidem*, p. 408.

85 *Ibidem*, p. 408.

nocivo ao interesse público ou restritivo aos direitos dos cidadãos, e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito, que leva em conta "o conjunto dos interesses em jogo".[86]

O princípio da proporcionalidade, portanto, é útil para coibir excessos. Ele se mostra adequado como solução para os casos difíceis e urgentes que envolvam a concessão de direitos fundamentais sociais.

Como já dissemos, não se ignora que a implementação, tanto dos direitos fundamentais individuais, como dos direitos fundamentais sociais, demandam um custo para o erário.

Entretanto, o pressuposto econômico não pode afastar o Poder Judiciário de sua função. Tendo em vista tais circunstâncias, Osvaldo Canela Junior reverbera:

> O Poder Judiciário tem compromisso constitucional com a realização dos direitos fundamentais e, dada a amplitude de sua competência, decorrente da assunção do controle de constitucionalidade, o Estado é visualizado como devedor em caso de lesão.
>
> A Constituição não é neutra e nem postula a neutralidade do Estado. Ela apenas não se alinha com um particular projeto econômico, social, político ou ideológico e não permite que o Estado com ele se identifique. Da mesma forma, ao agir com independência, os órgãos jurisdicionais vinculam-se unicamente aos objetivos do Estado, abstraindo-se de injunções de ordem econômica, muitas vezes provocadas pela inabilidade administrativa dos demais poderes, quando não pela sua improbidade.
>
> Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, nos casos de concessão de tutelas de urgência; ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.[87]

Assim, o limite à intervenção jurisdicional em políticas públicas é imposto apenas pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

7 CONCLUSÃO

Admitindo-se que a discricionariedade pressupõe um certo espaço de liberdade conferido pela lei ao administrador para que ele cumpra o dever de adotar a medida que melhor atenda, no caso concreto, a finalidade da própria lei, essa liberdade de escolha encontra limite na própria.

A discricionariedade, portanto, passou a ser relativa no sentido de que (mais uma vez citando Celso Antônio Bandeira de Mello) "por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consoante com a busca da finalidade legal em vista da qual foi atribuída a competência".[88] Essa escolha, portanto, é vinculada, pois o administrador não está autorizado, nessa esfera de liberdade, a tomar providência desarrazoada ou arbitrária.

Por conseguinte, verificado que o administrador se desvie dessa finalidade legal, descortina-se a possibilidade de sua correção pelo Poder Judiciário.

86 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 410-411.

87 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

88 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1001.

Nesse contexto, as políticas públicas, como programas de governo, pressupõe não outra coisa senão a escolha de medidas e providências para a formulação e implementação dos direitos sociais fundamentais, os quais, por disposição constitucional, tem aplicação imediata.

A inadimplência do Estado, seja na recusa à elaboração ou implementação das políticas públicas para atendimento aos direitos sociais fundamentais, seja pela omissão quando à disponibilização dos serviços públicos para sua concretização, implica lesão a esses direitos, gerando a possibilidade de sua obtenção pela via judicial.

O direito de acesso à justiça, consubstanciado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, a violação aos princípios fundamentais confere ao Poder Judiciário legitimidade democrática para prestar jurisdição, vinculando o Estado à prestação dos bens necessários à existência digna.

A teoria da reserva do possível não é suficiente para afastar a tutela jurisdicional concessiva do atendimento aos direitos fundamentais sociais, vez que estes, por se constituírem o núcleo essencial, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas do ser humano, não podem ser suplantados pelo argumento da falta de recursos.

Nessa senda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade apresentam-se como mecanismos apropriados para balizar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Exercem papel limitador e ético para a efetivação dos direitos fundamentais.

Como realça Bobbio, "a democracia é o governo das leis por excelência".[89] Perdido de vista esse regime, outra forma de governo se desenvolve, a autocracia, tal como "estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos".[90]

A garantia dos direitos fundamentais repousa na Constituição, a 'lei das leis'.

Resta, portanto, concretizá-la.

8 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BISSOLI, Lívia Regina Savergnini. Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O direito administrativo e as políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

89 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 171.

90 *Ibidem*, p. 171.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais**. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/ Coimbra, 2008.

DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Estudo de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo*:* Malheiros, 2006.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). **O direitos e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DUCKE, Marcelo Chenk. Fundamentação em torno da chamada "drittwirkung" dos direitos fundamentais. Apud WERNER, Fritz. *Direito privado, constituição e fronteiras:* encontros da Associação Luso-alemã de juristas do Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

FERREIRA JR. Valdir de Oliveira. Administração pública no neoconstitucionalismo: redução da discricionariedade administrativa e ativismo administrativo. In: DALLARI, Adilson de Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valter do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Controle da interpretação e da discricionariedade**. Palestra proferida por ocasião do XXVII Congresso do IBDA, São Paulo, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES JUNIOR, Vida Serrano. **A cidadania social na Constituição e 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **A reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial***:* paradigmas para uma definição. Disponível em*:* <*http//*www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11_369.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014.

PIRES, Luiz Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa***:* dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso saúde In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais***:* contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988 - publicação de artigos científicos. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/181574909/Direito-Sociais-Como-Direitos-Fundamentais-Ingo-Sarlet >. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direitos e Políticas Públicas: dois mundos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Coords.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. *S*ão Paulo: Malheiros, 2009.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001975-46.2008.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZAÇÃO C/C DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS – MENOR IMPÚBERE À EPOCA DO FATO – VÍTIMA ACIDENTE DE TREM – AMPUTAÇÃO DO PÉ ESQUERDO – SUICÍDIO DA MÃE – APELAÇÃO CÍVEL DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – PRELIMINARES – ALEGA CULPA DOS PAIS POR NEGLIGÊNCIA – REDUÇÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – APELAÇÃO CÍVEL DA VÍTIMA – PRELIMINARES – CULPA DA CONCESSIONÁRIA – FALTA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA NAS TRAVESSIAS DAS LINHAS DE TREM – MAJORAÇÃO DO VALOR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – DEFERIDO A PENSÃO VITALÍCIA – RECEBIMENTO MENSAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo-se sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

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 de ALL - América Latina Logística do Brasil S/A e dar parcial provimento ao recurso de W. F. S. de M., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Apelação da parte requerida ALL – América Latina Logística do Brasil S/A

ALL - América Latina Logística do Brasil S/A, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos c/c tutela antecipada, que lhe move W. F. S. de M., interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial e a condenou ao pagamento de 100 salários mínimos (danos morais), 33 salários mínimos (danos estéticos), 01 salário mensal desde 31/10/2007, até o autor completar 35 anos de idade (descontados os meses já pagos), despesas com tratamento médico, tudo com valores corrigidos com juros de 1% ao mês desde a sentença prolatada e ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da causa.

O apelante é uma concessionária de serviços públicos, operadora de transporte ferroviário de cargas, o qual vitimou o autor – apelado que em um acidente na linha do trem, restou-lhe em uma amputação do pé esquerdo e parte da perna. O autor, ora apelado, há época com 9 anos de idade, brincava próximo ao local, que também é habitado e possui uma grande concentração de crianças.

Aduz o apelante que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do autor e por falha da mãe no dever de vigilância e de cuidado com seu filho onde influenciou no evento danoso.

Próximo ao local do acidente havia passagem para pedestres e veículos, o que contradiz com a sentença que afirmou que a linha era desprovida de sinalização e segurança. E o maquinista obrigatoriamente havia acionado a buzina e que sempre o fará quando vir pessoas e obstáculos na linha.

Alega que a sentença, não analisou as provas produzidas nos autos e deixou de concluir que a vítima praticava a tentativa de surfe rodoviário e por tenra idade, escorregou de vagão em movimento.

Afirma não ter havido prática de ilícito por parte deste apelante e o que infelizmente ocorreu foi por culpa exclusiva da própria vítima e de seus genitores negligentes. A vítima que se propôs a subir em vagão de trem em movimento e por isso não pode exigir de outrem que isolem o leito ferroviário, o que penalizaria a pequena comunidade que vive ao lado do leito ferroviário.

Que, pouco importa, se no local havia sinalização adequada, pois mesmo se houvesse, nada influenciaria no intento da vítima em alcançar o local subindo e descendo de vagões de carga. O acidente ocorreria independentemente de no local haver algo que dissesse ao apelado que lá cruzava um trilho de trem e que uma composição por lá se deslocava.

Compete ao transeunte não brincar próximo à linha do trem, por sobre ela não ficar por muito tempo e não tentar escalar um trem de carga em movimento, onde o perigo é iminente.

Afasta sua responsabilidade sobre realização de obras de acessibilidade para a população e despeja sobre a competência da Municipalidade, pois assumiu a linha férrea sem qualquer isolamento e nunca lhe foi dada a incumbência de criar mecanismos para que terceiros vençam obstáculos. Os quais, em alguns locais possuem a idade de um século, como é a antiga malha ferroviária nacional, sob pena de grave mácula ao equilíbrio financeiro do contrato de concessão.

Entende que os valores ao qual foi condenada são extremamente altos ao se comparar com caso de homicídio culposo de menor impúbere, onde no TJSP, fixou 250 salários mínimos como adequado à reparação civil pelos danos morais experimentados pela família. Ainda mais, diante da real culpabilidade dos pais da vítima. Pois o pagamento de valores mensais, não garante lucros cessantes ao apelado, que terá amplas possibilidades de trabalhar e lograr o próprio sustento.

No que tange ao custeio do tratamento médico, afasta sua incumbência e a atribui ao Estado.

Pede o afastamento da liminar concedida, bem como das indenizações impostas ou adequá-las a um patamar em que se enquadre o caso *sub judice*, principalmente diante da culpa concorrente da vítima, sob pena de enriquecimento ilícito.

Em contrarrazões, o autor apelado afirma que nenhuma das testemunhas arroladas pela parte apelante comprovaram de fato o ocorrido tanto que uma delas afirmou veementemente que não viu o menor subindo no trem e reforçaram que já houve diversos acidentes no local e que nunca nenhuma medida foi tomada e pede o improvimento do recurso (fl.683/697).

Em manifestação da PGJ, pede pelo improvimento do recurso do réu.

Apelação do autor W. F. S. de M., menor, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos c/c tutela antecipada, que move contra a ALL- América Latina Logística do Brasil S/A, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente seus pedidos condenando o réu ao pagamento 100 salários mínimos (danos morais), 33 salários mínimos (danos estéticos), 01 salário mensal desde 31/10/2007, até o autor completar 35 anos de idade (descontados os meses já pagos), despesas com tratamento médico, tudo com valores corrigidos com juros de 1% ao mês desde a sentença prolatada e ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da causa.

O autor, apelante, foi vitima de um acidente com um trem da requerida apelada, quando brincava a beira do barranco, próximo a linha da ferrovia. Teve que amputar o pé e uma parte da perna. A linha do trem passa habitualmente por este local habitado e há poucos metros de um campo de futebol, onde há uma grande concentração de crianças.

Relata que o menor sofre moralmente com as consequências do acidente e que haverá sim, limitações na escolha de sua profissão, pois houve limitações de seus movimentos. Em decorrência do acidente, ainda acabou perdendo sua mãe, que tirou a própria vida, pois mesmo realizando várias sessões de terapia para combater a depressão que lhe ocorreu, não conseguiu suportar a dor de ver seu filho debilitado e sofrendo.

Não há, no local, nenhuma sinalização ou obstáculo que impeçam a aproximação de pessoas. A comunidade ali existente é constituída por pessoas humildes, que sempre circulam pelo local.

Dessa forma, a concessionária, como prestadora de serviço público de transporte de cargas, deveria tomar todas as medidas necessárias com o fim de restringir a circulação de pessoas no local, diminuindo assim os riscos e evitando tragédias. Deveria haver, ao menos, sinalizações no local como cancelas, placas proibitivas, advertências, não em toda extensão da via férrea, mas nas proximidades onde há povoado.

Da sentença recorrida:

Diz que o Magistrado demonstrou uma sapiência ímpar, porém o valor fixado à título de danos morais e estéticos não condiz com toda a fundamentação do Magistrado, sendo irrisória, visto a capacidade das partes e a injusta agressão suportada pelo autor apelante.

Alega o autor apelante quanto a incidência de juros e correção monetária dos valores fixados em sentença não respeitou as Súmulas 43 e 54 do STJ, que afirmam que os mesmos deverão ser atualizados desde a data do ato ilícito.

Que não somente a dor física lhe corrói, mas o abalo psicológico da criança foi agravado após o acidente, pois além de perder uma parte da perna, perdeu sua mãe, que esta tirou a própria vida após crises depressivas, ao ver a triste situação vivenciada pelo filho.

Assim ressalta que a indenização, nesse caso, deverá ser o pagamento de uma soma pecuniária, buscando uma satisfação compensatória da dor, do sentimento, do sofrimento e da angústia sentida pelo apelante por ter sido lesionado tão gravemente, sendo óbvio que qualquer indenização que venha receber nunca lhe será suficiente para reparar tudo que perdeu.

Requer a reforma da sentença, fazendo com que o apelado pague uma justa indenização, esperando um valor não inferior a 300 salários mínimos para os danos morais e 150 salários mínimos para os danos

estéticos. Em casos semelhantes, o STJ já fixou valor condenatório a título de danos morais em torno de 400 salários mínimos.

A sentença também merece reparos no que se refere aos danos materiais, onde requer a pensão fixada de maneira vitalícia e não até o autor apelante completar seus 35 anos de idade. Sendo que o valor devido deverá ser o equivalente ao que deixou ou deixaria de receber em decorrência do acidente.

Com relação à data do início para a reparação dos danos – em conformidade com Súmula 43 do STJ – requer a pensão vitalícia devida desde a data do ato que provocou a incapacidade.

Requer, para tanto, a fixação em parcela única, considerando como termo inicial a data do acidente e como termo final a expectativa de vida do apelante, cuja jurisprudência pacífica, de 73 (setenta e três) anos, para efeitos de cálculos da indenização devida, sem prejuízos dos décimos terceiros, juros e correções monetárias, considerado o valor de 01 (um) salário mínimo.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. Que não pode a Concessionária responder pela omissão dos familiares da criança.

Em manifestação a PGJ, opina pelo provimento parcial do recurso do autor, alterando somente a data inicial para a correção monetária fixada na sentença.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

As partes, inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, nos autos da ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos c/c tutela antecipada, interpõem apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais condenando a requerida ALL - América Latina Logística do Brasil S/A,100 salários mínimos (danos morais), 33 salários mínimos (danos estéticos), 01 salário mensal desde 31/10/2007, até o autor completar 35 anos de idade (descontados os meses já pagos), despesas com tratamento médico, tudo com valores corrigidos com juros de 1% ao mês desde a sentença prolatada e ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da causa.

A condenação foi com base no fato danoso de um acidente em uma linha férrea, que está sob concessão da requerida, envolvendo uma criança de 9 (nove) anos de idade, que brincava próximo ao local. Esta, sofreu uma amputação de membro inferior, gerando-lhe dores e limitações.

Passo à análise das preliminares suscitadas.

Apelação da parte requerida: ALL - América Latina Logística do Brasil S/A

Suscita a apelante preliminar de nulidade da sentença sob o argumento de que a sentença, não analisou as provas produzidas nos autos e deixou de concluir que a vítima praticava a tentativa de surfe rodoviário e por ser de tenra idade, escorregou do vagão em movimento. Aduz o apelante que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do autor e por falha da mãe no dever de vigilância e de cuidado com seu filho, que influenciou no evento danoso.

Afasta sua responsabilidade sobre realização de obras de acessibilidade para a população e indica a responsabilidade da Municipalidade, pede o afastamento da liminar concedida, bem como das indenizações

impostas ou adequá-las a um patamar em que se enquadre o caso *sub judice*, principalmente diante da culpa concorrente da vítima, sob pena de enriquecimento ilícito.

Do mérito

Urge registrar que o magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua própria convicção. É isto o que estabelece o princípio da livre convicção estampado no artigo 131, do Código de Processo Civil. Assim, afasto a alegação de que não houve observância das provas existentes.

É evidente que os acusados sempre eximir-se-ão da culpa, alegando total responsabilidade da vítima ou culpa solidária/concorrente, que neste caso resta incontroversa. Mesmo que a requerida pretenda se livrar da responsabilidade de indenizar, esta pretensão certamente afronta as decisões dos Tribunais.

> *(...) O magistrado ressaltou que o menino sofreu o acidente aos 12 anos e não pôde viver a plenitude da infância e da adolescência. O voto foi acompanhado por unanimidade.* (TJCE - Tribunal de Justiça do Ceará. Na base de dados do site www.sosconsumidor.com.br - 18/10/2011)

E mais:

> *INDENIZAÇÃO. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL. ACIDENTE ENTRE TREM E CARRO. CRUZAMENTO DA LINHA. MORTE DE PASSAGEIRO. OBSTÁCULO NATURAL (MORRO). VISUALIZAÇÃO DO MOTORISTA DO CARRO COMPROMETIDA. PLACAS DE SINALIZAÇÃO COBERTAS PELA VEGETAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE ADMINISTRA A FERROVIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS COMPROVADOS E MORAIS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O acidente ferroviário que ceifou a vida da mãe da autora não pode ser atribuído ao motorista, com exclusividade, já que, com as provas da situação do local em que ocorreu o acidente, verifica-se que existia no cruzamento da rodovia com a via férrea obstáculo natural (morro) que impedia a visualização do motorista de aproximação de composição férrea, além de as placas de sinalização estarem quase totalmente tomadas pelo mato, como concluiu "auto de levantamento de local" firmado pela autoridade policial do município. 2. A empresa responsável pelo tráfego férreo não pode se escusar do dever de vigilância pela simples existência de placas sinalizadoras de existência do cruzamento ou, ainda, no fato de a responsabilidade pela sinalização e por meios de prevenção de acidentes serem de responsabilidade do município. 3. É de conhecimento comum que as vias férreas sempre contaram com mecanismos (obstáculos) para impedir a passagem de pessoas e veículos durante o trânsito de composição férrea, mostrando-se o desguarnecimento desses mecanismos nos cruzamentos um total descaso para com os transeuntes que justifica o reconhecimento de falha na prestação dos serviços e, daí, a existência de responsabilidade da empresa pelos acidentes aí ocorridos. 4. Reconhecimento do reembolso dos danos materiais comprovados. 5. Quanto ao dano moral, a Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o tem admitido nos casos em que há morte de genitor (pai de família) em 200 (duzentos salários mínimos) (REsp.468.934, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES e REsp515.037, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO). 6. Apelação provida.* (TRF-3 - AC: 40496 SP 2001.03.99.040496-3, Relator: JUIZ CONVOCADO WILSON ZAUHY, Data de Julgamento: 25/05/2011, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA Y)

> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos*

legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. 3. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, seja pelo atropelamento desta por composição ferroviária,hipótese em que a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, seja pela queda da vítima que, adotando um comportamento de elevado risco, viaja como "pingente". Em ambas as circunstâncias, concomitantemente à conduta imprudente da vítima,está presente a negligência da concessionária de transporte ferroviário, que não se cerca das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros. Precedentes. 4. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, a concorrência de culpas não é suficiente para afastar o dever da concessionária de transporte ferroviário de indenizar pelos danos morais e materiais configurados, mas mostra-se como fundamento para que as indenizações sejam fixadas pelo critério da proporcionalidade. 5. Conforme o entendimento desta Corte, não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1.537, II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores. 6. A jurisprudência do STJ é uníssona em afirmar que, cuidando-se de família humilde, a colaboração do menor é presumida. 7. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tratou da condição econômico-financeira da autora, razão pela qual os autos devem retornar ao Tribunal de origem para que este julgue a questão da indenização por danos materiais, nos termos da jurisprudência do STJ. 8. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade,bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes 9. Indenização por danos morais fixada em R$(oitenta mil reais), valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data, e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio porcento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, a contar da data do evento danoso.10. Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/04/2011, T3 - TERCEIRA TURMA)

"À empresa ferroviária cumpre sinalizar devidamente as passagens de nível para alertar os motoristas sobre a aproximação dos trens, pouco ou nada importando a preferência destes na passagem. Provado que a passagem ferroviária não era sinalizada, ocorre a culpa "in re ipsa", decorrente do fato de terem os prepostos da empresa agido com negligência, nos termos do art. 1.521, III, do CC". (1° TACSP - 6ª Câm. Ap. Rel. Juiz Minhoto Júnior - RT 559/148).

"ACIDENTE FERROVIÁRIO – Responsabilidade civil – Atropelamento de menor ao atravessar ferrovia em local e à frente do trem em movimento – Evento que, inobstante imprudente a vítima, decorreu da falta de adequada sinalização, fiscais, obstáculos, muros ou alambrados na localidade – Negligência da companhia no exercício de seu poder de polícia caracterizada – Indenização devida – Voto vencido. Se a companhia ferroviária não provê com adequada sinalização, fiscais, obstáculos, muros ou alambrados, decorrendo daí atropelamento que tenha vítima imprudentemente atravessado a ferrovia em local inadequado e à frente do trem em movimento." (1º TACIVIL, Grupo Especial de Câm.; Bem. Infr. nº 416.767-5/01; Rel. Juiz Ferraz de Arruda; j. maioria de votos, RT 673/87)

Se houvesse obras no sentido de instalação de medidas de segurança, para restringir a circulação de pessoas no local, contudo a alegação de que "não haveria resultados positivos" e que "no dia imediatamente seguinte, estarão colocados no chão pela comunidade", resta infundada, demasiadamente injusta e infeliz sua colocação.

Conforme alegação do réu-apelante como saber se a população derrubaria as cancelas, cercas ou placas, por restringir seu acesso? Além do que, cancelas ou placas não restringiria o acesso, somente teria a população uma advertência de sua aproximação com maior cautela, em detrimento ao perigo iminente e da atenção que devem ter ao atravessar o local.

O fato de serem pessoas com menos instrução e mais humildes não os caracteriza como sendo vândalos ao ponto de depredar medidas de segurança que beneficiariam a própria comunidade. Não sabendo a reação das pessoas, não se deve julgar ou prever, para distorcer e se esquivar dos deveres e obrigações que tem os prestadores de serviços públicos.

E quanto às crianças, essas podem crescer em comunidades nascidas diante das linhas férreas, aprendendo a lidar com limites e medidas de segurança para um cruzamento perigoso, sem que nada aconteça.

Não se falou em nenhum momento em "interferência no tráfego rodoviário ou em engessar a movimentação da massa social". O objetivo não é interromper. É diminuir os riscos.

Inevitavelmente o fluxo de pessoas irá ocorrer, até porque a tendência é o crescimento demográfico e as crianças continuarão a brincar nas proximidades. No entanto, não deve a requerida, eximir-se da responsabilidade objetiva. Pois justamente pelo fato da população existir e ainda aumentar em número, no local ou em qualquer via da linha é que os cuidados e as medidas de segurança deverão ser redobradas pela Empresa concessionária.

O Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento:

> *Superior Tribunal de Justiça: STJ Acórdão RIP: 00024015 decisão: 28-06-1994 Proc: RESP num: 0038232 ano: 93 : RJ turma: 04 Recurso Especial publicação DJ data: 22/08/1994 pg: 21266*
>
> *EMENTA - Responsabilidade civil. Morte resultante de acidente por composição ferroviária. Dever de indenizar da empresa ferroviária que não tomou as medidas de segurança adequadas e exigíveis, deixando de conservar cercas, muros, cancelas ou sinal necessários a proteção dos transeuntes. Regulamento aprovado pelo decreto n. 2089/63, arts. 10 e 70, parágrafo 3º. Recurso conhecido e provido para restabelecer a decisão de inferior instância. Ministro Antonio Torreão Braz. Por unanimidade, dar provimento ao recurso.*

O descaso da requerida em fiscalizar sua linha (principalmente onde há comunidades e um fluxo de passagens de pedestres) e proporcionar treinamento para seus funcionários, aliado a falta de coerência de todos os argumentos de defesa do apelante, uma vez que não há controle e nem conhecimento dos horários dos trens, insere-se plenamente no preceito constitucional da responsabilidade pelos danos proporcionados, prevista na CF:

> *Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade 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.*

Quanto o Dano moral

O texto constitucional, como bem salienta o saudoso Hely Lopes Meirelles consagrou a teoria da culpa administrativa:

> *"A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta de serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro". (Direito Administrativo Brasileiro, 20a edição, Malheiros, p. 557)*

Observa-se que o objetivo da reparação pelo dano moral não é o de mensurá-lo, mas antes de tudo deve representar um reconhecimento pela importância do que foi atingido pelo ato ilícito, proporcionando à vítima uma compensação pela sensação dos transtornos e da dor sofrida e uma eficácia de produzir no causador do mal um impacto tal que o desestimule de novo a igual proceder.

Com a edição da Carta ocorrida em 1988, entendeu o legislador, sobre a possibilidade da cumulação da dano material e do moral, a indenização resultante de ato ilícito, foi elevada a matéria constitucional:

> *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:*
>
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

O dano moral, enquanto conceito sofre muitas variações, mas certamente a perda na proporção relatada, provoca a mudança profunda no estado emocional das pessoas, tais alterações experimentadas pelos Requerentes enquadram-se no contexto de dano moral, pois as repercussões na esfera pessoal são muitas, até porque comparando a lesão indiscutivelmente ocorrida, a outras lesões, o dano experimentado é de grandes proporções, dessa forma o bem jurídico merece a prestação jurisdicional em condenação bem agravada.

Outrossim, salienta-se que os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz etc.

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

> *"O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito, que devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc".*

Portanto, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transpõem o limite do razoável, fato verificado no caso em espécie.

De acordo com decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, os danos estéticos estariam incluídos na condenação por danos morais, visto que causaram à vitima, além da amputação de um membro inferior demasiadamente importante para uma criança, um sofrimento psicológico.

Súmula 387 do STJ fixou o entendimento de que dano estético pode ser acumulado com dano moral. De acordo com a jurisprudência, é lícita a acumulação das duas formas de indenização, ainda que decorrentes do mesmo fato, desde que os dois tipos de dano possam ser identificados separadamente.

Para o relator, ministro Raul Araújo, a deformidade física, decorrente da amputação de um membro inferior, gera prejuízo estético à vítima e, portanto, é passível de indenização autônoma.

> *"O dano estético é distinto do dano moral, sendo identificável por repercussões próprias" (Doutrina de Cavalieri Filho). Para quem o "dano estético é alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa, enquanto o dano moral corresponde a sofrimento mental, dor na alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida".*

Segundo o doutrinador, "um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade.

> *"O reconhecimento, nesta Corte, do dano estético como prejuízo autônomo indenizável respaldou-se na interpretação do parágrafo 1º do artigo 1.538 do Código Civil de 1916 e do artigo 21 do Decreto 2.681/12, este último aplicável aos acidentes ferroviários. Entendeu-se ser uma forma de indenização especial", observou Raul Araújo.*

Da apelação do autor W. F. S. de M.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

De outra feita, insurge-se os apelantes, (tanto o réu como o autor) com o valor fixado, requerendo um a sua redução e o outro a sua majoração.

É cediço que o objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

> *"Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão pequena que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido".* (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME DOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC- DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO "IN RE*

IPSA" – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) 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". (Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei)

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.

(...) II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida." (Agravo Regimental - Nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar o autor um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que a empresa requerida reanálise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelo ofendido, tenho que o valor do *quantum* indenizatório fixado pelo magistrado deve ser mantido, valor este que se mostra condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para a empresa requerida, evitando a reiteração de atos análogos.

A importância arbitrada é apta ao fim de indenizar o dano moral suportado; não proporcionando enriquecimento indevido e exagerado ao autor. Até porque o autor utilizará do valor para obter uma vida digna, até que se restabeleça como indivíduo na sociedade, como trabalhador, apesar das limitações, com a qual deverá aprender a conviver.

Por fim, no que concerne as demais alegações do autor ora apelante, vê-se que razão tem, no que concerne a data inicial mencionada na sentença para correção dos juros moratórios valores, referente aos danos morais, estéticos e materiais. Deverão ser calculados a partir da data do fato danoso e não a partir da sentença prolatada, com sua atualização monetária pelo IGPM. A descontar os valores já pagos.

Quanto ao mencionado pelo autor no que se refere a data final, merece acolhimento o pedido de fixar a pensão vitalícia, pois é medida que se impõe e se enquadra na aposentadoria por invalidez, pois as

perdas da vítima não lhe serão restituídas. Entretanto, o pecúnio deverá ser recebido mensalmente, no valor de um salário mínimo vigente. Além das despesas com o tratamento médico necessário à sua condição de portador de necessidades especiais.

Por todo o exposto, conheço dos recursos, rejeito as preliminares do apelante ALL Logística, no mérito, nego-lhe provimento e dou parcial provimento ao recurso da vítima W. F. S. de M., concedendo-lhe a pensão vitalícia a ser paga mensalmente pela apelada e mantendo no mais, inalterada a sentença em seus demais fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso de ALL - América Latina Logística do Brasil S/A e deram parcial provimento ao recurso de W. F. S. de M., nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0009483-35.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator. Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – CONDOMÍNIO *PRO INDIVISO* – RESISTÊNCIA DO COTITULAR – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO PARA POSTERIOR ALIENAÇÃO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – NULIDADE INEXISTENTE – POSSIBILIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA EXTINÇÃO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE PROVA DE SUFICIÊNCIA ECONÔMICA DO BENEFICIÁRIO – BENEFÍCIO CONCEDIDO – RECURSO PROVIDO EM PARTE – PERDAS E DANOS – CONDOMÍNIO *PRO INDIVISO* – IMPOSSIBILIDADE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO – SÚMULA 306 DO STJ.

Não há que se falar em cerceamento de defesa quando os documentos juntados após a réplica à contestação não são relevantes para o deslinde da causa, por ausência de prejuízo à parte.

Possibilita-se nova avaliação do imóvel objeto do pedido de extinção de condomínio em fase de cumprimento de sentença, quando houver alteração do valor, nos termos do art. 1114 do CPC.

Para a concessão do benefício da justiça gratuita, é suficiente a apresentação de declaração de hipossuficiência pela parte requerente, admitindo-se, todavia, em razão de sua presunção relativa, prova em contrário. Não havendo outras evidências de que a parte pode arcar com as custas e despesas processuais, o benefício deve ser deferido.

Em se tratando de condomínio *pro indiviso,* enquanto não convencionado expressamente de forma contrária, os condôminos podem exercer todos os poderes inerentes à propriedade.

Configurada sucumbência recíproca, não há obice à compensação de verbas honorárias. Inteligência da Súmula 306 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso de Wilson Reis Ferreira e negar provimento ao recurso de Ercilio dos Reis Ferreira, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Wilson Leis Ferreira, na ação de extinção de condomínio c/c alienação judicial e perdas e danos promovida por Ercílio dos Reis Ferreira, representado por sua curadora Ercília Ferreira de Campos, objetivando a venda judicial do imóvel de matrícula n. 22498 do CRI de Três Lagoas/MS, e a condenação do requerido ao ressarcimento de perdas e danos, apela contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Alega, preliminarmente, a nulidade do processo pois houve violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, já que o magistrado singular não o intimou para manifestação dos documentos juntados na réplica à contestação.

No mérito, sustenta que a sentença merece ser reformada, porquanto deveria ser realizada uma avaliação judicial no imóvel objeto da demanda, pois a avaliação está defasada, em razão da valorização dos imóveis na região,

Requer seja reformada a sentença, com o julgamento improcedente dos pedidos iniciais.

Em contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção integral da sentença nas questões atacadas (fls. 427/432).

A seu turno, o apelado interpõe recurso adesivo, inconformado porque a sentença julgou improcedente o pedido de reparação por perdas e danos, e considerou que houve sucumbência recíproca, quando, na verdade, entende que decaiu da parte mínima do pedido.

Alega ainda que os honorários advocatícios não devem ser compensados, sob pena de, em benefício da parte contrária, desprezar o trabalho realizado pelo causídico.

Assim, pugna pela reforma da sentença para que seja o réu condenado ao pagamento das perdas e danos e ao pagamento integral do ônus de sucumbência, vedando a compensação dos honorários.

O apelado deixou de oferecer contrarrazões à apelação adesiva do autor (fl. 436).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento de ambos os recursos (fls. 448/451).

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de sentença prolatada pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS que, nos autos de extinção de condomínio c/c alienação judicial julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, determinando a alienação judicial do imóvel objeto da matrícula n. 22.498, do CRI daquela Comarca, fixando honorários advocatícios no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, em face da sucumbência recíproca.

Nas razões recursais do apelo principal, o apelante sustenta que houve nulidade do processo por violação ao art. 398 do CPC, haja vista que não foi intimado para apresentar manifestação sobre a réplica

à contestação, na qual foram juntados novos documentos, nem sobre o parecer ministerial, o que fere o princípio ao contraditório e ampla defesa.

No mérito, fundamenta seu recurso na ausência de avaliação atualizada do imóvel objeto do feito, pois a atualização monetária do laudo de avaliação não atingirá o seu valor atual, em razão do super aquecimento do ramo imobiliário naquela região, motivo pelo qual pugna pela reforma da sentença.

A parte autora apela adesivamente insurgindo-se especificamente quanto ao indeferimento do pedido de indenização por perdas e danos, à condenação ao pagamento da metade das custas processuais e honorários sucumbenciais, e ainda, da determinação de compensação dos honorários advocatícios.

Apelação principal.

Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de nulidade da sentença por violação ao artigo 398 do Código de Processo Civil.

Com efeito, dispõe mencionado dispositivo legal:

> *Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.*

Compulsando os autos, constata-se que os documentos juntados pelo recorrido às fls. 255/65 tratam-se de comprovação de gastos médicos do recorrido, e que não serviram de fundamento para a decisão apelada, haja vista que nas ações de extinção de condomínio, de nenhuma relevância são as razões alegadas para o pedido de extinção, apenas exigindo-se a demonstração da recusa dos demais condôminos.

Assim, se o documento novo não é relevante para o deslinde da causa, inexiste nulidade, pois não houve qualquer prejuízo à parte.

Quanto à irresignação do recorrente quanto ao valor da avaliação do imóvel, a decisão não merece qualquer reforma.

Com efeito, o imóvel em questão, por determinação proferida pelo juízo de primeira instância, foi avaliado por oficial de justiça e avaliador na data de 25.07.2012, pelo valor de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), conforme laudo de avaliação juntado às fls. 325/28.

As partes foram devidamente intimadas sobre o laudo em questão, e o recorrente expressamente anuiu com o valor da avaliação, inclusive informando que pretendia depositar 50 % (cinquenta por cento) do valor do imóvel.

Deve ser ressaltado que o bem será levado a hasta pública, e a alienação do bem será feita pelo maior lanço, registrando-se que o recorrente, na qualidade de condômino, possui preferência na adjudicação, nos termos do art. 1118, do Código de Processo Civil[1].

Por oportuno, conforme expressamente disposto no art. 1.114[2] da norma processual, possibilita-se nova avaliação do imóvel por perito nomeado pelo juiz quando houver alteração do valor do imóvel (o que fatalmente ocorre por ocasião do tempo transcorrido), de maneira que nada impede que o recorrente

1 Art. 1.118 - Na alienação judicial de coisa comum, será preferido:
I - em condições iguais, o condômino ao estranho;
II - entre os condôminos, o que tiver benfeitorias de maior valor;
III - o condômino proprietário de quinhão maior, se não houver benfeitorias.

2 Art. 1.114 - Os bens serão avaliados por um perito nomeado pelo juiz quando:
I - não o hajam sido anteriormente;
II - tenham sofrido alteração em seu valor.

pleiteie nova avaliação do imóvel em momento oportuno (fase de cumprimento de sentença), não havendo necessidade de reforma da sentença por ausência de nova avaliação, que era a correta à época.

Por fim, quanto ao pedido de justiça gratuita, registre-se que juízo de primeiro grau indeferiu os benefícios da Lei 1.060/50, ao fundamento de que a hipossuficiência alegada pelo réu não foi documentalmente comprovada.

O apelante requereu na petição inicial os benefícios da justiça gratuita e demonstrou, mediante declaração juntada às fl. 221, que não têm condições para arcar com as custas e despesas processuais, consoante prescreve o art. 4º da Lei nº 1.060/50, que assim dispõe:

> *Art. 4°. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.*
>
> *§1°. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais".*

Pelo que se observa do mencionado dispositivo, a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada desde que a parte comprove sua condição de hipossuficiente, bastando para a obtenção do benefício, a simples declaração de que não possui condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

Trata-se de presunção *juris tantum* e em que pese a existência de declaração de hipossuficiência, o pedido pode ser indeferido ou posteriormente revogado pelo julgador, se houver elementos nos autos que demonstrem que a parte possui condições financeiras de arcar com as custas do processo.

A respeito da questão, confiram-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA NATURAL. DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM OPERANDO EM FAVOR DO REQUERENTE DO BENEFÍCIO. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção juris tantum de que a pessoa natural que pleiteia o benefício de assistência judiciária gratuita não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem qualquer comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Embora seja tal presunção relativa, somente pode ser afastada quando a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.*
>
> *2. Na hipótese, as instâncias ordinárias, ignorando a boa lógica jurídica e contrariando a norma do art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, inverteram a presunção legal e, sem fundadas razões ou elementos concretos de convicção, exigiram a cabal comprovação de fato negativo, ou seja, de não ter o requerente condições de arcar com as despesas do processo.*
>
> *3. Recurso especial provido, para se conceder à recorrente o benefício da assistência judiciária gratuita.* (REsp 1178595/RS - RECURSO ESPECIAL n.º 2010/0018889-9 Relator: Ministro RAUL ARAÚJO - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento: 19/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 04/11/2010)

Não vislumbro que a natureza da ação ou qualquer outra circunstância evidencie que o réu possua condições econômicas de arcar com as despesas processuais, de forma que, afirmado pelo apelante não possui condições de arcar com estas, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, e não apontadas evidências em sentido contrários, deve ser concedido os benefícios da justiça gratuita, e por conseguinte, ser reformada, nesse ponto, a sentença que revogou tal benefício.

Apelação adesiva.

A parte contrária interpõe apelação adesiva, irresignada com o julgamento improcedente do pedido de perdas e danos, reconhecimento da sucumbência recíproca e possibilidade de compensação de honorários advocatícios, fato que ensejou cada parte a arcar com metade dos ônus sucumbenciais.

Tenho que a pretensão da apelante não merece acolhida.

In casu, os autores alegam que o requerido deve ser condenado a indeniza-lo em razão de ter construído um salão comercial que ocupa parte do terreno pertencente ao autor, utilizando-se do bem comum em proveito exclusivo, gerando danos ao recorrente.

Ocorre que, em se tratando do denominado condomínio *pro indiviso*, é indispensável a prévia divisão e individualização do bem para que seja delimitada a área a qual pertence cada um dos condôminos, pois enquanto não providenciada esta, cada condômino pode exercer propriedade sobre o todo. É o que estabelece o art. 1.314 do Código de Processo Civil:

> *Art. 1314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la*
>
> *Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.*

Vale dizer, a coisa permanece em estado de indivisão perante os condôminos enquanto não identificada sua fração, sendo lícito ao condomínio exercer todos os poderes inerentes à propriedade como um todo. No ensinamento de Pontes de Miranda[3]:

> *Cada condômino tem os direitos de propriedade como se fosse titular único: tudo, em que o seu direito pode ser tratado como quota (matematicamente), não depende, em regra, de outros condôminos, porém a relação, entre eles, se indivisível a coisa, cria, no plano do direito das obrigações, a preferência (preempção) na venda; não precisa de ouvir aos outros condôminos para hipotecar ou gravar, por outra razão, a sua parte (usufruto, promessa de venda e compra, pacto de preferência que respeite o art. 1.139 do Código Civil).*
>
> *(...)*
>
> ***O não-uso da coisa comum por alguns dos condôminos não lhes dá direito a alugue, ou prestação, que fica em lugar do uso que teria podido exercer. Isso dependeria de negócio jurídico entre os condôminos.*** Grifei

Nessa seara, considerando a disposição legal que permite ao condômino usar e dispor livremente da coisa, sem convenção expressa entre os condôminos que estabeleça o contrário, não há que se falar em ocupação indevida de parte do imóvel, em razão do condômino apenas exercer um direito que a lei lhe assegura.

3 MIRANDA. Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 12. Bookseller: Campinas, 2001, p. 77.

Embora possa se deduzir, pelo que consta nos autos, que os litigantes tenha de fato utilizado-se cada um de parte do imóvel, verifica-se que esta proporção não foi estabelecida de forma expressa, de maneira que cada qual poderia exercer os direitos de proprietário sobre a totalidade do bem, enquanto não formalizada a divisão.

Portanto, nada foi trazido aos autos que pudesse demonstrar que os condôminos individualizaram a área pertencente a cada um no imóvel em litígio, de forma a configurar a utilização indevida de determinada parte deste pelo cotitular do domínio, motivo pelo qual não merece qualquer reparo a decisão guerreada.

No que tange aos ônus de sucumbência, escorreita a distribuição da sucumbência reciprocamente, haja vista que a alienação do bem é apenas consectário lógico do pedido de extinção do condomínio, e se o pedido de perdas e danos foi julgado improcedente, houve sucumbência recíproca.

E, havendo sucumbência recíproca, não vislumbro qualquer óbice à compensação das verbas honorárias devidas aos procuradores das partes, possibilidade que inclusive foi objeto do Súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> *Súmula 306. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.*

Assim, conheço da apelação adesiva interposta por Ercílio dos Reis Ferreira, e, com o parecer, nego-lhe provimento.

Outrossim, conheço do recurso principal e dou-lhe parcial provimento tão somente para conceder ao apelante Wilson Reis Ferreira os benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso de wilson reis ferreira e negaram provimento ao recurso de ercilio dos reis ferreira, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0808794-10.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – NOME DA GENITORA – POSSIBILIDADE – MOTIVAÇÃO SUFICIENTE – RETIFICAÇÃO DO NOME DA GENITORA POR MODIFICAÇÃO DECORRENTE DE DIVÓRCIO – AVERBAÇÃO À MARGEM DO ASSENTO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DO APELANTE NO TOCANTE NOME DA MÃE – POSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL – COM O PARECER – RECURSO PROVIDO.

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

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

O. H. A. P (repres/por sua genitora) A. C. A. da A., inconformada com a sentença que nos autos da ação de retificação de registro civil, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

O apelante ingressou o com feito visando a retificação de seu assento de nascimento, lavrado em Cartório de Registro Civil de Dourados-MS, no tocante ao nome de sua genitora, a qual chamava-se A. C. A. da A. K., e que divorciou-se e passou a usar o nome de solteira A. C. A. da A.

Informa que, carrega em seu registro o nome de sua genitora com um sobrenome que não é de seu pai, o que lhe causa constrangimentos.

Na época em que a genitora do apelante registrou o mesmo, embora não fosse oficialmente divorciada, já não vivia maritalmente com o Sr. E. K., porém já vivia outro relacionamento e deste que se concebeu a criança, ora apelante. O divórcio da mãe somente se concretizou legalmente, após o nascimento do mesmo, razão pela qual passou a utilizar o seu nome de solteira.

O constrangimento se dá, pois tem o nome de sua mãe em seu registro de nascimento com sobrenome que não pertence a sua família. Se ao menos, à época de seu nascimento, o nome de sua mãe fosse o de casada com seu genitor, não haveria prejuízo ou constrangimento algum. O problema é que

sempre terá que informar o nome de sua mãe, que não advém de nenhum parentesco e que já foi retirado do registro civil da genitora.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar procedente seu pedido inicial, e determinar a retificação e averbação de seu registro civil para constar o nome de sua genitora como de solteira: A. C. A. de A.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

O. H. A. P (repres/por sua genitora) A. C. A. da A., inconformada com a sentença que nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

O apelante ingressou o com feito visando a retificação de seu assento de nascimento, lavrado em Cartório de Registro Civil de Dourados-MS, no tocante ao nome de sua genitora, a qual chamava-se A. C. A. da A. K., e que divorciou-se e passou a usar o nome de solteira A. C. A. de A. Informa que, carrega em seu registro o nome de sua genitora com um sobrenome que não é de seu pai, o que lhe causa constrangimentos.

Na época em que a genitora do apelante registrou o mesmo, embora não fosse oficialmente divorciada, já não vivia maritalmente com o Sr. E. K., porém já vivia outro relacionamento e deste que se concebeu a criança, ora apelante. O divórcio da mãe somente se concretizou legalmente, após o nascimento do mesmo, razão pela qual passou a utilizar o seu nome de solteira. O constrangimento se dá, pois tem o nome de sua mãe em seu registro de nascimento com sobrenome que não pertence a sua família.

Breve relatório, decido.

O juiz *a quo*, julgou improcedente o pleito de retificação do nome da genitora do apelante, por entender que as informações constantes na certidão de nascimento devem coincidir com a época em que foi lavrado o registro.

Ocorre que, o normal seria se fosse o nome de casada com o pai do apelante, isso sim, não lhe causaria constrangimento algum, pois o nome constante em seu registro seria familiar. O que não ocorre no caso vertente.

Ocorre que Lei n. 8.560/92, em seu artigo 3°, parágrafo único, estabelece a possibilidade de averbar, no registro de nascimento do filho, eventual alteração do patronímico materno*, in verbis*:

> *Art. 3° E vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.*
>
> *Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.*
>
> *Em doutrina, leciona-se que "havendo alteração do nome da mãe em virtude de casamento, pode ser incluído o patronímico o assento de nascimento do filho".*

Resta demonstrado que é possível incluir, logo entende-se, por ser a lei omissa neste ponto, ser autorizada a exclusão de sobrenome em razão de divórcio, haja vista que os registros devem ter por base

o "princípio da verdade real". Ressaltando que neste caso, o apelante não é filho do ex- marido de sua genitora e sim do atual companheiro.

A PGJ, traz o seguinte julgado:

> *APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO MATERNO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DOS FILHOS. GENITORA SEPARADA DE FATO DO EX-CÔNJUGE QUANDO DOS ASSENTOS DE NASCIMENTO. POSTERIOR DIVÓRCIO, COM O RETORNO AO NOME DE SOLTEIRA QUANDO DO DIVÓRCIO. CONVIVÊNCIA À EPOCA DOS COM O GENITOR DOS APELANTES À ÉPOCA DOS ASSENTOS DE NASCIMENTO. MANUTENÇÃO DO PATRONÍMICO DO EX-MARIDO NA FILIAÇÃO MATERNA DOS APELANTES QUE NÃO REFLETE A SITUAÇÃO FÁTICA À ÉPOCA DOS REGISTROS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Havendo erro no registro civil, deve ser corrigido, para que se ponha em harmonia com o que é certo (Lei de Registros Públicos Comentada. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217). Se ao tempo do registro de nascimento dos apelantes a genitora já se encontrava separada de fato do ex-cônjuge, e vivia maritalmente com o genitor dos infantes, a fim de que se restabeleça a verdade daqueles registros, a exclusão do patronímico do ex-marido do nome da genitora se impõe.* (TJ-SC - AC: 272810 SC 2003.027281-0, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 26/11/2007, Primeira Câmara de Direito Civil).

E ainda do Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO CIVIL. RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO. NOME DE SOLTEIRA DA GENITORA. POSSIBILIDADE. 1. O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica, razão pela qual deve espelhar a realidade presente, informando as alterações relevantes ocorridas desde a sua lavratura. 2. O ordenamento jurídico prevê expressamente a possibilidade de averbação, no termo de nascimento do filho, da alteração do patronímico materno em decorrência do casamento, o que enseja a aplicação da mesma norma à hipótese inversa - princípio da simetria -, ou seja, quando a genitora, em decorrência de divórcio ou separação, deixa de utilizar o nome de casada (Lei 8.560/1992, art. 3º, parágrafo único). Precedentes. 3. Recurso especial provido.* (REsp 1072402/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 01/02/2013).

O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica. Por isso que necessita espelhar a verdade existente e atual e não apenas aquela que passou.

Nos termos de precedente do STJ *"É admissível a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira; para tanto, devem ser preenchidos dois requisitos: (i) justo motivo; (ii) inexistência de prejuízos para terceiros" (REsp 1.069.864-DF, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2008).*

De acordo com a possibilidade de aplicar a norma inversa e não havendo causa, nem prejuízo algum a terceiros, diante da alteração do nome da genitora do apelante, para seu nome de solteira, dou provimento ao recurso interposto, para que seja averbado no registro de nascimento do apelante, a alteração do nome de sua mãe, passando a constar: A. C. A. da A.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800644-85.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO – FALTA DE COMPROVAÇÃO IMEDIATA DA URGÊNCIA NA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO – NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS – LIMINAR CONCEDIDA – MEDIDA PRONTAMENTE CUMPRIDA – DANOS MORAIS AFASTADOS – MEROS ABORRECIMENTOS – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PEDIDOS PREJUDICADOS – RECURSO DA UNIMED CORUMBÁ PROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO.

Por certo que a recusa da apelante em autorizar o procedimento médico causou à usuária do plano aborrecimentos, mas não na proporção e intensidade capazes de lhe causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal e muito menos ocasionaram vexame social que acarretassem dano moral.

Fica prejudicada a análise dos pedidos relativos à majoração do valor indenizatórios e dos honorários advocatícios com o provimento do recurso da parte contrária foi provido para afastar a condenação dos danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Unimed Corumbá e julgar prejudicado o recurso de Denise da Costa e Silva de Figueiredo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Unimed Corumbá e Denise da Costa e Silva de Figueiredo interpõem recursos de apelação, inconformadas com a sentença (fls. 207/214) proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação declaratória c/c obrigação de fazer c/c danos morais movida pela primeira apelante em face da segunda que julgou procedente o pedido inicial "*para confirmar a tutela de urgência de fls. 89/90 e condenar a demandada ao pagamento a) em favor da demandante, da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, devidamente corrigida a partir da emissão desta sentença e juros de mora no percentual de 1% a fluir da data da negativa do seguro em 31.01.14 (fls. 170); b) das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (...)*."

A Unimed Corumbá, em suas razões recursais (fls. 217/224), alega, em síntese, que deve ser afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, porque "*primeiramente, não há nos autos demonstração efetiva do dano, somente alegação de sua ocorrência.*"

Acrescenta que "*em momento algum negou a realizar a cirurgia pretendida pela apelada. O que fez foi somente requerer, fundamentadamente, esclarecimentos ao médico solicitante (...)*." E que "*a apelante comunicou o indeferimento da cirurgia pleiteada, bem como suas razões, na data de 30.01.2014 e o procedimento foi autorizado pela UNIMED na data de 20.02.2014, de modo que não houve procrastinação na autorização do procedimento.*"

Caso não seja afastada a condenação ao pagamento indenizatório, requer seja reduzido o valor estabelecido em primeiro grau, qual seja, R$ 10.000,00.

Denise da Costa e Silva de Figueiredo, em nas razões do recurso de apelação adesivo (fls. 237/246) requer a majoração do *quantum* indenizatório, assim como do valor dos honorários advocatícios.

Ambas as partes apresentaram Contrarrazões Recursais (fls. 229/236 e 249/255)

VOTO

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

Unimed Corumbá e Denise da Costa e Silva de Figueiredo interpõem recursos de apelação, inconformadas com a sentença (fls. 207/214) proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação declaratória c/c obrigação de fazer c/c danos morais movida pela primeira apelante em face da segunda, que julgou procedente o pedido inicial "*para confirmar a tutela de urgência de fls. 89/90 e condenar a demandada ao pagamento a) em favor da demandante, da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, devidamente corrigida a partir da emissão desta sentença e juros de mora no percentual de 1% a fluir da data da negativa do seguro em 31.01.14 (fls. 170); b) das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (...)*."

A Unimed Corumbá, em suas razões recursais (fls. 217/224), alega, em síntese, que deve ser afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, porque "*primeiramente, não há nos autos demonstração efetiva do dano, somente alegação de sua ocorrência.*"

Acrescenta que "*em momento algum negou a realizar a cirurgia pretendida pela apelada. O que fez foi somente requerer, fundamentadamente, esclarecimentos ao médico solicitante (...)*." E que "*a apelante comunicou o indeferimento da cirurgia pleiteada, bem como suas razões, na data de 30.01.2014 e o procedimento foi autorizado pela UNIMED na data de 20.02.2014, de modo que não houve procrastinação na autorização do procedimento.*"

Caso não seja afastada a condenação ao pagamento indenizatório, requer seja reduzido o valor estabelecido em primeiro grau, qual seja, R$ 10.000,00.

Denise da Costa e Silva de Figueiredo, em nas razões do recurso de apelação adesivo (fls. 237/246) requer a majoração do *quantum* indenizatório, assim como do valor dos honorários advocatícios.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões recursais (fls. 229/236 e 249/255)

1) Do recurso interposto por Unimed Corumbá.

Consta dos autos que Denise da Costa e Silva de Figueiredo ajuizou a presente demanda em face de Unimed Corumbá alegando sofrer de doença grave denominada escoliose (CID-10 M41) tendo o médico que a atende solicitado, ao plano de saúde, autorização para realização do procedimento cirúrgico a que necessita ser submetida, contudo não houve resposta por parte da demandada. E, por tal razão, requereu a concessão da medida antecipatória de tutela para que fossem cumpridos os termos do contrato firmado entre as partes. Pugnou, ainda, que a empresa requerida fosse condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Juntamente com a inicial, foi juntado o laudo médico (fls. 69) em que há a descrição da enfermidade que acomete a apelada, assim como do procedimento cirúrgico a ser realizado.

No despacho inicial (em 3.2.2014), o magistrado de primeiro indeferiu a medida de urgência, tendo consignado que "*apesar de o laudo de fl. 18 informar que a requerente, nos últimos dois meses, teve piora progressiva do quadro, o relatório médico não esclareceu a respeito da urgência alegada, o que era de rigor para a concessão da tutela antecipatória. Ademais, como a própria Denise relatou na inicial (fl. 2), a requerida não negou a prestação do serviço (...) inexiste prova inequívoca de que tal procedimento possa ser feito após o julgamento do mérito, com a abertura do contraditório e a ampla defesa, sem causar dano de difícil reparação, motivo pelo qual indefiro a tutela de urgência reclamada.*" (fls. 74/76)

Posteriormente, foram juntados novos documentos que vieram a comprovar, não só a necessidade do procedimento cirúrgico, como também a sua urgência (fls. 85). E, ainda, o indeferimento do pedido por parte da Unimed Corumbá "*pois não foram apresentados os exames primordiais, para averiguação de injúria medular (...).*" (fls. 79/81)

Foi requerida a reconsideração da decisão que havia indeferido a tutela antecipada, tendo naquele momento, o pedido sido deferido pelas seguintes razões:

> *"Após a juntada de novos documentos pela demandante, não obstante o teor da decisão anterior em desfavor dela, infere-se que estão configurados os requisitos para a concessão da tutela de urgência reclamada na inicial.*
>
> *Os fatos narrados estão comprovados, em análise não exauriente, pelos documentos colacionados no pleito de reconsideração. De outro lado, existe relação contratual entre as partes (fls. 20/68).*
>
> *Os documentos de fls 69 e 85, ambos elaborados por médico especializado nas moléstias descritas nos autos (ortopedia e cirurgia da coluna), demonstram a necessidade de internação para realização de cirurgia, porquanto a requerente é portadora de escoliose do adulto progressiva.*
>
> *Registre-se que o médico atestou, à fl. 85, a necessidade do procedimento cirúrgico em caráter de urgência.*
>
> *Ademais, no capítulo H.3 do contrato de adesão, especificamente a cláusula H.3 (fls. 59/60), não há exclusão expressa de cobertura do procedimento solicitado pelo médico da demandante, motivo por que a negativa de cobertura pela Unimed denota-se, neste juízo de cognição sumária, abusiva." (fls. 89/90)*

Por outro lado, ao se manifestar nos autos (fls. 154/165), a apelante sustentou que não se negou a realizar o procedimento cirúrgico, houve apenas pedido de esclarecimentos e para a apresentação de novos exames, sendo que acabou por autorizar a cirurgia requerida, assim como o fornecimento do material necessário à sua realização, como comprovam os documentos de fls. 108 e 148/150.

Na sentença, o magistrado de primeiro grau confirmou a tutela de urgência anteriormente concedida e, ainda, condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00, considerando que "*constituiu abuso de direito a negativa em apreço porque rompeu o equilíbrio contratual do ajuste negocial firmado pelas partes, em flagrante ofensa aos incisos I e IV do art. 51 do CDC.*" (fls. 210)

Primeiramente, no que concerne ao pedido formulado pela Unimed Corumbá para o afastamento dos danos morais, a respeito das ações indenizatórias, dispõe o artigo 927, do Código Civil que *"aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado repará-lo"*.

Portanto, o pressuposto lógico para reparação é a existência de ato ilícito, dano, culpa do agente e nexo causal.

Além disso, importante ressaltar que somente deve ser reputado como dano moral a reação psíquica do ser humano em face de uma lesão que importe em intensa dor, vergonha, injúria moral em uma gravidade tamanha que ultrapasse as barreiras do mero aborrecimento e aflijam o âmago da pessoa.

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral "*é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, (...)*[1]"

Assim, apenas está configurado o dano moral quando a ofensa é capaz de gerar lesão a direitos intrínsecos à personalidade do indivíduo, violando, por exemplo, sua intimidade, honra e imagem. Ou seja, para que haja caracterização do dever de indenizar, é imprescindível a evidência de uma circunstância gravemente injuriosa, relevante o suficiente para ocasionar ao ofendido dano em seu patrimônio moral.

Tem-se entendido que "*para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transgridem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis.*" (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.019465-8/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento: 17/07/2012 Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Publicação: 06/08/2012. Nº Diário: 2704)

No que concerne, especificamente, aos planos de saúde, somente há se falar em indenização por danos morais quando houver recusa indevida ou injustificada por parte da operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura ao tratamento médico o que não ocorreu na presente situação.

Inicialmente, de fato, tendo em vista a ausência de exames complementares e a falta de elucidação acerca da urgência, não foi autorizado o procedimento cirúrgico, conforme esclarecimentos prestados pela Unimed Corumbá à apelada (fls. 79/81). Entretanto, após a apresentação de novos relatórios médicos (fls. 85 e 97), e com a concessão da medida liminar, o plano de saúde liberou o tratamento requerido (fls. 108 e 148/150).

Frise-se, como já anteriormente mencionado, no despacho inicial, o magistrado de primeira instância houve por bem indeferir a medida antecipatória, por não ter ficado demonstrada a urgência para a realização do procedimento médico pleiteado ou que haveria risco à saúde da demandante.

Ademais, o STJ já se pronunciou no sentido de que "*O mero inadimplemento contratual por si só não enseja dano moral. Hipótese em que a recusa de cobertura deu-se em situação que não era de emergência, tendo sido o atendimento realizado por força de liminar, sem risco à vida ou à saúde*

1 Cahali, Yussef Said. *Dano Moral*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição. Pág. 20.

do segurado. (...)" (EDcl no REsp 1243813/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

Por certo que a recusa da apelante em autorizar o procedimento médico causou à usuária do plano aborrecimentos, mas não na proporção e intensidade capazes de lhe causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal e muito menos ocasionaram vexame social que acarretassem dano moral.

A propósito a jurisprudência deste Tribunal e do STJ:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA À COBERTURA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. PRONTO CUMPRIMENTO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE ABALO CARACTERIZADOR DE DANO MORAL.*
>
> *1. Devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração que contenham exclusivo intuito infringente.*
>
> *2. O mero inadimplemento contratual por si só não enseja dano moral. Hipótese em que a recusa de cobertura deu-se em situação que não era de emergência, tendo sido o atendimento realizado por força de liminar, sem risco à vida ou à saúde do segurado.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (EDcl no REsp 1243813/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)
>
> *"(...) O inadimplemento motivado pela discussão razoável acerca do descumprimento de obrigação contratual, em regra, não causa, por si só, dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Precedente. (...)"* (REsp 1244781/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011)
>
> *"(...) A recusa da cooperativa Unimed no fornecimento de exame não caracteriza dano moral indenizável, porquanto não foi capaz de causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal ao paciente, constituindo mero aborrecimento. (...)"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.022238-7/0000-00 - Dourados. Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento: 09/08/2011 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: 19/08/2011. Nº Diário: 2487.)
>
> *"A simples discussão acerca do cumprimento ou não de cláusula contratual não dá ensejo a dano moral, a não ser quando a discussão extrapolar os limites da tolerabilidade."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.024433-8/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento: 01/09/2011 Órgão Julgador: 5ª Turma Cível. Publicação: 08/09/2011. Nº Diário: 2499.) *Pelas razões acima delineadas, deve ser afastada a condenação por danos morais.*

2) Do recurso de apelação adesivo interposto por Denise da Costa e Silva de Figueiredo.

Pretende a apelante a majoração do valor estabelecido a título de danos morais, assim como dos honorários advocatícios. Todavia, com o provimento do recurso interposto por Unimed Corumbá, fica prejudicada a análise de tais pedidos.

Assim, tenho como prejudicado o presente recurso.

3) Dispositivo.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Unimed Corumbá para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e julgo prejudicado o apelo interposto por Denise da Costa e Silva de Figueiredo. Em razão disso, redistribuo as custas processuais e honorários advocatícios na proporção de 50% para cada uma das partes, podendo haver a compensação de tais verbas na forma prevista no artigo 21, *caput* e parágrafo único, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Unimed Corumbá e julgaram prejudicado o recurso de Denise da Costa e Silva de Figueiredo, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0820212-79.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE CESSÃO DE DIREITOS/SUB-ROGAÇÃO – REGRA CONTIDA NA MP Nº 451/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.945/09, QUE SE APLICA AO CASO EM EXAME – SINISTRO OCORRIDO DEPOIS DA MEDIDA PROVISÓRIA – EXTINÇÃO POR ILEGITIMIDADE ATIVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Além de haver vedação expressa no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.194/79 (com a alteração dada pela Lei nº 11.945/2009), a impossibilidade de cessão de crédito ou de sub-rogação decorre da própria natureza do seguro DPVAT, direito personalíssimo, inalienável e intransferível, portanto, não pode a vítima dispor de direito que lhe é indisponível.

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, 17 de dezembro de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

ASCON - Associação dos Cooperados da Conacentro - Cooperativa dos Produtores do Centro Oeste interpõe recurso de apelação contra a sentença de fls. 210/215, proferida pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande/MS, que nos autos da ação de cobrança ajuizada em desfavor da Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 219/229), alega em síntese, que *"ainda que o artigo 3º, § 2º da Lei 6.194/74, expresse a vedação da cessão de direitos, não se deve deixar de atentar que é incontroverso o fato de que foi o Recorrente, efetivamente, quem arcou com as despesas decorrentes do acidente sofrido por seu associado, Sr. Higor Betero. Portanto, é indubitável a sua legitimidade para pleitear referidos valores"*. Requer, ainda, a inversão dos ônus de sucumbência.

A Mapfre Vera Cruz Seguradora, na qualidade de apelada, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 239/245).

VOTO

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

ASCON - Associação dos Cooperados da Conacentro - Cooperativa dos Produtores do Centro Oeste interpõe recurso de apelação contra a sentença de fls. 210/215, proferida pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande/MS, que nos autos da ação de cobrança ajuizada em desfavor da Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 219/229), alega em síntese, que *"ainda que o artigo 3º, § 2º da Lei 6.194/74, expresse a vedação da cessão de direitos, não se deve deixar de atentar que é incontroverso o fato de que foi o Recorrente, efetivamente, quem arcou com as despesas decorrentes do acidente sofrido por seu associado, Sr. Higor Betero. Portanto, é indubitável a sua legitimidade para pleitear referidos valores"*. Requer, ainda, a inversão dos ônus de sucumbência.

A Mapfre Vera Cruz Seguradora, na qualidade de apelada, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 239/245).

Segundo consta dos autos (fls. 02):

> *"(...)*
>
> *O Sr. Higor Betero laborou para a pessoa jurídica CONACENTRO e foi associado da requerente.*
>
> *Ocorre que no dia 16/11/2009, enquanto associado da requerente e funcionário da CONACENTRO, o Sr. Higor Betero sofreu acidente de trânsito na BR MT 242, no sentido Sorriso, MT a Nova Ubiratã, MT, e assim foi submetido a tratamento médico, em razão das enfermidades que atingiram seu corpo, adquiridas em virtude do acidente sofrido.*
>
> *(...)".*

O magistrado de primeiro grau ao proferir o *decisum* de fls. 210/215, afirmou:

> *"(...)*
>
> *ASCCON – Associação dos Cooperados da Conacentro – Cooperativa dos Produtores do Centro Oeste, qualificada nos autos, propôs ação de cobrança contra Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, também qualificada, pretendendo que a requerida seja condenada a lhe pagar R$ 2.700,00.*
>
> *A requerente alega, em síntese, que Higor Betero laborou para a CONACENTRO e foi seu associado; no dia 16.11.2009, Higor Betero sofreu acidente de trânsito e foi submetido a tratamento médico; e que pagou em favor de Higor Betero, até o momento, pelo referido tratamento, R$ 65.827,35, dos quais R$ 2.700,00 devem lhe ser ressarcidos pela requerida a título de indenização pelo seguro DPVAT.*
>
> *(...)*
>
> *A requerente, por sua vez, não detém legitimidade para figurar no polo ativo.*
>
> *Apesar de sustentar que não pretende o recebimento dos valores pleiteados na inicial na qualidade de cessionária dos direitos de Higor Betero, é o que se vislumbra no caso.*

> *O que a Lei nº 6.194/1974 procura proteger é a vítima de acidente de trânsito causado por veículo automotor de via terrestre ou por sua carga, situação na qual não se enquadra a requerente, e, se pretende receber os valores do seguro DPVAT por haver arcado com as despesas advindas do noticiado sinistro, é óbvio que deseja subrogar-se no aludido direito.*
>
> *Ocorre que a Medida Provisória n° 451/2008, convertida na Lei n° 1.945/2009, alterou o § 2º do artigo 3º da Lei n° 6.194/74 e vedou a cessão de direitos ao dispor que:*
>
> *"Assegura-se à vítima o reembolso, no valor de até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), previsto no inciso II 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."*
>
> *Sendo a legitimidade para o reembolso das DAMS exclusiva da vítima e não cabendo a cessão de direitos, a extinção do feito por falta de uma das condições da ação é medida que se impõe.*
>
> *Destarte, em razão dos argumentos expostos, acolho a preliminar de ilegitimidade de parte e julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, na forma prevista no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. A requerente arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 em atenção ao que estabelece o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo exigido. Decorrido o prazo para eventual recurso, como pagamento das custas, arquivem-se.*
>
> *(...)".*

Cuida-se de ação de cobrança de seguro DPVAT na qual a parte autora pretende ver-se ressarcida de valores referentes a despesas de assistência médica e suplementares (DAMS), no importe de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) a título de indenização, haja vista que seu associado sofreu acidente de trânsito no dia 16 de novembro de 2009.

A irresignação recursal não merece prosperar, devendo a sentença ser mantida.

Conforme o próprio nome diz, o seguro DPVAT indeniza danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, criado através da Lei nº 6.194/74, cobrindo sinistros que geram morte, invalidez permanente total ou parcial e reembolsa despesas médico-hospitalares.

No caso em tela, não é possível a cessão de direitos e tampouco a sub-rogação, haja vista que a autora figura como cessionária dos créditos oriundos do reembolso DAMS, situação que afasta a sua legitimidade ativa em razão da vedação expressa contida no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.194/74, com a alteração dada pela Lei nº 11.945/2009, a seguir transcritos:

> *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:*
>
> *[...]*
>
> *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.*

[...]

§ 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.*** *(Grifos nossos)*

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, infere-se que a legislação aplicável ao caso testilhado aos autos veda expressamente a cessão de direitos decorrentes da percepção ao prêmio do seguro obrigatório DPVAT oriundo de despesas de assistência médica e suplementares, eis que consubstancia-se em verdadeiro direito personalíssimo, inalienável e intransferível.

Nesse sentido, trago a baila os recentes julgados dos Tribunais pátrios sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. DPVAT. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E SUPLEMENTARES [DAMS]. CESSÃO DE CRÉDITOS. DIREITO PERSONALÍSSIMO. IMPOSSIBLIDADE. SEGURO DE VEÍCULO. COBRANÇA DE DANOS À TERCEIRO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO "PACTA SUNT SERVANDA". DA INCLUSÃO DA SEGURADORA LÍDER AO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA - A jurisprudência do STJ (REsp 1108715) entende que as seguradoras integrantes do consórcio do Seguro DPVAT são solidariamente responsáveis pelo pagamento das indenizações securitárias, podendo o beneficiário cobrar o valor de qualquer uma delas. Logo, o beneficiário do seguro pode acionar qualquer das seguradoras integrantes do grupo, sendo desnecessária a inclusão da Seguradora Líder à lide. LEGITIMIDADE PASSIVA - Da ré Marítima Seguros SA - Havendo contrato de seguro firmado entre as partes, não há que se falar em ilegitimidade passiva. Preliminar afastada de plano. CESSÃO DE CRÉDITOS - Decorrentes do Seguro Obrigatório DPVAT - Além de haver vedação expressa no no artigo 3.º, § 2.º, da Lei 6.194/74, a impossibilidade de cessão de direitos decorre da própria natureza jurídica do seguro DPVAT, direito personalíssimo, inalienável e intransferível. Assim, trata-se de cessão nula, visto que não pode a vítima dispor de direito que lhe é indisponível. CONTRATO DE SEGURO - Aplicação do princípio do "pacta sunt servanda". Ausente abusividade ou vício de vontade e tendo agido conforme o pactuado, não há que se falar em indenização a ser paga por parte da seguradora. À UNANIMIDADE, EXTINGUIRAM O PROCESSO COM RELAÇÃO AO PRIMEIRO AUTOR E DERAM PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70057364630, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 10/07/2014)(TJ-RS - AC: 70057364630 RS , Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 10/07/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/07/2014) (Grifos nossos)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. ***DESPESAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E SUPLEMENTARES. ACIDENTES POSTERIORES À MPN. 451/2008, CONVERTIDA NA LEI N. 11.945/2009. CESSÃO DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PROIBIÇÃO LEGAL EXPRESSA. SUB-ROGAÇÃO. INAPLICABILIDADE****. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI CIVIL. INSTITUTO DO MANDATO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA PELO HOSPITAL EM NOME PRÓPRIO, E NÃO NA QUALIDADE DE PROCURADOR DOS SEGURADOS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* (TJ-SC, Relator: Jorge Luis Costa Beber, data de Julgamento: 16/07/2014, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado) (Grifos nossos)

Portanto, diante da vedação legal, mantenho a sentença de primeiro grau, restando prejudicado os demais pedidos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pela ASCON - Associação dos Cooperados da Conacentro - Cooperativa dos Produtores do Centro Oeste, mantendo *in totum* a sentença guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2014.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1408171-63.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PAPILOSCOPISTA – PROCESSO DE SELEÇÃO – ALTERAÇÃO DO EDITAL COMO MEIO DE ADEQUAR A NORMA SUPERVENIENTE – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OBSERVÂNCIA – SEGURANÇA DENEGADA.

Conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, face ao princípio da legalidade, pode a Administração Pública, enquanto não concluído e homologado o concurso público, alterar os requisitos constantes do respectivo edital, para adaptá-los à nova legislação aplicável à espécie.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 3 de novembro de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Khadyne Alves de Almeida Godoy, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Administração de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na incorreta classificação no concurso público da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que após a divulgação dos resultados das provas, a Escola de Governo e a SAD publicaram novo edital, o de nº 49/2014, de 24 de junho de 2014, alterando os critérios de desempate, provocando benefícios exclusivos às candidatas Patrícia Aparecida Soares e Alessandra Marcelo Aguilera Sá, em detrimento das demais.

Sustenta que possui informações no sentido de que, ainda em julho, será dado início às nomeações dos candidatos aprovados, conforme atesta a Portaria nº 320/95.

Requer a concessão de medida liminar, a fim de que as autoridades coatoras, para que seja suspenso o ato impugnado (Edital nº 49/2014) e a expedição de cartas convocatórias e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, com a anulação do ato impugnado e a publicando nova lista final de aprovados.

Requer os benefícios da justiça gratuita.

Juntou os documentos de f. 11-305.

A liminar foi indeferida às fls. 308/309.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações e defesa (fls. 320-328), argumentando que não há direito líquido e certo violado, eis que o critério utilizado no subitem 8.4.4 do Edital nº 1/2013/SAD/SEJUSP/PCMS previa somente o critério de desempate para a prova objetiva, enquanto que o subitem modificado pelo Edital superveniente dispõe sobre os critérios de desempate no resultado final do certame.

Sustenta que tais alterações ocorreram por necessidade de adequação das normas do Edital de abertura às modificações advindas da legislação estadual, que passou a prever o curso de formação não mais como etapa do concurso, e sim como requisito do estágio probatório.

Defende que não houve abuso de poder ou ilegalidade na publicação de novo Edital, porquanto a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de permitir alterações que tenham por fim ajustar as normas editalícias ao princípio da legalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 384/388, opina pela denegação da segurança.

VOTO

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

Khadyne Alves de Almeida Godoy, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Administração de Mato Grosso do Sul e pelo Diretor-Presidente da Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na incorreta classificação no concurso público da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que após a divulgação dos resultados das provas, a Escola de Governo e a SAD publicaram novo edital, o de nº 49/2014, de 24 de junho de 2014, alterando os critérios de desempate, provocando benefícios exclusivos às candidatas Patrícia Aparecida Soares e Alessandra Marcelo Aguilera Sá, em detrimento das demais.

Sustenta que possui informações no sentido de que, ainda em julho, será dado início às nomeações dos candidatos aprovados, conforme atesta a Portaria nº 320/95.

Requer a concessão de medida liminar, a fim de que as autoridades coatoras, para que seja suspenso o ato impugnado (Edital nº 49/2014) e a expedição de cartas convocatórias e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, com a anulação do ato impugnado e a publicando nova lista final de aprovados.

Requer os benefícios da justiça gratuita.

Juntou os documentos de f. 11-305.

A liminar foi indeferida às fls. 308/309.

O Estado de Mato Groso do Sul apresentou informações e defesa (fls. 320-328), argumentando que não há direito líquido e certo violado, eis que o critério utilizado no subitem 8.4.4 do Edital nº 1/2013/SAD/SEJUSP/PCMS previa somente o critério de desempate para a prova objetiva, enquanto que o subitem modificado pelo Edital superveniente dispõe sobre os critérios de desempate no resultado final do certame.

Sustenta que tais alterações ocorreram por necessidade de adequação das normas do Edital de abertura às modificações advindas da legislação estadual, que passou a prever o curso de formação não mais como etapa do concurso, e sim como requisito do estágio probatório.

Defende que não houve abuso de poder ou ilegalidade na publicação de novo Edital, porquanto a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de permitir alterações que tenham por fim ajustar as normas editalícias ao princípio da legalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 384/388, opina pela denegação da segurança.

O Edital nº 49/2014, que alterou determinados itens do Edital nº 1/2013/SAD/SEJUSP/PCMS, o fez para adequá-lo à legislação superveniente, que passou a prever o curso de formação não mais como etapa do concurso, mas como requisito do estágio probatório.

Tal adequação é perfeitamente cabível, desde que o certame não esteja concluído e homologado, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (ARE 69382 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014).

Ademais, incorreta a alegação da impetrante no sentido de que houve a alteração dos critérios de desempate da prova objetiva, porquanto a alteração se deu nos critérios de desempate no resultado final.

O subitem 8.4.4 do Edital 1/2013, estabelece os critérios para o desempate na pontuação obtida na prova objetiva escrita, ao passo que a alteração promovida com a Publicação do Edital n.º 49/2014, deu-se no subitem 16.2, que disciplina os critérios de desempate no resultado final do concurso.

Verifica-se, assim, que representam critérios para etapas diversas do certame e, conforme destacado no parecer ministerial, "*o método para aferição do resultado final é feito através de uma média simples entre os resultados da 1ª e 2ª fase do concurso (prova escrita objetiva e prova de títulos, respectivamente), diferentemente do método utilizado para aferir o resultado da prova escrita objetiva, que se baseia na mera contagem de questões certas assinaladas*".

Como se verifica, ao contrário do alegado pelo impetrante, não há como aplicar o critério de desempate da prova objetiva para os casos de igualdade no resultado final, restando, com isso, evidente, a ausência de direito líquido e certo, devido à inexistência ilegalidade no ato praticado pelos impetrados.

Em face do exposto, com o parecer, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Sérgio Fernandes Martins, Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 03 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800318-75.2013.8.12.0036 - Inocência
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – LICENÇA NÃO REMUNERADA – REVOGAÇÃO SEM MOTIVAÇÃO – NULIDADE – RECURSOS PROVIDOS COM O PARECER.

Analisando as razões que justificaram a interrupção da licença anteriormente concedida é certo que se baseiam no aumento de fluxo de pessoas na cidade e consequente alargamento da demanda pelos serviços públicos que exige todo o material humano disponível na prefeitura para atendimento dessa população.

Entretanto, observa-se que entre a concessão da licença (02/05/2013) e sua interrupção (21/08/2013) passaram-se apenas 03 meses o que desacredita a motivação uma vez que a cidade do porte de Inocência não sofreria uma mudança considerável no quadro populacional em tão curto lapso temporal.

Portanto, inexistente motivação determinante para justificar a revogação da licença não remunerada concedida à apelante o recurso merece ser provido para declaração da nulidade desse ato.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Marlucy Edoana Ferreira dos Santos apela da sentença que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado em face de ato da autoridade coatora do Prefeito Municipal e da Secretária Municipal de Inocência.

Argumenta, em apertada síntese, que a Administração Pública Municipal não indicou motivação para o ato de revogação da licença não remunerada anteriormente concedida o que o torna nulo.

Sustenta que a revogação da licença se deu apenas 3 meses após sua concessão o que invalida a alegação de mudança no quadro populacional da cidade.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo para concessão da segurança pleiteada.

Resposta às fls. 102-105, pugnando pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo acolhimento do pedido inicial.

Os autos também subiram para reexame.

VOTO

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

Marlucy Edoana Ferreira dos Santos apela da sentença que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado em face de ato da autoridade coatora do Prefeito Municipal e da Secretária Municipal de Inocência.

Argumenta, em apertada síntese, que a Administração Pública Municipal não indicou motivação para o ato de revogação da licença não remunerada anteriormente concedida o que o torna nulo.

Sustenta que a revogação da licença se deu apenas 03 meses após sua concessão o que invalida a alegação de mudança no quadro populacional da cidade.

Pois bem. Consta dos autos que a apelante é servidora pública efetiva da Prefeitura Municipal de Inocência desde junho de 2008 no cargo de auxiliar administrativa.

No ano de 2013 requereu administrativamente licença não remunerada para tratar de assuntos pessoais (continuação do curso de direito na UEMS) com fundamento no artigo 101 do Estatuto do Funcionário Público Municipal:

> *"Art. 101: A critério da administração, poderá ser concedida ao servidor estável licença para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até 02 anos consecutivos, sem remuneração.*
>
> *§1º - A licença poderá ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor, ou no interesse do serviço".*

Noticia que a licença foi concedida pelo período compreendido entre 03/05/2013 a 02/05/2015 e que, na data de 23/08/2013 foi publicado no Jornal do Bolsão a convocação da prefeitura municipal para sua recondução ao cargo no prazo de 10 dias, sob pena de abandono de emprego.

A apelante impetrou o presente mandado de segurança alegando que o ato é desmotivado e infringe seu direito líquido e certo à licença não remunerada.

O condutor do processo denegou a segurança com fundamento na discricionariedade da administração em revogar o ato.

Em que pese o ato de revogação da licença ser discricionário é certo que para sua validade é imperioso que haja motivação específica.

Vejamos lições de Diógenes Gasparini acerca do tema:

> *"Motivo: é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia-se em situações do mundo real que*

devem ser levadas em consideração para o agir da administração pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidade do próprio Poder Público que impelem a administração pública à expedição do ato administrativo.

(...) O motivo pode estar, ou não, na lei. Se constante de lei, a prática do ato dependerá da efetiva ocorrência da situação prevista.

(...) Tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo.

O motivo, como vimos, é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato.

A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo. É a narrativa do motivo. Normalmente, a motivação é apresentada sob forma de considerandos.

(...) A motivação, como vimos ao tratar do princípio da motivação, é necessária para que todo e qualquer ato administrativo, e a discussão motiva/não motiva parece resolvida com o advento da Lei Federal n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração. Pelo artigo 50 dessa lei todos os atos administrativos, sem qualquer distinção, deverão ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

Assim, tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem ser motivados. O fato desse artigo elencar situações em que os atos administrativos devem ser motivados não elide esse entendimento, pois o rol apresentado engloba atos discricionários e vinculados". (Diógenes Gasparini *in* Direito Administrativo, Saraiva, 12ª Edição, 2007, páginas 66-67).

Ainda, sobre a tese, Hely Lopes Meirelles:

"Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática.

Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.

Em outros administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação, ainda, é obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória.

A motivação, portanto, deve apontar as causas e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a teoria dos motivos determinantes, delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizadas por Jèze.

Em conclusão, com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade administrativa e ampliando o do acesso ao Judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição

> *dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário".* (Hely Lopes Meirelles *in* Direito Administrativo, Malheiros, 28ª edição, páginas 97-98).

Analisando as razões que justificaram a interrupção da licença anteriormente concedida é certo que se baseiam no aumento de fluxo de pessoas na cidade e consequente alargamento da demanda pelos serviços públicos que exige todo o material humano disponível na prefeitura para atendimento dessa população.

Entretanto, observa-se que entre a concessão da licença (02/05/2013) e sua interrupção (21/08/2013) passaram-se apenas 03 meses o que desacredita a motivação uma vez que a cidade do porte de Inocência não sofreria uma mudança considerável no quadro populacional em tão curto lapso temporal.

Ainda, há informação do Ministério Público de primeiro grau que a população da cidade aumentou, entretanto, anteriormente à concessão da licença, o que não legitima a motivação com esse argumento.

Portanto, inexistente motivação determinante para justificar a revogação da licença não remunerada concedida à apelante o recurso merece ser provido para declaração da nulidade desse ato.

Posto isso, com o parecer, dou provimento ao recurso e ao reexame necessário para conceder a segurança inicialmente pleiteada, reconhecendo o direito líquido e certo da apelante na continuidade da licença não remunerada para trato de interesse particular, anulando-se o ato que a revogou.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 18 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0807782-92.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER –ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA MENTAL E MOTORA – IMPOSSIBILIDADE DE LOCOMOVER-SE SOZINHA – COMPLETA DEPENDÊNCIA DA GENITORA – DEMONSTRADA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL GRATUITO ASSEGURADO A AMBAS – PASSE LIVRE – DEVER DO ESTADO – ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA – IMPROVIDA.

Como forma de efetivar o direito à saúde e assegurar a ampla proteção das pessoas com deficiência, a Lei Federal nº 8.899/1994, em seu artigo 1º, preceitua que "*É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual*". A regulamentação, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, se deu através da Lei nº 4.086/2011, que, a seu turno, vedou expressamente a extensão do benefício a acompanhantes.

No caso da apelada, menor com 13 anos de idade e acometida de hidrocefalia congênita, deficiência mental e motora que compromete seu desenvolvimento e a impede de realizar sozinha as atividades do dia-a-dia, inclusive seu deslocamento, a negativa de passe livre a sua genitora culmina, em verdade, na negativa do benefício a ela mesma e, assim, dos direitos à saúde e à vida, constitucionalmente assegurados.

Restando incontroversos o direito da menor à gratuidade do transporte intermunicipal e, sobretudo, a indispensabilidade da companhia de sua genitora, cujos rendimentos mensais são de aproximadamente um salário mínimo e meio, deve ser assegurado a ambas o direito ao Passe Livre Intermunicipal, pois o transporte gratuito delas está intimamente ligado ao direito da primeira à vida e à saúde.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 21 de outubro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Estado de Mato Grosso do Sul apelou da sentença que acolheu o pedido deduzido na inicial da ação ordinária de obrigação de fazer movida por A. V. P. O., menor representada por sua genitora, M. P., ordenando o fornecimento de passe livre intermunicipal com direito à acompanhante.

Salientou, em resumo, que a Lei Estadual n.º 4.086/2011 assegura a concessão do passe livre Intermunicipal apenas ao deficiente físico e mental, excluindo expressamente o direito a acompanhantes, daí que a extensão do benefício à genitora da apelada viola os princípios da legalidade estrita e da isonomia.

Esclareceu, ainda, que "[...] *o papel do Poder Judiciário será o de controlar eventuais omissões excepcionais ou abusos praticados pelo legislador ou pelo administrador público. Fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário deve respeito às escolhas feitas pela sociedade e implementadas pela Administração Pública, em razão do princípio da harmonia e separação dos poderes e do princípio democrático. O Poder Judiciário deve agir com autocontenção (judicial self-restraint)*" (f. 128).

No desfecho, pugnou pelo provimento do apelo, para reformar a sentença e, assim, julgar improcedente o pleito vestibular.

A apelada, a seu turno, em contrarrazões (fs. 135-141), rebateu as razões recusais e defendeu a manutenção *in totum* da sentença.

Por fim, a Procuradoria de Justiça, no parecer de fs. 148-153, opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

O Estado de Mato Grosso do Sul se insurge contra a sentença que, na ação ordinária de obrigação de fazer ajuizada por A. V. P. O., acolheu o pedido inicial e ordenou-lhe que assegurasse à autora a gratuidade do transporte intermunicipal com direito à acompanhante.

O artigo 196 da Constituição da República impõe ao Estado – no sentido amplo, englobando União, Estados, Distrito Federal e Municípios – o dever de assegurar o acesso universal e igualitário às ações de saúde que objetivem a prevenção, redução e recuperação de doenças.

Por sua vez, o artigo 198[1] da Carta Política prescreve que as ações e serviços públicos de saúde serão desenvolvidos de forma descentralizada, assegurando atendimento integral e com participação da comunidade.

Como forma de efetivar esse direito e assegurar a ampla proteção das pessoas com deficiência, a Lei Federal nº 8.899/1994, em seu artigo 1º, preceitua que "*É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual*".

A regulamentação, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, se deu através da Lei nº 4.086/2011, que, a seu turno, vedou expressamente a extensão do benefício a acompanhantes (artigo 1º, parágrafo único, inciso II - f. 67).

1 "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III – participação da comunidade".

No caso da apelada, menor com 13 anos de idade e acometida de hidrocefalia congênita, deficiência mental e motora que compromete seu desenvolvimento (na fotografia acostada à f. 15, observa-se que ela se assemelha a uma criança de colo) e a impede de realizar sozinha as atividades do dia-a-dia, inclusive seu deslocamento, a negativa de passe livre a sua genitora culmina, em verdade, na negativa do benefício a ela mesma e, assim, dos direitos à saúde e à vida, constitucionalmente assegurados.

Desta feita, restando incontroversos o direito da menor à gratuidade do transporte intermunicipal e, sobretudo, a indispensabilidade da companhia de sua genitora, cujos rendimentos mensais são de aproximadamente um salário mínimo e meio (f. 93), a alegação de impossibilidade de ingerência do Judiciário nas decisões administrativas sobre consecução de políticas públicas não é justificativa plausível para malferir normas expressas da Constituição da República.

Pela procedência do pedido inicial é o parecer ministerial, cujo excerto relevante transcrevo:

> *"Portanto, uma vez que o Poder Público, leia-se União, Estados e Municípios, possui o dever constitucional de proporcionar assistência médica ao cidadão que a necessite, estes não podem tentar se eximir de suas obrigações, pautando-se na ausência de previsão legal para a concessão do transporte para a acompanhante (mãe) da portadora de deficiência em questão, ou qualquer outro argumento que não vise à efetivação do direito constitucional à saúde, sob pena de violação ao disposto no artigo 196 da Carta Magna.*
>
> *Ademais, muito embora a portadora de hidrocefalia possua passe livre intermunicipal, extrai-se da fotografia de f. 15 e dos atestados de f. 17-18, que A. V. P. O. é totalmente incapaz de locomover-se sozinha, portanto, o benefício concedido a ela, tão-somente, não possui eficácia prática nenhuma, já que a menor depende da acompanhante, sua mãe, para todas as tarefas diárias.*
>
> *Nesse sentido, vê-se, também, que a mãe da criança é pobre nos termos da lei, conforme se infere dos recibos de pagamentos juntados às f. 93- 94.*
>
> *Sobre o tema, veja-se que em outros Estados a garantia do transporte público livre para os acompanhantes de portadores de deficiência já é plenamente reconhecida, visando justamente viabilizar o tratamento do incapaz [...]" (fs. 150-151).*

Na mesma senda vejamos precedentes deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – TRANSPORTE COLETIVO URBANO MUNICIPAL – ISENÇÃO TARIFÁRIA – TRATAMENTO DE SAÚDE [...] PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL – HIPÓTESE DE ISENÇÃO – HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA – ISENÇÃO TARIFÁRIA CONCEDIDA, COM DIREITO A ACOMPANHANTE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DA ASSETUR IMPROVIDO – RECURSO DO AUTOR PROVIDO. [...]* ***Se o paciente se enquadra nas hipóteses de isenção e demonstrou que precisa da concessão da carteira de isenção tarifária no transporte urbano para que continue o tratamento de saúde que necessita, aliado ao fato de ser carente de recursos financeiros, é dever do Município ampará-lo em suas necessidades, concedendo-lhe o almejado benefício, com o direito a acompanhante, desde que comprovada a necessidade****"* (Apelação nº 2010.005148-6/0000-00. Quarta Câmara Cível. Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgamento 18.5.2010) (grifo nosso).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONCESSÃO DE ISENÇÃO TARIFÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – NECESSIDADE DE EXTENSÃO PARA ACOMPANHANTE – PACIENTE COM DÉFICIT AUDITIVO E MENTAL – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO PROVIDO"* (Apelação

nº 0001848-68.2007.8.12.0001. Segunda Câmara Cível. Relator Des. Atapoã da Costa Feliz. Julgamento 8.10.2013).

Desta feita, não há como prover a apelação, mormente porque comprovada a incapacidade da apelada de locomover-se sem o auxílio de sua genitora e a hipossuficiência financeira desta, deve ser assegurado a ambas o direito ao passe livre intermunicipal, pois o transporte gratuito delas está intimamente ligado ao direito da primeira à vida e à saúde.

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. Decisão com o parecer.

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, 21 de outubro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0825135-17.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – AUTO DE ARREMATAÇÃO ASSINADO SOMENTE PELO JUIZ – POSSIBILIDADE – ART. 25 DO CSM/TJMS N. 211/10 – PRAZO DE 5 DIAS PARA A INTERPOSIÇÃO – INTERPOSIÇÃO QUANDO JÁ DECORRIDO O PRAZO LEGAL – DECADÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Conforme o artigo 25 do Provimento CSM/TJMS n. 211/2010 "*O auto de arrematação será assinado somente pelo juiz, dispensadas as demais assinaturas referidas no art. 694 do Código de Processo Civil*".

Assim, verifica-se que o auto de arrematação foi devidamente assinado pelo juiz no dia 05/03/2013 (f. 78) e a presente demanda apenas foi interposta no dia 15/07/2013, ou seja, quando já decorrido o prazo legal estipulado no artigo 746 do Código de Processo Civil.

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, 14 de outubro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Construtora Degrau Ltda apela da sentença que, nos autos dos Embargos à Arrematação oposta em desfavor de Aldina Miere dos Santos Holsbach e Laudineia de Moura da Silva, acolheu *ex officio* a prejudicial de decadência.

Sustenta que a presente demanda não decaiu, tendo em vista que o auto de arrematação não está assinado pelo juiz, nem pelo serventuário e pelo leiloeira, como preceitua o artigo 693 do Código de Processo Civil.

Ressalta que o auto de arrematação não pode ser considerado válido e capaz para acionar a fluência do prazo de cinco dias para a oposição dos embargos.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Respostas às fls. 41–48.

VOTO

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

Em relação a irresignação do apelante referente a ausência das assinaturas, qual seja, do juiz, do serventuário e do leiloeiro, tenho por certo que esse argumento não tem espeque, visto que conforme o artigo 25 do Provimento CSM/TJMS n. 211/2010:

> *"O auto de arrematação será assinado* ***somente pelo juiz,*** *dispensadas as demais assinaturas referidas no art. 694 do Código de Processo Civil".*
>
> *A respeito do prazo para o oferecimento de embargos à arrematação, prescreve o artigo 746 do Código de Processo Civil:*
>
> *É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.*
>
> *Nesse sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior:*
>
> *O texto reformado pela Lei nº 11.382/2006 deixa explícito que o prazo aplicável aos embargos à arrematação ou adjudicação não é igual ao dos embargos à execução: é de cinco dias, devendo sua contagem seguir a orientação consagrada anteriormente pela jurisprudência, ou seja, o dies a quo continua sendo a data da assinatura do auto e não a da expedição da carta ou da imissão na posse dos bens arrematados.* (A REFORMA DA EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL, Forense, 2007, p. 222).
>
> *Assim, verificasse que o Auto de Arrematação foi devidamente assinado pelo juiz no dia 05/03/2013 (f. 78) e, deste modo, a partir desta data começou a fluir o prazo para a interposição dos Embargos à Arrematação.*
>
> *Portanto, como fundamentado pelo juízo a quo, a presente demanda apenas foi interposta no dia 15/07/2013, ou seja, quando já decorrido o prazo legal estipulado no artigo 746 do Código de Processo Civil.*
>
> *À propósito, entendimento jurisprudencial no sentido de que a ausência de assinaturas trata-se de mera irregularidade:*
>
> *EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. EDITAL DE ARREMATAÇÃO. INTIMAÇÃO POR PROCURADOR E POR EDITAL. APERFEIÇOAMENTO DO AUTO DE ARREMATAÇÃO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO SERVENTUÁRIO. MERA IRREGULARIDADE.* ***A ausência da assinatura do serventuário da justiça responsável pela lavratura constitui-se em mera irregularidade visto que evidente a sua anuência quando da confecção do auto de arrematação.[...]*** *Consoante entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, entendo que 'sem embargo da inexistência de norma expressa a respeito, impõe-se sejam as partes intimadas do laudo de avaliação após a sua juntada aos autos, como, aliás, recomenda a boa doutrina'* (RCJ 49/95). Recurso não provido. (TJ-MG AC. 1.0518.08.146012-4/001, Relator: CABRAL DA SILVA, Data de Julgamento: 02/12/2008) (g.n.)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO – TERMO 'A QUO' – AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO JUIZ NO AUTO – NULIDADE SANÁVEL QUE NÃO IMPEDE O TRANSCURSO DO PRAZO – EMBARGOS REJEITADOS LIMINARMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE*

> *HONORÁRIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I –* **O prazo para a propositura de embargos à arrematação é de cinco dias a contar da data da arrematação. II – A ausência de assinatura do juiz no auto de arrematação não impede o decurso do prazo para interposição dos embargos.** *III – Diante da inexistência de angularização da relação jurídica em face do embargado, ora recorrido, porquanto rejeitados liminarmente os embargos à arrematação ajuizados pelo recorrente, incabível o arbitramento de honorários advocatícios à parte "ex adversa".* (TJ-MS AC. 2009.014601-1/0000-00. Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. Terceira Câmara Cível. Dje: 01/03/2010) (g.n.)

Destarte, na ausência de fundamentos que sejam capaz de modificar o *decisum* vergastado, mantenho o entedimento do magistrado *a quo* que extinguiu os embargos à arrematação com resolução do mérito, diante da ocorrência de decadência, com fulcro no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 14 de outubro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0837269-76.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – MULTA CONDOMINIAL – INFRAÇÃO AO REGULAMENTO DO CONDOMÍNIO – INSTALAÇÃO DE AR CONDICIONADO EM LOCAL INADEQUADO – ALTERAÇÃO DA FACHADA DO PRÉDIO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE PENALIDADE NA NORMA INTERNA DO CONDOMÍNIO – IRRELEVANTE – INCIDÊNCIA POR FORÇA DE LEI – INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 1336 DO CC – VALOR QUE NÃO PODE ULTRAPASSAR CINCO VEZES A CONTRIBUIÇÃO MENSAL – PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS A TÍTULO DE PERDAS E DANOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I) A ausência de previsão da aplicação de multa no regulamento interno não obsta o condomínio de exigi-la, porque, em tal hipótese, a incidência se dá por força de lei, mais especificamente pelo art. 1.336 do CC/2002. Se a conduta do condômino infringiu previsão regulamentar (alteração de fachada), não é a falta de previsão de penalidades que impedirá a sua punição, que se legitima por força legal.

II) Deve ser considerada, outrossim, legítima a aplicação da sanção pecuniária se se afeiçoou de forma compatível com a legislação regente e a jurisprudência, atendidos o direito ao contraditório e ampla defesa, a convocação de assembleia específica e o *quórum* de votação instituído no § 2º do art. 1.336 do Código Civil.

III) De acordo com § 2º do art. 1.336 CC, a multa condominial não pode ultrapassar 5 (cinco) vezes o valor da contribuição mensal, observando-se, ainda, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, e que o montante atribuído à multa deve refletir a realidade social e condominial. Multa reduzida para 3 (três) vezes o valor da taxa de condomínio.

IV) Não é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais a título de perdas e danos.

V) Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Condomínio Edifício Ipanema/Arpoador interpõe apelação cível às fls. 91/100, insurgindo-se contra a sentença de fls. 84/88, proferida pelo juízo da 11ª vara cível de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de cobrança que move em face de Aloisyo José Campelo Coutinho.

Informa que ajuizou a demanda com o objetivo de compelir o apelado a pagar multa proveniente de descumprimento de normas condominiais, consistente na alteração da fachada pela instalação de aparelho de ar condicionado em local não permitido.

Noticia que restou decidido em assembleia extraordinária (fls. 28/29) que o apelado deveria pagar multa de 3 (três) vezes o valor da taxa de condomínio, a cada 30 (trinta) dias que ele permanecesse em infração, limitada ao período máximo de 60 (sessenta) dias.

Sustenta que a multa não é excessiva, porque corresponde a 3 vezes a taxa de condomínio, em atenção ao art. 1.336, § 2º, CC.

Nesse sentido, esclarece que a cobrança de valor correspondente a 6 vezes a taxa de condomínio se justifica no fato de que o réu reiterou sua conduta e, após o 60º dia, ainda se encontrava em situação irregular.

Por essa razão, explica, a penalidade foi aplicada duas vezes.

Elucida que o proprietário do imóvel foi notificado, bem como a recusa do seu inquilino em retirar o aparelho, o que ocasionaria a aplicação de multa.

Quanto ao valor exato da multa, afirma que apresentou na inicial, contra o qual o apelado não se insurgiu, sendo devidos, assim, R$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais). E, segundo dispõe, se o juiz quisesse sanar dúvidas sobre o valor, isso poderia ser facilmente apurado, não justificando, por si só, a improcedência do pedido inicial.

Defende a obrigação do ora apelado em lhe restituir a quantia despendida para pagamento de honorários advocatícios.

Requer, por fim, a redução do valor dos honorários sucumbenciais, caso seja mantida a sentença de improcedência.

Contrarrazões às fls. 106/111.

VOTO

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

Condomínio Edifício Ipanema/Arpoador interpõe apelação cível às fls. 91/100, insurgindo-se contra a sentença de fls. 84/88, proferida pelo d. juízo da 11ª vara cível de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de cobrança que move em face de Aloisyo José Campelo Coutinho.

I.

A presente demanda foi motivada pela multa aprovada pelo Condomínio, em assembleia extraordinária datada de 19/07/2010, por força de descumprimento de normas condominiais pelo réu, então inquilino do apartamento 102B, que alterou a fachada pela instalação de aparelho de ar condicionado em local não permitido.

Não se discute nos autos a ocorrência desse fato – ou seja: que o requerido, de fato, instalou o aparelho em local indevido e, em razão disso, alterou a harmonia arquitetônica do prédio.

O que ainda está pendente de solução é saber se, em virtude dessa conduta, deve ou não ser imputada ao requerido a multa cobrada nesta ação – aprovada na assembleia geral extraordinária realizada em 19/07/2010, cuja ata está juntada às fls. 28/29.

Ao contrário do que diz o apelante, o d. juiz julgou improcedente o pedido inicial não apenas por causa do valor da multa, que considerou excessivo frente ao limite previsto no § 2º do art. 1.336 do CC, mas também por falta de previsão de incidência da multa na convenção do condomínio.

E, com efeito, conforme é incontroverso e até mesmo registrado na ata da referida assembleia (f. 28), o regimento interno do condomínio não trazia a previsão de penalidades. Logo, a aplicação da multa foi deliberada pela assembleia geral sem amparo na convenção do condomínio.

Todavia, segundo vem entendendo a jurisprudência, a ausência de previsão da aplicação de multa na convenção não obsta o condomínio de exigi-la, porque, em tal hipótese, a incidência se dá por força de lei , mais especificamente pelo art. 1.336 do Código Civil, *verbis:*

> *Art. 1.336. São deveres do condômino:*
>
> *I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;*
>
> *II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;*
>
> *III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;*
>
> *IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.*
>
> *§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.*
>
> *§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.*

Constatado, portanto, que a conduta do Sr. Aloisyo ensejou a "quebra da harmonia arquitetônica" do edifício, retratando a situação do art. 13 do regulamento condominial (f. 20), não é a falta de previsão de penalidades que impedirá a punição do condômino – que se legitima por força legal.

Outro fator a ser considerado é que o Sr. Aloisyo recebeu notificação sobre o problema, tomando, inclusive, ciência de que a instalação que efetuou contrariava a disposição do art. 13 do regulamento do Condomínio, tendo, na sequência, enviado uma resposta contraditando o que lhe estava sendo imputado.

Nesse sentido, conforme se infere do documento de f. 25/26, o Sr. Aloisyo se defendeu dizendo que a instalação do aparelho de ar condicionado na sacada não poderia ser interpretada como alteração de

fachada, por não trazer nenhum prejuízo à harmonia arquitetônica do prédio, considerando excessivamente rigorosa a posição do Condomínio. Nesses termos, justificou a recusa em remover o equipamento.

Posteriormente, houve a convocação da Assembleia Geral Extraordinária (f. 27), destinada ao fim específico de deliberar sobre a situação – da qual, se quisesse, poderia ter participado e se exposto novamente sua visão dos fatos.

Veja-se, portanto, que o requerido teve prévio conhecimento da acusação e pôde exercer de forma adequada o seu direito de defesa.

De mais a mais, em rebate às alegações do réu, extraio trecho da sentença proferida na ação nº. 0056027-73.2012.8.12.0001, ajuizada com o fito de obrigá-lo a retirar o aparelho que instalou em local inapropriado:

> *"Ao observar as fotografias acostadas aos autos, é fácil visualizar o aparelho de ar condicionado no alto da sacada do apartamento locado pelo Requerido. Não por ser o único existente no edifício, mas por ser o único naquele local, aparente e exposto de forma evidentemente inadequada em comparação aos demais sistemas de refrigeração das unidades residenciais do condomínio*
>
> *Desse modo, a pretensão autoral deve ser acolhida, uma vez que restou demonstrada a razoabilidade do pedido e a desarmonia paisagística da edificação, com a colocação do compressor do ar condicionado modelo "split" na fachada principal do prédio. Ademais, a irregularidade da instalação do compressor de ar condicionado na sacada é fato incontroverso entre as partes, já que o requerido confessa que retirou o equipamento do local."*

Por fim, verifico que o Condomínio realizou a assembleia especificamente para este fim (ata juntada às fls. 28/29), na qual foi discutida a situação em comento, com manifestação, por unanimidade, pelo descumprimento da norma regulamentar e aprovação de aplicação de multa equivalente a 3 (três) vezes a taxa de condomínio, a cada 30 (trinta) dias, pelo período máximo de 60 (sessenta) dias.

Observa-se, portanto, que a aplicação da sanção pecuniária se afeiçoou de forma compatível com a legislação regente e a jurisprudência, atendidos o direito ao contraditório e ampla defesa, a necessidade de assembleia específica e o quórum de votação instituído no § 2º do art. 1.336 do Código Civil, acima transcrito.

Demonstrado que é cabível a incidência da multa, passo, então, à análise do respectivo valor.

II.

Conforme dito, a multa foi aplicada ao equivalente a 3 (três) vezes a taxa de condomínio, a cada 30 (trinta) dias, pelo período máximo de 60 (sessenta) dias.

Como o requerido teria passado mais de 60 (sessenta) em descumprimento da regra regulamentar, o Condomínio pede o pagamento do valor correspondente a 6 (seis) vezes o valor da taxa condominial.

Consigno que a taxa condominial daquela época foi informada na inicial, na parte em que o requerente declinou, à f. 06, que o respectivo valor multiplicado por 3 (três) resultava no total de R$ 1.950,00 (mil novecentos e cinquenta reais). Daí se conclui que a contribuição mensal perfazia o importe de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

Como esse montante não foi impugnado pelo réu, deve ser considerado verdadeiro. Pois bem.

De fato, o valor cobrado não condiz com o limite estabelecido no aludido § 2º do art. 1.336 do CC, segundo o qual a multa condominial não pode ultrapassar 5 (cinco) vezes o valor da contribuição mensal .

Essa conclusão, contudo, não deve levar à total improcedência do pedido exordial, mas sim à adequação do numerário exigido, de modo que se compatibilize com o parâmetro legal.

Nesse sentido, como a legislação é clara com relação ao máximo permitido (cinco vezes o valor da contribuição mensal), não poderia a Assembleia Geral ter instituído uma progressão, em virtude da qual esse limite acabou sendo ultrapassado.

Logo, para propiciar o fiel cumprimento da legislação e, em observância, outrossim, ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, considerando também que o montante atribuído à multa deve refletir a realidade social e condominial , reputo, como adequado, o valor correspondente a 3 vezes a contribuição mensal – o que resulta no total de R$ 1.950,00 (mil novecentos e cinquenta reais).

Esclareço que sobre esse montante deverá incidir juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do exaurimento do prazo de 15 (quinze) dias fixado na notificação para pagamento (fl. 39), devidamente enviada e recebida por Aloysio, conforme o AR de f. 40.

Como se vê, a notificação para pagamento foi recebida por Aloisyo na data de 09/04/2013, de modo que o prazo de 15 (quinze) dias teve início em 10/04/2013 e finalizou em 24/04/2013 – de maneira que, a partir de 25/04/2013, passou a ficar em mora.

III.

É de se ver, por fim, que o Condomínio pede o ressarcimento do que gastou a título de honorários advocatícios contratuais, em razão da *ação de obrigação de fazer* autuada sob o nº. 0056027-73.2012.8.12.0001, cujo ajuizamento foi necessário para compelir o réu a providenciar a retirada do ar condicionado.

A pretensão não encontra amparo, todavia.

É verdade que a Terceira Turma do STJ, no REsp nº 1.027.797[1], seguindo voto proferido pela relatora Ministra Nancy Andrighi, em 17 de fevereiro de 2011, externou o entendimento de que é cabível o pagamento de honorários advocatícios contratuais como perdas e danos, na forma do art. 389 do Código Civil.

No entanto, posteriormente, a própria Min. Nancy Andrighi, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG, de 13 de junho de 2012, proferiu voto vista para rever o seu posicionamento, conforme segue:

> *"(...) Com efeito, ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu – em caso de total improcedência dos pedidos – de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago.*

1 *"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. (...) RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. (...)*
4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.
5. O pagamento dos honorários extrajudiciais, como parcela integrante das perdas e danos, também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.
6. Recurso especial ao qual se nega provido." (STJ. Terceira Turma, REsp nº 1.027.797-MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado: 17 de fevereiro de 2011).

Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias).

Diante disso, a rigor não há como justificar o dever de indenizar do autor.

Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito.

Feita essa constatação, conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação).

Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do Resp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011, penso que a expressão "honorários de advogado", utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

Vale dizer, o termo "honorários de advogado" contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.

Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais – pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito – mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais."

Logo, diversamente do que defende o Condomínio apelante, a sua pretensão não é amparada pelo Código Civil, como restou assentado na jurisprudência do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.155.527/MG.

IV.

Ante o exposto, conheço da presente apelação cível do Condomínio Edifício Ipanema/Arpoador e lhe dou parcial provimento, para julgar procedente o pedido contido na inicial e condenar o réu, Aloisyo José Campelo Coutinho, ao pagamento de R$ 1.950,00 (mil novecentos e cinquenta reais), a título de multa condominial, a ser acrescido de correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, a partir de 25/04/2013.

Diante da sucumbência recíproca, determino que cada uma das partes arque com 50% das custas processuais e honorários advocatícios.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0012100-57.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA – ADICIONAL DE DOENÇA GRAVE – COBERTURA – NOMEAÇÃO DO PRÓPRIO SEGURADO COMO BENEFICIÁRIO – BENEFÍCIO DEVIDO QUANDO EM VIDA DO SEGURADO – REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO FORMULADO PELO SEGURADO PARA PAGAMENTO DO BENEFÍCIO POR TER SIDO DIAGNOSTICADO COM DOENÇA GRAVE (NEOPLASIA MALIGNA) – FALECIMENTO NO DIA POSTERIOR AO REQUERIMENTO – INDENIZAÇÃO PLEITEADA PELA ESPOSA DO TITULAR – DIREITO PRÓPRIO, PESSOAL E INTRANSMISSÍVEL – BENEFÍCIO QUE NÃO É INTEGRANTE DA HERANÇA DO TITULAR DO DIREITO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

No contrato de seguro de vida é lícito às partes contratarem a cobertura de adicional de doença grave, como a neoplasia maligna, nomeando o próprio segurado como beneficiário e, assim, com vistas ao seu recebimento quando ainda em vida, durante o tratamento da doença.

Muito embora o segurado e beneficiário tenha requerido administrativamente o pagamento do adicional contratado, que estava ainda pendente de apresentação de documentação prevista na apólice, fato apontado pela seguradora, e tenha o segurado vindo a falecer no dia seguinte ao requerimento, o direito constante do mesmo adicional se extinguiu com sua morte e não se transmitiu aos herdeiros ou sucessores, não fazendo parte da herança, nos termos do artigo 794, parte final, do Código Civil.

A contratação desse adicional se traduz na constituição de um direito que só pode ser usufruído pelo beneficiário, no caso o próprio segurado, direito esse que não se transmite ao herdeiro ou sucessor, dado o caráter personalíssimo da contratação, vale dizer, ocorrido o sinistro (no caso a existência *e prova* da doença grave), o pagamento deve ser feito ao titular do seguro e não a seus herdeiros ou sucessores, porque, no caso, ocorrido o óbito, esvazia-se a finalidade da própria cobertura.

Somente haveria direito à percepção do benefício, por parte dos herdeiros, se se provasse a má-fé da seguradora em reter indevidamente o pagamento por prazo superior aos trinta dias previstos na legislação de regência e na própria apólice, caso em que não poderia alegar a torpeza em seu próprio benefício e estaria ofendendo ao princípio da boa-fé objetiva, regramento que assim restaria quebrado e que imporia a necessidade de pagamento aos beneficiários indicados para recebimento do seguro de vida, nas mesmas proporções.

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 maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 165-169 por C. M. C. T., insurgindo-se contra a sentença de fls. 148-152 proferida pelo douto juízo da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedentes os pedidos formulados em face de Caixa Vida e Previdência S.A. na ação de cobrança de seguro de vida para o fim de não conhecer a cobrança de pagamento do seguro de vida decorrente da cobertura para doença grave do *de cujus,* titular do prêmio da apólice de seguro, e condenar a autora ao pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais) referente as custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré.

C. M. C. T., meritoriamente, rebateu a sentença, primeiro ao argumento de que o *de cujus* solicitou administrativamente, na data de 17/11/2006, o pedido de pagamento do seguro e que este foi indeferido por parte da requerida.

Ressaltou que o titular do prêmio veio a óbito no dia seguinte à sua solicitação de pagamento do seguro, ou seja, no dia 18/11/2006, e que, portanto, o *de cujus* requereu ainda em vida o seu direito, alegando não haver razão para a negação da liberação de sua verba securitária, uma vez que a garantia do seguro contratado foi indeferida para o próprio titular beneficiário.

Por fim, pugnou pelo direito de receber o pagamento do prêmio da apólice de seguro, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) sob o argumento de que houve a solicitação do pedido em vida, por parte do segurado, além do fato de que declara ser a dependente do d*e cujus* (titular) e sua legítima sucessora.

Em contrarrazões (fls. 174-181), a apelada/requerida pediu o improvimento do recurso e requereu a manutenção da decisão do juízo *a quo*.

VOTO (07/10/2014)

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

I.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 165-169 por C. M. C. T., insurgindo-se contra a sentença de fls. 148-152 proferida pelo douto juízo da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedentes os pedidos formulados em face de Caixa Vida e Previdência S.A. na ação de cobrança de seguro de vida para o fim de não conhecer a cobrança de pagamento do seguro de vida decorrente da cobertura para doença grave do *de cujus*, titular do prêmio da apólice de seguro, e condenar a autora ao

pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais) referente as custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré.

A autora ingressou com a presente ação de cobrança de seguro privado contra Caixa Econômica Federal, alegando, em resumo, que seu marido contratou com a requerida um seguro de vida na data de 26/10/1999, objetivando a garantia do pagamento do seguro por morte, morte acidental, invalidez por acidente e cobertura para doenças graves.

Fundamentou que em 22/09/2006, o segurado foi submetido a uma endoscopia digestiva, onde foi diagnosticado com uma úlcera gástrica neoplásica, e ao fazer o exame histopatológico foi constatado um câncer gástrico.

Dessa forma, alegou a requerente que o *de cujus* enviou um comunicado do sinistro à ré, no dia 17/11/2006, solicitando o pagamento do seguro para doença grave, e que veio a falecer um dia após tal comunicado.

Com a morte do segurado na data de 18/11/2006, a requerente comunicou a requerida do óbito deste, recebendo assim o seguro de vida.

Quanto ao pedido realizado pelo d*e cujus*, por via administrativa, do seguro para doença grave, houve o indeferimento sob o argumento de que a cobertura adicional de doença grave é uma garantia em vida, ao segurado titular e se extinguiria com a morte do mesmo.

Mencionou que na data de 08/02/2007, recebeu uma segunda carta (fl.22), contrariando a primeira quanto à data do registro do sinistro e indeferindo o pagamento da apólice quanto à doença grave, nos seguintes termos:

> *" 1. Informamos o indeferimento do pedido de indenização, vez que, de acordo com os documentos apresentados para análise, constatou-se que o Sr. Ricardo de Castro Teixeira faleceu dia 18/11/2006, e o pedido de indenização para o recebimento da cobertura adicional fora feito depois da morte do segurado.*
>
> *" 2. Esclarecemos que, a cobertura adicional de CDG -Cobertura por doenças graves, é uma garantia de pagamento em vida ao segurado titular e se extingue com a morte do mesmo".*

Diante desses fatos, requereu a condenação da seguradora ao pagamento do capital segurado previsto na apólice nº 970.10.000889, para Doenças Graves, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sob o argumento de que faz jus a tal direito vez que o de cujus (titular do seguro), solicitou administrativamente o pedido de pagamento, noticiando à requerida sobre o sinistro, ao contrário do que foi alegado pela ré.

A Caixa Econômica Federal, citada, alegou inicialmente ilegitimidade passiva, apontando que o seguro pertence a Caixa Vida e Previdência S/A, e pugnou pela remessa dos autos à Justiça Estadual.

A requerente reconheceu a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal e pediu a regularização do polo passivo, para constar a Ré, Caixa Vida e Previdência S/A, sendo os autos remetido para o Juizo Estadual.

A requerida, Caixa Vida e Providência S/A, ofereceu contestação fls. 100/112, em resumo, alegando a necessidade de regularização no polo passivo, a ilegitimidade da autora e a prescrição do direito alegado.

Ao final, o MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido inaugural, sob o argumento de que a ação foi proposta pela autora após a morte do titular do seguro e não pelo próprio titular do prêmio que viesse a falecer no curso da lide, fato que possibilitaria a autora assumir o polo passivo.

Fundamentou ainda que a pretensão não foi acolhida pois inexistiu previsão de cobertura nos termos pleiteados, e que havia no contrato de seguro cláusulas expressas e claras no sentido de excluir a possibilidade de pagamento nos moldes pleiteados pela autora.

Posto isto, houve a condenação da apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º do CPC, no montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

A Autora opôs Embargos de Declaração fls 157-160, que foram improvidos.

Irresignada, a autora apelou do *decisum* de primeiro grau.

Meritoriamente, rebateu a condenação primeiro ao argumento de que o *de cujus* solicitou administrativamente, na data de 17/11/2006, o pedido de ressarcimento do seguro e que este foi indeferido por parte da requerente.

Ressaltou ainda que o titular do prêmio veio a óbito no dia seguinte à sua solicitação, ou seja, no dia 18/11/2006, e que, portanto, o *de cujus* requereu em vida o seu seguro, não havendo razão para a negação da liberação de sua verba securitária, uma vez que o seguro contratado indeferiu tal garantia ao próprio titular beneficiário.

Por fim, pugnou pelo direito de receber o pagamento do prêmio da apólice de seguro, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) sob o argumento de que houve a solicitação do pedido ainda em vida, por parte do segurado, além do fato de que declara ser a dependente do *de cujus* (titular) e sua legítima sucessora.

Em contrarrazões (fls. 174-181), a apelada/requerida pediu o improvimento do recurso e requereu a manutenção da decisão do juízo *a quo*.

II.

Estando presentes os pressupostos legais para a admissibilidade do recurso: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, passo à análise da apelação.

III.

Do Direito inerente ao Titular do Seguro

A cláusula na qual a apelante busca o recebimento da importância de R$ 20.000,00, perante a seguradora ré, está assim redigida, conform se infere às fls. 129:

"1. Garantias e Coberturas do Seguro.

1.5. Cobertura para doenças graves (Garantia Adicional)

Garante o pagamento em vida ao Segurado Titular, de uma indenização fixa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não descontada do capital segurado da Garantia Básica, caso o segurado titular venha apresentar estágio avançado, após vencida a carência obrigatória de 6 (seis) meses para o primeiro diagnóstico, de qualquer das doenças cobertas, listadas nas Condições Especiais da Cobertura para Doenças Graves – CDG (4ª. via desta proposta)."

A cláusula 1.5. da proposta, ao listar os beneficiários dos valores previstos na Apólice, estabelece que para o caso de Cobertura por Doença Grave, em ocorrendo o sinistro – *ou seja a existência da doença grave* – o beneficiário é o próprio Segurado Titular".

A questão é aferir se, pelo fato de o Segurado ter requerido o pagamento da cobertura *ainda em vida*, noticiando a existência da doença grave, mas vindo a falecer depois, no caso no dia seguinte à comunicação feita à Seguradora, seria possível que o pagamento venha ocorrer aos seus beneficiários.

Entendo que não.

A cláusula é clara o suficiente para estabelecer que o valor da cobertura, uma vez ocorrido o sinistro, é pago ao titular do seguro, ainda em vida, com o propósito de compensar o próprio segurado pelo infortúnio e para utilização do dinheiro como melhor lhe aprouvesse, empregando-o ou não no tratamento da doença ou dando-lhe a destinação que quisesse.

Infelizmente, no caso, o segurado veio a óbito no dia seguinte à comunicação, sem que tivesse tido tempo, sequer, de apresentar a documentação essencial para que o pagamento ocorresse à sua própria pessoa, se ainda em vida.

Segundo o documento de fl. 20, com o timbre e assinatura da seguradora apelada/requerida, foi informado à apelante/requerente:

> *"1. Confirmamos o registro efetuado em nossa de Central de Atendimento (0800 702 4000) no dia 17/11/2006 referente à comunicação de ocorrência de sinistro por CDG – NEOPLASIAS.*
>
> *2. Para que possamos analisar seu pedido de cobertura securitária para o sinistro em referência, a Relação de Documentos em anexo e o Aviso de Sinistro – CDG-NEOPLASIAS devem ser entregues ao posto dos Correios mais próximo que encaminhará à Caixa Seguros Brasília-DF. A assinatura do médico responsável pelo preenchimento do Aviso de Sinistro deverá ser reconhecida em cartório e os documentos (cópias) autenticados em cartório.*

O pagamento não dependia, portanto, do mero requerimento, mas do preenchimento de requisitos, dentre os quais a juntada de relação de documento, que foram indicados pela seguradora, além do aviso de sinistro, não havendo tempo para que tal pudesse ser providenciado em decorrência da morte do segurado, no dia seguinte à comunicação feita à seguradora.

Esse é uma espécie de direito que não se transmite ao herdeiro ou sucessor, dado ao caráter personalíssimo da contratação, vale dizer, ocorrido o sinistro (no caso a existência *e prova* da doença grave), o pagamento deve ser feito ao titular do seguro e não a seus herdeiros ou sucessores, porque, no caso, ocorrido o óbito, esvazia-se a finalidade da própria cobertura.

O douto juízo sustentou com base em precedentes desta Corte de Justiça que a cláusula referida não ofende ao Código de Defesa do Consumidor, posto que clara e inteligível e, outrossim, "*o contrato de seguro deve ser interpretado restritivamente, não sendo possível conceder ao segurado indenização por evento não contratado"*, além de que "*não é abusiva a cláusula contratual que enumera os riscos com cobertura contratual e exclui aqueles que não são garantidos"*, dentro da liberdade contratual que as partes têm no momento de celebrar o contrato e desde que o contrato não seja ofensivo a quaisquer das diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, como no caso.

O artigo 760 do Código Civil, ao regular o contrato de seguro, estabelece que "*a apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o*

início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário".

Beneficiário, na espécie, era o próprio titular do seguro, em razão da *doença* que estaria lhe acometendo e se subsumindo, assim, à cláusula contratual respectiva.

Além disso o artigo 792 do mesmo diploma legal estatui:

> *Art. 792. Na falta de indicação de pessoa ou do beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que foi feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária.*

O beneficiário era o próprio segurado que *faleceu* antes do recebimento do benefício, o qual, assim, se extinguiu com seu falecimento.

Observe-se ainda que nos termos do artigo 794 do Código Civil *"o seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital segurado não está sujeito a dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito"*.

Se não se considera *herança* para todos os efeitos de direito e, assim, o capital do seguro deva ser levantado pelo próprio beneficiário, no caso o segurado, e *nem integra o patrimônio do espólio* (JTJ, 339/35, AI 612.096-4/9-00), tem-se que com sua morte extinguiu-se o próprio direito, que não é transmissível aos herdeiros ou sucessores.

Haveria transmissão se os beneficiários fossem terceiros que não o próprio segurado, ele mesmo titular do direito, e que somente lhe seria pago em razão da doença que o acometeu.

Não destoa a lição de Pedro Alvim[1], assinalando que, "no *contrato de seguro, a soma a pagar não sai do patrimônio do segurador e traz à colação jurisprudência segundo a qual o seguro de vida não é bem do espólio e que não faz parte do patrimônio do de cujus"* .

Outrossim, está certo o douto juízo quando afirma que a autora já recebeu o capital segurado pelo evento *morte*, como beneficiária do segurado e, mais ainda, que "*a ação já fora proposta pela autora após a morte do titular do seguro e não pelo próprio titular que viesse a falecer no curso da lide, a possibilitar à autora a assumir o polo ativo"*, em raciocínio que entendo correto, dado o caráter personalíssimo do benefício contratado na espécie.

Afere-se, de mais a mais, que para a percepção do benefício em vida pelo próprio titular, não basta que tenha formulado o *requerimento* apontando a existência da doença que implicaria na aplicação da cláusula contratual respectiva, mas haveria que ser feito o preenchimento de uma série de exigências e documentos que instruiriam o pedido, para somente depois ser concedido o pagamento.

Se nesse interim ocorre o falecimento do titular do seguro, que é pessoal e intransferível, por ser ele o próprio beneficiário indicado na apólice, a seguradora deixa de estar obrigada a efetuar o pagamento, porque houve, com o falecimento, extinção da obrigação.

Não se aplica, outrossim, o disposto na cláusula 7, em especial a cláusula 7.2. do contrato de seguro (fls. 120), porque ali se dispôs sobre os beneficiários do segurado titular *em caso de sua morte*. E a cláusula 1.5., em que se convencionou a cobertura adicional por doenças graves, acima transcrita, é devida *quando o titular se encontra em vida*, eis que ali se estabeleceu, de forma a não deixar dúvida, que referida cobertura garantia *o pagamento em vida ao segurado titular*, indicado, então, como o próprio beneficiário da cobertura extraordinária.

1 Cfe. PEDRO ALVIM, **O Contrato de Seguro,** p. 464/465, Forense, 1983.

Em resumo, assim, e a meu modo de enfrentar a questão, no contrato de seguro de vida é lícito às partes contratarem a cobertura de adicional de doença grave, como a neoplasia maligna, nomeando o próprio segurado como beneficiário e, assim, com vistas ao seu recebimento quando ainda em vida, durante o tratamento da doença.

Muito embora o segurado e beneficiário tenha requerido administrativamente o pagamento do adicional contratado, que estava ainda pendente de apresentação de documentação prevista na apólice, fato apontado pela seguradora, e tenha o segurado vindo a falecer no dia seguinte ao requerimento, o direito constante do mesmo adicional se extinguiu com sua morte e não se transmitiu aos herdeiros ou sucessores, não fazendo parte da herança, nos termos do artigo 794, parte final, do Código Civil.

A contratação desse adicional se traduz na constituição de um direito que só pode ser usufruído pelo beneficiário, no caso o próprio segurado, direito esse que não se transmite ao herdeiro ou sucessor, dado o caráter personalíssimo da contratação, vale dizer, ocorrido o sinistro (no caso a existência *e prova* da doença grave), o pagamento deve ser feito ao titular do seguro e não a seus herdeiros ou sucessores, porque, no caso, ocorrido o óbito, esvazia-se a finalidade da própria cobertura.

Questão distinta seria, a meu modo de ver, se o segurado, apontando a existência da doença e formulando o requerimento de pagamento da respectiva cobertura, tivesse-a negada pela seguradora ou o pagamento fosse feito depois de trinta dias do respectivo pleito, caso em que a seguradora não poderia alegar sua própria torpeza para se recusar ao pagamento, enriquecendo-se de forma indevida e, outrossim, agindo com ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, que regula o contrato, até porque está contido nas normas do Código de Defesa do Consumidor.

Em casos tais, se a morte do segurado e beneficiário vier a ocorrer depois do período legal para pagamento – 30 dias – sem que a seguradora, por qualquer motivo, tivesse adimplido sua obrigação, penso que seria o caso de ser julgado procedente o pedido, porque o próprio segurado não o pode receber em vida, mas por desídia ou má-fé da seguradora.

Para se livrar da obrigação, em casos tais, bastaria dilatar o prazo para pagamento, para além dos trinta dias previstos na legislação de regência, com ocorrência da morte do beneficiário, comum de acontecer em casos tais porque a cobertura é, como se viu, para *doenças graves*, aptas a levar o segurado à morte.

Tal maneira de se portar contrariaria o direito, promoveria o enriquecimento sem causa da seguradora e ainda permitiria que ela se utilizasse do *venire contra factum proprium* ou se utilizasse da própria torpeza para evitar o pagamento.

Nesse caso, excepcionalmente, penso existir transmissão desse direito à herança, podendo o valor ser pago aos herdeiros indicados na apólice para a hipótese de seguro de vida, nas mesmas proporções.

Como não é essa a hipótese dos autos, todavia, em que o requerimento para pagamento se fez um dia antes da morte do segurado, e dentro, assim, dos trinta dias previstos na legislação e na própria apólice para que o seguro fosse pago, sem que a seguradora tenha obrado com espírito emulativo, de má-fé ou contrário ao direito, penso que o valor não é devido, aplicando-se o regramento jurídico acima exposto.

Por isto que a meu modo de ver a r. sentença deve ser mantida.

IV.

Posto isso, conheço do recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a r. sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão, em face do pedido de vista do revisor (Des. Amaury), após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (14/10/2014)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (Revisor):

Pedindo vênia ao ilustre relator, divirjo do voto que manteve a improcedência do pedido nos termos da sentença de primeiro grau.

Não há qualquer dúvida sobre a sequência de eventos ocorridos.

O "De Cujus" celebrou com a apelada apólice de seguro de vida (certamente adesiva), sem possibilidade de discussão de cláusulas, como sói acontecer em muitos outros ramos do direito, que incluía além da cobertura normal, uma cláusula relativa a doenças graves, que adicionava um bônus de vinte mil reais nos seguintes termos:

> *1. GARANTIAS E COBERTURAS DO SEGURO.*
>
> *1.5. Cobertura para doenças graves (Garantia Adicional)*
>
> *Garante o pagamento em vida ao Segurado Titular, de uma indenização fixa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não descontada do capital segurado da Garantia Básica, caso o segurado titular venha apresentar estágio avançado, após vencida a carência obrigatória de 6 (seis) meses para o primeiro diagnóstico, de qualquer das doenças cobertas, listadas nas Condições Especiais da Cobertura para Doenças Graves – CDG (4a. via desta proposta).*

É induvidoso que o evento ocorreu dentro das condições previstas, pois decorrida a carência veio a apresentar uma das ditas doenças graves. De fato, tão grave que causou o óbito. Qualquer discussão superveniente sobre a demora em processar o pedido para posterior deferimento não tem relação com a ocorrência do sinistro. Da natureza do seguro extrai-se que socializa os diversos riscos, através de tabelas atuariais, calculando-se o prêmio, de modo a manter a saúde financeira das empresas do ramo[2].

Tratando-se de contrato adesivo, com cláusula especial e atrativa (presume-se), faz parte do próprio negócio (o risco) o acontecimento.

Havendo pedido do beneficiário ainda vivo, não se pode exigir que sobreviva para gastar o numerário. Ocorre uma natural confusão entre conceitos no meu modesto entendimento, já que o pecúlio do seguro não é herança, como de fato não é, podendo nomear-se beneficiário praticamente qualquer pessoa ou até apenas um descendente sem que outros disto possam reclamar. Mas pelo fato de não ser herança não quer dizer que não seja do espólio o numerário em conta corrente ou o direito ao recebimento da importância.

Este o entendimento esposado pelo TJRS no julgado abaixo:

> *Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. INVALIDEZ TOTAL PERMANENTE. AGRAVO RETIDO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. ÓBITO SUPERVENIENTE DO SEGURADO. ALEGAÇÃO DE PERDA DO OBJETO AFASTADA. COMPROVADA A INVALIDEZ DO SEGURADO É DEVIDA A INDENIZAÇÃO AOS SUCESSORES. DA ALEGADA PERDA DO OBJETO Não há falar em perda do objeto, pois a apólice prevê indenização por invalidez total permanente. Outrossim, quando ocorreu o óbito do segurado,*

2 Cfe. PEDRO ALVIM, **O Contrato de Seguro**, p. 464/465, Forense, 1ª ed., 1983.

> *já havia nascido o direito à indenização por invalidez permanente, cujo patrimônio é transmitido aos sucessores. AGRAVO RETIDO Mostra-se perfeitamente adequado o indeferimento da prova pericial quando há nos autos prova suficiente da invalidez do segurado. MÉRITO Comprovada a invalidez do segurado, por meio de atestado médico emitido pelo Exército e tendo ocorrido a morte superveniente do segurado em decorrência da mesma doença que o incapacitou, impõe-se à seguradora o pagamento da indenização securitária postulada na inicial e a que se obrigou contratualmente. AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS, UNÂNIME.* (Apelação Cível Nº 70038019220, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 27/04/2011 Data de Julgamento: 27/04/2011. Publicação: Diário da Justiça do dia 04/05/2011)

Ocorrido o evento, é devida a parcela convencionada.

A apólice mais atrativa sem dúvida faz parte do negócio e inclui-se no prêmio pago. Ocorrendo a cláusula resolutiva, doença grave ainda em vida, devido o seguro, mesmo que vindo a óbito e fazendo jus a outra parcela convencionada. A discussão sobre quem vai aproveitar o valor segurado não diz respeito a implementação da avença.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento, para reformar a sentença de primeiro grau e determinar o pagamento da verba segurada, condenando a apelada ao pagamento de custas e honorários em 15% sobre o valor da causa corrigido. Juros legais incidentes sobre a condenação.

O Senhor Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa (vogal):

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

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. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0018993-64.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA– APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – DEVER DE COOPERAÇÃO NÃO ATENDIDO – REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RECURSO IMPROVIDO.

Conferindo a redação das cláusulas contratuais margem interpretativa de abrangência dos procedimentos médicos pleiteados, revela-se abusiva a negativa de cobertura pela operadora de plano de saúde. Inteligência dos artigos 47 e 51, IV, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor e 423 do Código Civil.

O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, que são indicadas pelo médico especialista em prol da defesa da vida ou da qualidade de vida do paciente, em especial quando o contrato, de forma genérica, permite a realização dos exames solicitados, sem adentrar nas espécies, cuja interpretação, assim, deve ser feita de modo mais favorável ao consumidor.

Comprovado o dano material por nota fiscal, o valor deve ser restituído integralmente.

A recusa indevida ou injustificada, pela operadora do plano de saúde, em autorizar a realização de exames clínicos que não contem vedação expressa pelo contrato, expondo a consumidora-apelada a uma inquestionável angústia e aflição diante do tratamento de câncer de que foi acometida, tratado pela seguradora do plano de saúde com a falta de dever de boa-fé e de cooperação para a consecução do contrato avençado, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito da beneficiária. Caracterização de dano moral *in re ipsa.*

Sentença mantida, recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Unimed Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. condenação por danos morais e materiais

ajuizada por Patrícia Vidal Magalhães Munarini, que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial para determinar à requerida a autorização do procedimento Teste Genético para Detecção de Mutações nos Genes BRCA1 e BRCA2 no Hospital de Câncer A.C. Camargo, na cidade de São Paulo – SP; condená-la ao pagamento da indenização por danos materiais em razão dos gastos com radioterapia tridimensional, no valor de R$ 1.321,00 acrescido de juros e correção monetária a partir de cada desembolso e da reparação por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustenta, em resumo, que a autora-apelada é beneficiária de um plano de saúde empresarial firmado com a MUTUA – Caixa de Assistência dos Profissionais do CREA, regulamentado pela Lei n. 9.656/1998. Pondera que referido instrumento foi redigido com cláusulas expressas, claras e com destaque, o que afasta eventual assertiva de abusividade ou ilegalidade, inclusive porque oriundas da norma legal aplicável.

Assevera, dessa forma, que correta a negativa de autorização dos procedimentos pleiteados, quais sejam, o teste genético e a radioterapia tridimensional, pois sem cobertura contratual e fora do rol dos procedimentos da Agência Nacional de Saúde – ANS, de modo que entender de maneira contrária compromete o equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde coletivos e empresariais, além de ofender a livre iniciativa.

Alternativamente, pleiteia o reembolso dos gastos realizados em hospital não coberto pela apelada, nos moldes do artigo 12, VI, da Lei n. 9.656/1998, ou seja, de acordo com a tabela praticada pela Unimed Campo Grande.

Também rebate a condenação em danos morais ao argumento de que não praticou nenhuma conduta ilegal passível de indenização.

Ao final, prequestiona dispositivos legais e constitucionais e requer o provimento recursal.

Contrarrazões às f. 264-270, pugnando pela manutenção da sentença vergastada.

VOTO

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

I.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, passo à análise do apelo.

II.

Consta dos autos que a autora, ora apelada, propôs a ação, objetivando ser ressarcida da quantia de R$ 1.321,00 (um mil trezentos e vinte e um reais) despendida com o procedimento Radioterapia Conformacional 3D, o qual se fez necessário para tratar um câncer de mama, e determinar à cooperativa de plano de saúde a autorização do exame genético para detecção de mutações dos genes BRCA1 e BRCA2 no Hospital de Câncer A.C. Camargo de São Paulo – SP para avaliar a possibilidade de novos tumores em outros órgãos e, assim, adotar as medidas cabíveis para a diminuição dos riscos. Em razão da negativa em esfera administrativa da requerida, também pleiteou a indenização por danos morais.

Ao receber a exordial, o magistrado a quo concedeu os efeitos da tutela (f. 56-57) para determinar a autorização dos exames pleiteados.

Citada, a requerida-apelante apresentou contestação às f. 78-166, rebatendo as pretensões deduzidas sob o fundamento de que não abarcada a radioterapia conformacional (tridimensional) para o câncer de mama pela Resolução Normativa da ANS à época de sua realização; o exame tomossíntese não consta no rol de procedimentos obrigatórios pela ANS, portanto não foi abrangido pelo contrato firmado e que o teste genético perquirido não se encontra codificado pela tabela mais recente da Associação Médica Brasileira e Conselho Federal de Medicina, qualificando-se como exame eletivo e experimental. Diante da aventada legalidade da negativa afirmou não existir dano moral indenizável.

O feito então foi impugnado (f. 176-188) e instruído (f. 195 e 216-218), advindo, subsequentemente, a sentença vergastada, na qual foram julgados procedentes os pedidos formulados para autorizar o exame genético almejado e condenar a operadora de plano de saúde à reparação dos danos materiais e morais, estes últimos no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por conseguinte, manejou-se o recurso *sub examine*.

Feita essa breve digressão fática-processual, oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[1]. A teor, inclusive, do recente enunciado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"Súmula n. 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde"*.

Elucidada a aplicação da norma consumerista, adentro o mérito recursal com a averiguação dos deveres da apelante.

a) Radioterapia Tridimensional

Compulsando o contrato de assistência médico-hospitalar (f. 16-26) *sub judice*, verifica-se que foi contratado, conforme cláusula sétima, item 7.2, a cobertura de todas as especialidades médicas reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina. Na cláusula nona – "exames e procedimentos que necessitam ou não de autorização prévia da UNIMED" – consta no item 9.2 – "Todos os demais exames e procedimentos necessitam de autorização prévia da UNIMED para fins de liberação, inclusive da justificativa do médico assistente cooperado, entre eles: (...) B – Procedimentos Ambulatoriais: (...) f) – Radioterapia".

Tal previsão contratual não exclui expressamente a radioterapia conformada tridimensional pleiteada pela autora-apelada; ao contrário, dá margem interpretativa de sua abrangência, pois o contrato apenas se refere ao procedimento "radioterapia" sem excetuar claramente outra espécie, fazendo crer que engloba todas as hipóteses de exames praticados pela medicina no Brasil.

Trata-se da interpretação concatenada dos artigos 47 do Código de Defesa do Consumidor e 423 do Código Civil:

> *Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*
>
> *Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

Não obstante a clareza da redação dos referidos dispositivos, exsurgem relevantes os apontamentos de Claudia Lima Marques *in Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*, 6ª edição, 2011, Editora, Revista dos Tribunais, p. 911-912:

1 Inteligência do STJ, REsp 267530 / SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/03/2001 p. 147.

> *"O Código Civil de 2002 também prevê, em seu art. 423, o recurso à interpretação mais favorável ao aderente (interpretação contra proferentem), mas só em contratos de adesão e em cláusulas ambíguas ou contraditórias.*
>
> *O art. 47 do CDC representa, neste sentido, uma evolução em relação a essa norma (e o art. 112 do CC/2002), pois beneficiará todos os consumidores, em todos os contratos, em todas as normas, mesmo se as cláusulas contratuais são claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá.*
>
> ***Em outras palavras, é da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a 'clareza' da cláusula** e que será estabelecido se a cláusula, assim interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato.*
>
> *O direito opta por proteger o consumidor como parte contratual mais débil, a proteger suas expectativas legítimas, nascidas da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito. Assim, a vontade declarada ganha em importância (nova noção de oferta), como também o standard de boa-fé. Assim, o art. 113 do CC/2002 explicita, para todos os contratos civis e comerciais – quanto mais os contratos de consumo ex vi art. 4º, III, do CDC, a regra: 'Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração'."* (g.n.)

A intelecção vindicada, portanto, determina a reparação material do valor despendido para a realização do procedimento não autorizado, pois devidamente comprovado nos autos o pagamento pela segurada, conforme nota fiscal de f. 35, que teve a autorização negada mesmo com recomendação expressa dos médicos que a assistiam (f. 34, 38-40).

Robustece o entendimento sopesado acima a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a propósito do julgado em casos análogos:

> *PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DOMICILIAR. RECUSA INDEVIDA A COBERTURA.*
>
> *1.* ***O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma****.*
>
> *2. É abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.* (STJ, AgRg no AREsp 368.748/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 20/06/2014) (g.n.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA COBERTURA FINANCEIRA DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES COM TRANSPLANTE DE FÍGADO DO CONSUMIDOR - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.*
>
> *1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. É clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.*
>
> *2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, de cobertura financeira a tratamento médico de beneficiário.* ***Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque,***

permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clinico ou do procedimento cirúrgico cobertos. *Aplicação da Súmula 469/STJ.*

Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 511.756/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014) (g.n.)

ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. TÉCNICA MODERNA. CIRURGIA. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, as questões submetidas à apreciação judicial.

2. 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.

3. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia o autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicada pelo médico que assiste o paciente. Precedentes.

4. Recurso especial provido. (REsp 1320805/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 17/12/2013) (g.n.)

Exsurge evidente, assim, a atitude abusiva da apelante que não autorizou a radioterapia tridimensional recomendada pelo médico responsável na especialidade expressamente coberta pelo plano de saúde, na medida em que restringiu direito fundamental inerente à natureza do contrato, de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico, o qual não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente, tendo em vista a preservação da vida do paciente ou melhoria dela.

A abusividade da cláusula reside, pois, exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno e adequado do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa, aliás não acentuada no contrato, como retrocitado, em manifesta discrepância com o preceituado no artigo 54, § 4º[2], da Lei n. 8.078/1990.

2 Art. 54, § 4º, CDC: "As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."

É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é o responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor[3].

Portanto, realmente abusiva e indevida a negativa perpetrada pela apelante, de modo que deve ressarcir integralmente a apelada pela quantia gasta com procedimento que deveria ser coberto por seu plano de saúde.

b) Teste Genético

Argumenta a apelante que o teste genético para detecção de mutação nos genes BRCA1 e BRCA2 pleiteado pela autora-apelada não encontra previsão no contrato entabulado nem no rol de procedimentos da ANS.

Com efeito, aplica-se ao pretendido exame o mesmo raciocínio acima delineado, ou seja, coberta a enfermidade sofrida pela segurada há de se assegurar os meios de tratamento e diagnóstico mais eficazes, até porque não há exclusão do pretendido exame do instrumento pactuado, ao contrário, extrai-se na Cláusula Nona – "*exames e procedimentos que necessitam ou não de autorização prévia da UNIMED*" – consta no item 9.2 – "*Todos os demais exames e procedimentos necessitam de autorização prévia da UNIMED para fins de liberação, inclusive da justificativa do médico assistente cooperado, entre eles: (...) D – Procedimentos Especiais: (...) c) – **Procedimentos** endoscópicos, **diagnósticos** ou terapêuticos*" (g.n.).

Referida cláusula confere margem interpretativa favorável à consumidora, inclusive mediante as razões apresentadas pela médica assistente que expressamente consignou:

> *"Declaro que Patrícia Vidal Magalhães Munarini, 50 anos, é acometida de **câncer de mama** (...) e devido ao histórico familiar, mais de dois parentes de 1º grau com câncer de mama em idade precoce, há grande probalidade de apresentar **forma hereditária do câncer de mama.** Por isso solicito o teste BRCA1 e BRCA2." (f. 62)*

> *"O teste genético pra detecção de mutações germinativas nos genes BRCA1 e BRCA2 é composto pela análise molecular por sequenciamento da região codificadora dos genes BRCA1 E BRCA2. (Fonte: Lynch HT et al. Hereditary breast-ovarian câncer at the bedside. J Clin Oncol. 2003 Feb 15; 21 (4): 740-53) A detecção da mutação patogência através deste exame vai permitir **a adoção de estratégias para a diminuição de risco** para o desenvolvimento de novos tumores primários. Com isso diminuem os riscos de possíveis intervenções necessárias frente a tratamento de lesões que não foram precocemente detectadas, assim como longas internações." (g.n.) (f. 52)*

E, de fato, duas irmãs da apelada foram diagnosticadas com câncer, sendo que uma delas faleceu com 50 anos em decorrência da enfermidade (f. 43-44), demandando diagnóstico preciso do quadro da segurada, de modo que pertinente o teste genético pleiteado.

Oportuna, ainda, a elucidação emanada do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania:

> *Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidade.*
>
> *- **O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde**.*

3 Inteligência do STJ, REsp 668216 / SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 02/04/2007 p. 265.

- Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.

- Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos.

*- **Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de "seguro-saúde"; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado**.*

(...)

- A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

- O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.

- Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.

- Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.

Recurso especial conhecido, mas, não provido. (STJ, REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010) (g.n.)

Cumpre salientar que não prospera a tese de reembolso pela tabela de hospital conveniado da apelante-requerida, pois mesmo após a concessão da tutela antecipada não informou qual seria o hospital conveniado para realizar o exame em apreço, cingindo-se a rechaçar a tese ao argumento de que não abarcado no rol da ANS, sendo o procedimento eletivo e em hospital de alto custo, bem como de que inexistente codificação para o exame (f. 51; 55; 88; 74-76). O exame findou por ser realizado no hospital pleiteado pela

autora, consoante documento de f. 188, em 08.05.2012. Assim, diante da falta com o dever de informação e cooperação com a parte contratante não há como beneficiá-la com o valor da tabela.

Mantida, portanto, a sentença também neste ponto.

c) Danos Morais

Como narrado acima, a situação a que foi exposta a apelada não se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento, ao contrário, representa manifesto desrespeito ao dever de boa-fé e, consequentemente, de cooperação, preconizado no artigo 4º, III[4], do Código de Defesa do Consumidor, do qual se colhe o dever de comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. Realce-se que se trata incumbência bilateral, isto é, devem respeitá-lo tanto o fornecedor como o próprio consumidor. De modo que pode haver a violação do princípio, inclusive, por parte daquele que a lei protege[5].

As atitudes de negar os procedimentos solicitados, conquanto existente previsão vaga no contrato de cobertura, além de não auxiliar a segurada na informação de qual seria o hospital conveniado para realizar o teste genético pretendido, mesmo após ordem judicial, deflagraram exposição à angústia a consumidora, pois o oposto não foi demonstrado.

Dessume-se, pois, realmente aflitiva a circunstância a que foi submetida a apelante, visto que, em meio ao tratamento de doença seríssima como o câncer, teve que administrar emocionalmente negativas de tratamentos imprescindíveis a sua recuperação, inclusive arcando com as despesas da radioterapia tridimensional, e necessitou do ajuizamento da ação para conseguir realizar exame preventivo de novos tumores, por consequência, evidente o dano, nos moldes do artigo 186[6] do Código Civil.

Nesse sentido, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA.*
>
> *1. **A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado**.*
>
> *(...)*
>
> *4. Recurso especial provido.*
>
> *(STJ, REsp 418572/SP, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 30/03/2009) (g.n.)*

4 Art. 4º da Lei n. 8.078/1990: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...)
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"

5 NUNES, Rizzatto *in* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição, Editora Saraiva, p. 551.

6 Art. 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NEGATIVA DE TRATAMENTO. HOSPITAL NÃO CREDENCIADO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. ABUSIVIDADE. DANO MORAL.

SÚMULA Nº 83/STJ. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. DEVER DE INFORMAÇÃO.

*1. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de 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** 2. Incide, na espécie, a Súmula nº 83/STJ, segundo a qual "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida", aplicável a ambas as alíneas autorizadoras.*

3. Rever as condições da recusa da cobertura financeira de tratamento em hospital e por médico não conveniados/credenciados encontra óbice nas Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte.

4. A rede conveniada constitui informação primordial na relação entre o associado e a operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e à futura manutenção do vínculo contratual.

5. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais (REsp nº 1.144.840/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 11/4/2012).

6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 431.999/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE TRATAMENTO MÉDICO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE E CONHECENDO DO AGRAVO DA CONSUMIDORA PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, RECONHECIDO O DANO MORAL E ARBITRADA A INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE.

INSURGÊNCIA DA FORNECEDORA DE SERVIÇO.

1. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (radioterapia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. Aplicação da Súmula 83/STJ.

*2. **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.***

> *3. Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. Quantum indenizatório arbitrado em R$ 10.000, 00 (dez mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se as peculiaridades do caso em apreço,nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa.* (STJ, AgRg no AREsp 192.612/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 31/03/2014) (g.n.)

Cabível, desse modo, a reparação pelos danos morais, conforme assegurado pelo artigo 927[7] do Código Civil.

Finalmente, em atenção ao prequestionamento arguido, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais e constitucionais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado (STJ, EDcl no RMS 22067 / DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

III.

Isso posto, conheço do recurso da Unimed Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

***

7 Art. 927 do CC: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800483-44.2012.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – LEILÃO DE GADO BOVINO – EMPRESA LEILOEIRA – LEILÃO VIRTUAL – INTERMEDIAÇÃO NA VENDA – RECEBIMENTO DE COMISSÃO – NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL – MANDATO – ADQUIRENTE QUE DEIXA DE PAGAR O VALOR DO GADO VENDIDO – PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELO ALIENANTE – EMPRESA LEILOEIRA QUE NÃO TEVE O CUIDADO OBJETIVO EXIGÍVEL DE INVESTIGAR E OBTER INFORMAÇÕES SOBRE A SAÚDE ECONÔMICA FINANCEIRA DO ADQUIRENTE E IMPEDIR A ALIENAÇÃO – EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES JUNTO AO SERASA/CADIN/SCP – NEXO CAUSAL PRESENTE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Nos termos do artigo 40 do Decreto 21.981/1932 que regulamenta a atividade do leiloeiro, o contrato que se estabelece entre o leiloeiro e a pessoa, ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de mandato ou comissão.

Como tal, então, aplica-se o artigo 667 do CC de 2002, o qual estabelece que o mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua.

Deixando de aplicar a diligência habitual de investigar a origem e as condições pessoais daquele que se propôs a adquirir o gado ofertado através da empresa de leilão virtual, não adotando o cuidado objetivo exigível de aferir a idoneidade econômica e financeira do adquirente, sem nem mesmo fazer mera consulta ao SPC/SERASA sobre a possível existência de restrição cadastral em seu nome, tem a empresa de leilões o dever de indenizar o alienante do gado quando este não recebe o preço convencionado e teve inclusive frustrada a busca e apreensão das reses alienadas, posto que não mais encontradas, pelo preço do valor ainda devido, com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Recurso provido para reformar a r. sentença e julgar procedentes os pedidos contidos na inicial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de dezembro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação (fls.123-131) interposto por Antonio José Pinheiro Saraiva e outros contra a sentença (fls. 97-99) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de reparação de danos ajuizada em face de Leilosat Leilões Rurais Ltda, Josenir Pereira de Oliveira e Calcido Pereira de Oliveira.

Sustentam que a empresa recorrida deveria ter adotado todas as precauções para que a venda de gado pudesse ser realizada com a cautela que a situação exige, sobretudo, por ser uma venda virtual.

Afirmam que não dispunham dos meios necessários para averiguar a condição financeira do comprador e que o cadastro do comprador é realizado por quem vende e não pelo proprietário do gado. É, inclusive, um costume regional.

Enfatizam que o leilão virtual possui um custo maior e, justamente para assegurar sua tranquilidade, o pecuarista suporta o pagamento de uma comissão de maior valor.

Asseveram que a incumbência da apelada não se limitava a intermediação de uma venda, visto que a empresa leiloeira fez o cadastro do comprador, verificou sua idoneidade e autorizou a liberação do gado vendido.

Discorrem que houve flagrante culpa *in procedendo*, eis que as restrições de crédito do comprador não foram analisadas pela empresa leiloeira.

Noticiam que apesar de a venda ter sido feita com reserva de domínio, não obtiveram êxito na busca e apreensão dos animais, conforme cópia da ação ajuizada.

Ao final, pedem o provimento do recurso para que a empresa apelada seja responsabilizada por prestar serviço defeituoso, invertendo-se por conseguinte os ônus da sucumbência.

VOTO

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

Antonio José Pinheiro Saraiva e outros apelam contra a sentença (fls. 97-99) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de reparação de danos ajuizada em face de Leilosat Leilões Rurais Ltda, Josenir Pereira de Oliveira e Calcido Pereira de Oliveira.

I.

Narra a inicial que os autores contrataram a empresa Leilosat Leilões Rurais Ltda para a venda de bovinos através de leilão virtual e que a ré, através de seus sócios, efetuou a venda dos lotes 02, 05 e 06 a pessoa denominada Luís Fernando Matos Alves.

Relata que toda a administração da venda do gado competia aos requeridos, contudo, eles não adotaram as mínimas precauções em averiguar a situação financeira do comprador, o que resultou no inadimplemento do negócio jurídico celebrado.

Afirmam que notificaram a empresa-ré (fl. 10) para que esta reembolsasse o prejuízo de R$ 53.730,82 até 1/11/2011, eis que ela teria agido com culpa *in procedendo*.

A ré, por sua vez, contra-notificou (fl.15) os autores afirmando que é uma empresa intermediária e não possui responsabilidade quanto ao recebimento do crédito pelo vendedor e que teria adotado todas as providências cabíveis (fl. 15).

Indicam a culpa da empresa requerida por não ter verificado as restrições existentes em nome do adquirente, visto que ele tinha, quando da realização da compra, (17/10/2010), várias pendências financeiras, conforme extrato de consulta do banco de dados do Serasa e Rede-Check.

Com fulcro nestes fundamentos pediram a condenação dos requeridos ao pagamento dos prejuízos suportados.

O magistrado julgou improcedentes os pedidos iniciais sob o fundamento de que não houve prova da incumbência da ré quanto à verificação da situação do comprador e ainda de que os autores teriam condições de cobrar seu prejuízo de quem efetivamente obteve lucro, o comprador inadimplente.

Contra essa decisão os autores apelam alegando, em síntese, que houve flagrante culpa in procedendo, eis que as restrições de crédito do comprador não foram analisadas pela empresa leiloeira, razão pela qual a apelada deve ressarcir todos os prejuízos ocasionados pela venda.

II.

A controvérsia posta nos autos refere-se a análise da responsabilidade da empresa Leilosat Leilões Rurais Ltda pelo inadimplemento do negócio jurídico de compra e venda de gado celebrado entre o Sr. Antonio José Pinheiro Saraiva e o Sr. Luís Fernando Matos Alves.

Verifica-se que, no dia 17/10/2010, durante o Leilão Virtual "Matrizes da Santo Antônio do Posse", realizado pela empresa Leilosat Leilões Rurais Ltda. foi efetuada a venda dos lotes 02, 05 e 06 de propriedade do Sr. Antonio José Pinheiro Saraiva ao Sr. Luís Fernando Matos Alves.

Observa-se que foi acordado que o pagamento seria efetuado de forma parcelado, sendo que a primeira foi quitada pelo arrematante, e, na sequência houve um falso depósito da segunda parcela e a liberação do gado ao comprador.

Em razão de ter liberado o gado e não mais obtido o adimplemento das parcelas contratadas, o vendedor pretende ser ressarcido pela empresa leiloeira de todos os prejuízos sofridos.

Na sentença o magistrado deixou de acolher a tese de ilegitimidade passiva, sustentada em contestação (fls.45-48). Contudo, observou que *"a autora tem condições de cobrar seu prejuízo de quem efetivamente teve lucro ilícito, que é obviamente o comprador inadimplente."*

Pois bem.

Penso que a r. sentença deva ser reformada.

O artigo 40 do Decreto 21.981/1932 que regulamenta a atividade do leiloeiro:

> *"Art. 40. O contrato que se estabelece entre o leiloeiro e a pessoa, ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de mandato ou comissão e dá ao leiloeiro o direito de cobrar judicialmente e sua comissão e as quantias que tiver desembolsado com anúncios, guarda e conservação do que lhe*

> *for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado, por conta dos comitentes e podendo reter em seu poder algum objeto, que pertença ao*

Sendo a relação estabelecida entre o leiloeiro e a pessoa (física ou jurídica) interveniente na negociação, uma relação de *mandato*, é de se aplicar o artigo 667 do Código Civil, que estabelece:

> *"Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente".*

Havendo, assim, relação jurídica entre o mandante e a empresa leiloeira submetida às regras do mandato, exsurge o dever de indenizar toda vez que o leiloeiro (mandatário, então), causar prejuízo *por culpa sua*.

A culpa, no caso, é flagrante.

Foi confiada à ré a venda de três lotes de gado, 02, 05 e 06. A empresa leiloeira foi quem intermediou a compra e venda para a pessoa de Luis Fernando Matos Alves. O valor atingiu R$ 50.400,00. O adquirente pagou apenas a primeira parcela, no valor de R$ 5.040,00. O gado foi entregue ao adquirente e este não mais pagou as parcelas vincendas.

Nem mesmo o gado foi encontrado.

Ora, mesmo em se tratando de venda *virtu*al*, existe sim uma responsabilidade* da leiloeira quanto à idoneidade da pessoa que intermedia, como mandatária, a compra e venda, porque é de seu dever investigar a vida pregressa do adquirente, em especial sua idoneidade financeira e inexistência de restrições ao crédito que impusessem o dever de não fechar a compra e venda.

No caso a leiloeira diz que *tomou as medidas adequadas sobre a idoneidade* do adquirente. Todavia, como se infere de sua defesa, e documentos acostados, nenhum documento juntou que evidenciasse tal suposta *idoneidade* financeira do adquirente.

Não houve juntada do *cadastro* do comprador, constante informações pessoais e financeiras suas, muito menos certidões negativas de protesto, de ações cíveis ou criminais e de restrições ao crédito (SERASA/CADIN).

Tais informações seriam muito fáceis de obter. Basta ver que o autor, por exemplo, juntou o documento de fls. 13/14, evidenciando que Luis Fernando Matos Alves continha várias e sérias restrições em seu cadastro perante o SERASA, tendo sido apontado ali, outrossim, que referido indivíduo tinha vários cheques não pagos pelo fato de alegar *extravio* ou *sustação*, o que no mínimo levante suspeitas quanto ao seu modo de proceder comercial.

Essa *simples consulta* já seria suficiente para evitar a transação comercial relativa à venda dos bovinos com pessoa cujo cadastro apontava não ser séria em suas transações comerciais.

Por falta da diligência habitual ou do cuidado objetivo exigível na espécie, a leiloeira colocou o autor em prejuízo, porque este entregou o gado alienado e não recebeu o preço respectivo, tal se dando em razão da negligência e imprudência da ré em deixar de adotar medidas básicas e comezinhas nessa espécie de relação comercial, para aferir a idoneidade e capacidade financeira do adquirente, inclusive, se fosse o caso, sua boa fama junto a outros alienantes e outras empresas leiloeiras, o que não fez.

O autor, ainda, tentou anteriormente a busca e apreensão dos semoventes vencidos, os quais não mais foram localizados, como se infere dos documentos juntados às fls. 23 e seguintes.

Por culpa sua, assim, o autor sofreu prejuízo e nos termos dos artigos 186, 667 e 927 do CC, combinado com o artigo 40 do Decreto 21.981/1932 que regulamenta a atividade do leiloeiro, a ré fica obrigada a indenizar pelos danos ocasionados, ao contrário do entendimento sustentado pelo douto juízo de primeiro grau.

É certo que a empresa ré oferece espaço para anunciar a venda do produto, mas também é certo que a aquisição somente se faz mediante a intermediação da ré, a qual, então, tem ao seu encargo – e até como consequência da relação jurídica que entre ambos se estabelece – somente autorizar a concretização da alienação se não encontrar elementos que impeçam a alienação, como é o caso de mera e simples busca junto ao SERASA, onde já encontraria vasta informação quanto à inidoneidade do adquirente.

Não me parece que haveria simples *dever* da empresa de *anunciar* a venda, com obrigação de o *alienante* negociar diretamente a venda. Se fosse assim o autor pagaria *pelo anúncio* e não *comissão* pela intermediação, como mostra o documento de fls. 18, que é uma comissão de 10% sobre o valor da venda.

O tratamento jurídico, assim, é aquele estabelecido pelo artigo 40 do Decreto 21.981/32, que leva à aplicação do artigo 667 do CC de 2002 e, havendo falha na prestação do serviço, à incidência dos artigos 186 e 927 do mesmo diploma civilista, que estabelecem, respectivamente:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano a outrém, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".*
>
> *"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".*

O empreendimento em que a atividade fim do empreender é a prestação de serviços para terceiros está também sujeita a riscos. O empreendedor deve assumir os riscos de seu negócio, de tal sorte que se no exercício dessa atividade age com negligência ou imprudência, como na espécie, causando dano ao autor, fica obrigado a reparar, nos termos do dispositivo acima citado. Esse raciocínio se aplica mesmo em se tratando o empreendedor de um *mandatário* do alienante, caso em que, *se por culpa sua*, no desempenho de suas funções, causar danos ao mandante, também fica obrigado a indenizar, *ex vi* do artigo 667 do CC de 2002.

Reforça esse entendimento o fato de que a comissão paga, no caso, foi de 10%, como se infere do documento de fls. 18, expedido pela própria ré. Sabe-se que, por tradição, essa comissão é de 5% apenas. Isto significa que quando o leiloeiro recebe 10% ele assume o encargo de *administrar* a alienação, com o dever de, também, receber o respectivo preço, repassando-o ao vendedor, o que só configura, de vez, em face da administração, o dever de indenizar quando o adquirente não paga o preço convencionado, como aqui ocorreu.

Outro fato, outrossim, é o de que em se tratando de leilão virtual, a empresa leiloeira tem o dever – e se assim não age pratica ato imprudente – de cadastrar o adquirente, com todos os seus dados e elementos identificadores, para, inclusive, obter informações sobre sua saúde econômica e financeira, objetivando assegurar que o preço respectivo seja pago ao alienante, o qual, com base *nas informações* da leiloeira, entregará o gado ao adquirente até mesmo antes do pagamento final do valor convencionado, geralmente pago de forma parcelada, como aqui também ocorreu.

Essas circunstâncias reforçam o entendimento pela existência de responsabilidade da empresa ré. A não ser assim, não se sujeitando a qualquer risco na sua atividade, exerceria suas funções até mesmo de

forma negligente e imprudente, causando prejuízo, sem que surgisse qualquer dever de indenizar, o que se revela impensável em se tratando, presentemente, de relações comerciais reguladas pelo novo Código Civil, que prestigia a boa-fé como vetor essencial nessas mesmas relações.

SILVIO DE SALVO VENOSA[1], que dispensa apresentações, nos ensina, a respeito do mandato, instituto que se aplica ao caso presente:

> *"Atuando no interesse alheio, o mandatário deve empregar toda sua diligência habitual na execução do mandato. Utiliza-se o padrão do bonus pater familias ou homem médio. Ou, mais modernamente, analisa-se a boa-fé objetiva na condução do contrato. O mandatário ficará obrigado a indenizar qualquer prejuízo decorrente de sua culpa, ou daquele a quem, sem autorização, substabeleceu poderes que devia exercer pessoalmente".*

Induvidoso, segundo penso e sob esses fundamentos, o dever de indenizar por parte da empresa ré. Agiu com falta de *cuidado objetivo,* e, ainda, sem a boa-fé *objetiva*, no sentido de que deveria ter desempenhado o dever de obter informações mais seguras sobre a pessoa que estava adquirindo o gado em leilão, por via da transação que intermediou e que *administrou* e que, por falta dessa providência (basilar até), deu ensejo aos danos suportados pelo autor.

Deixando de aplicar a diligência habitual de investigar a origem e as condições pessoais daquele que se propôs a adquirir o gado ofertado através da empresa de leilão virtual, não adotando o cuidado objetivo exigível de aferir a idoneidade econômica e financeira do adquirente, sem nem mesmo fazer mera consulta ao SPC/SERASA sobre a possível existência de restrição cadastral em seu nome, tem a empresa de leilões o dever de indenizar o alienante do gado quando este não recebe o preço convencionado e teve inclusive frustrada a busca e apreensão das reses alienadas, posto que não mais encontradas, pelo preço da alienação, descontado o valor parcialmente pago, com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação e correção monetária, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Os juros de mora, embora pleiteados fossem desde a data da importância não recebida, incidem apenas desde a citação, nos termos dos artigos 405 do CC de 2002 e 219 do CPC.

Já a correção monetária incide desde a data em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados, eis que foi ai que o credor sofreu o respectivo prejuízo, deixando de receber os valores que ordinariamente receberia, não fosse a atuação desidiosa, e culposa, da ré.

III.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar a r. sentença profligada e julgar procedente o pedido contido na inicial, o que faço com fundamento nos artigos 40 do Decreto 21.981/193, 186, 667 e 927, estes do Código Civil de 2002, e condenar os réus a pagar ao autor a quantia de R$ 45.360,00 (quarenta e cinco mil, trezentos e sessenta reais), acrescida de juros de mora de 1% ao mês, *contados da citação*, nos termos dos artigos 219 do CPC e 405 do CC de 2002, correção monetária desde a data em que os respectivos pagamentos deveriam ter sido feitos, e não o foram, proporcionalmente e segundo as respectivas parcelas, que foi quando o autor experimentou o prejuízo noticiado na exordial, pelo IGPM-FGV, até efetivo pagamento, além das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atualizada.

O cumprimento da sentença far-se-á mediante simples liquidação por cálculo do credor, prosseguindo-se na forma do artigo 475-J do CPC.

Com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, declaro a resolução do mérito.

1 Cfe. SILVIO DE SALVO VENOSA, **Código Civil interpretado,** Editora Atlas, 2011, 2a ed., notas ao artigo 667 do CPC, P. 723.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 02 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001533-24.2009.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – COMPRAS REALIZADAS POR TECEIRO EM NOME DA AUTORA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA QUE FORNECEU OS PRODUTOS SEM SE CERTIFICAR DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES PASSADAS PELO TERCEIRO ADQUIRENTE – RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA – DEVER EM SE FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS MANTIDOS – LITIGÂNCIA DE MÁ–FÉ NÃO CARACTERIZADA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

O art. 473 do Código de Processo Civil estabelece ser defeso à parte discutir no curso do processo as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Por essa razão, se a parte não interpõe recurso contra a decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, operou-se a preclusão, sendo defeso à parte discutir novamente a mesma questão, ainda que a matéria seja de ordem pública, sob pena de violação à coisa julgada e insegurança jurídica.

Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

A inscrição ou manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito configura ato ilícito passível de indenização por dano moral, que na hipótese ocorre na modalidade *in re ipsa*, o que dispensa prova de seus efeitos na vítima, sendo estes presumidos pela mera existência da negativação sem que tenha havido justa causa para tanto.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Não há falar em reforma da sentença no tocante aos honorários advocatícios, quando estes são fixados em conformidade com o parágrafo 3º do art. 20 do CPC, observadas as alíneas a, b e c, do aludido artigo.

Verificado que a conduta da empresa requerida não incidiu em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC, não há falar em litigância de má-fé. Ademais, como é sabido, a má-fé não se presume, devendo ser cabalmente demonstrada, o que de fato não ocorreu no presente caso.

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

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, conhecer em parte e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Meridiano Fundo de Investimento em Direitos Cretitórios Multisegmentos FIDC, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais que lhe move Eliane Cristina dos Santos Valentim, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial para o fim de reconhecer a inexistência da dívida no valor de R$ 270,54, e condenar a ré ao pagamento de R$ 8.000,00 a título de danos morais.

Suscita preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista que não manteve qualquer relação com a apelada, tampouco foi o responsável pelo envio da fatura ou carta de cobrança ou ainda, responsável pela negativação do nome da autora.

Sustenta que a relação mantida pela apelada foi com a empresa Club Administradora de Cartões de Crédito, que somente cedeu o crédito ao apelante, de modo que somente aquela pode ser responsável pela existência da dívida e eventuais efeitos da negativação.

No mérito, aduz que não há falar em indenização por danos morais, na medida em que a época dos fatos a apelada já possuía outras restrições em seu nome.

Explica que em nenhum momento a apelada demonstrou que os outros débitos seriam indevidos e que haviam ações pendentes discutindo tais restrições.

Defende que o valor dos danos morais deve ser reduzido

Expõe que os honorários advocatícios devem ser afastados ou reduzidos.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso, requerendo ainda a condenação do apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

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

Meridiano Fundo de Investimento em Direitos Cretitórios Multisegmentos FIDC, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo, nos autos da ação

declaratória de inexistência de débito c/c danos morais que lhe move Eliane Cristina dos Santos Valentim, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial para o fim de reconhecer a inexistência da dívida no valor de R$ 270,54, e condenar a ré ao pagamento de R$ 8.000,00 a título de danos morais.

Mister se faça um breve relato dos fatos.

A autora ingressou com a presente demanda alegando que no início de agosto de 2006 recebeu várias cobranças referentes a compras realizadas na cidade de São Paulo/SP, razão pela qual registrou boletim de ocorrência junto a DEPOL, no sentido de preservar problemas futuros, uma vez que nunca esteve naquela cidade.

Relatou que seu nome foi inscrito nos órgãos de proteção ao crédito em decorrência de suposta fraude praticada por terceiros.

Assim, requereu a declaração de inexistência do débito e a condenação do requerida ao pagamento de danos morais.

Em contestação a empresa apelante pugnou pela improcedência dos pedidos. (f. 46/64)

O magistrado a quo julgou procedente o pedido inicial para o fim de reconhecer a inexistência da dívida no valor de R$ 270,54, e condenar a ré ao pagamento de R$ 8.000,00 a título de danos morais.

Irresignada, recorre o apelante objetivando a reforma da sentença.

Para tanto, suscita preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista que não manteve qualquer relação com a apelada, tampouco foi o responsável pelo envio da fatura ou carta de cobrança ou ainda, responsável pela negativação do nome da autora.

No mérito, aduz que não há falar em indenização por danos morais, na medida em que a época dos fatos a apelada já possuía outras restrições em seu nome.

No que tange a preliminar suscitada, importante tecer algumas considerações.

Não obstante a ilegitimidade passiva ser matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, vê-se que tal questão já foi apreciada e rejeitada pelo magistrado a quo quando do saneamento do feito, ocasião em que o apelante não recorreu da decisão, motivo pelo qual operou-se a preclusão. (f. 164)

Ademais, o art. 473 do Código de Processo Civil, assinala que: *"É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão"*.

Assim, se a parte requerida não ingressou com o recurso pertinente quando da decisão que rejeitou a preliminar arguida, não pode a matéria ventilada e decidida ser reexaminada neste feito, sob pena de violação à coisa julgada, ainda que seja a questão de ordem pública.

A propósito:

> *"E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA EM DECISÃO SANEADORA, CONTRA A QUAL NÃO HOUVE RECURSO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA QUESTÃO EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE REBATE PONTUAL DE TODOS OS QUESTIONAMENTOS FORMULADOS PELAS PARTES – EMBARGOS REJEITADOS.*

> *O fato de se tratar de matéria de ordem pública não assegura à parte o direito de promover nova discussão sobre a questão já apreciada e não recorrida, tampouco permite que o Tribunal de Justiça novamente analise a mesma questão.*
>
> *A inércia, mesmo nesses casos, enseja o aperfeiçoamento da preclusão, vez que a sua natureza de matéria de ordem pública não autoriza ser ela arguida, tampouco decidida, várias vezes no mesmo processo ou em processo distinto. Deve-se, em casos assim, prestigiar o princípio da segurança jurídica, fim maior da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado-Juiz."* (Embargos de Declaração - Nº 0802171-67.2013.8.12.0021/50000, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, J., 25 de março de 2014)

Ora, o fato de se tratar de matéria de ordem pública não permite que o instituto seja reexaminado indefinidamente dentro de uma mesma relação processual, sob pena de comprometimento da própria segurança jurídica.

A respeito do tema, Fredie Didier Júnior leciona:

> *"Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3º do art. 267 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo – não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas ex officio, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões já decididas; A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito.*
>
> *Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo se de natureza processual, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.*
>
> *Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento ex officio de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade ex officio de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame".* (Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 7ª edição. Ed. JusPodivm, p. 485)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido, *verbis*:

> *"RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO. COISA JULGADA.*
>
> *O Tribunal de origem considerou que a matéria atinente à prescrição da pretensão executiva do recorrido já foi objeto de julgamento em outro processo, que, por sua vez, não teria sido devidamente impugnado, tendo gerado coisa julgada material.*
>
> *Reformar tal conclusão, sobre a formação de coisa julgada material, demandaria a incursão do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

Não obstante o tema da prescrição ostentar natureza de ordem pública, não é possível afastar o efeito preclusivo da coisa julgada sobre o julgamento de tal questão, sob pena de insegurança jurídica. Inteligência do art. 473 do CPC: "É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão". Precedentes.

Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1224883/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 04/05/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO NÃO ESCRITO. ARBITRAMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES. PRECLUSÃO E ANÁLISE DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

É firme a jurisprudência do STJ de que a revogação tácita do mandato só ocorre com a constituição de novo procurador sem ressalva da procuração anterior, o que não é a hipótese dos autos.

2. Para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo Tribunal Estadual, aferindo se a agravada tomou ou não ciência do pedido de revogação de seu mandato, bem como se agiu com boa ou má-fé ao substabelecer seus poderes com reserva, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na súmula 7 do STJ.

3. Ademais, in casu, encontra-se preclusa a controvérsia sobre a prescrição, haja vista que o magistrado expressamente entendeu pela não ocorrência do termo a quo do prazo prescricional, seja pela não ciência da revogação, seja pelo fato de o substabelecimento ser com reserva de poderes, não tendo os recorrentes se insurgido, em tempo, contra referida decisão, demonstrando-se satisfeitos com o seu conteúdo.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 39.713/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 13/04/2012)

Por essa razão, nesta parte, não conheço do recurso.

Mérito

É preciso consignar, de início, que a relação existente entre as partes tem cunho consumerista, posto que a autora, figura como consumidora e a empresa requerida na qualidade de prestadora de serviços, devendo a matéria ser apreciada com fulcro na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O CDC, em seus artigos 2º e 3º, define consumidor e fornecedor, respectivamente, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; e toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo, a responsabilidade civil da requerida deve ser analisada sob a ótica objetiva, conforme disposto no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para que o fornecedor de serviços afaste tal responsabilização, necessária se faz a prova da ruptura do nexo de causalidade, conforme dispõe o § 3º do supracitado artigo, e isso ocorre apenas quando restar comprovada a inexistência do defeito ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

E no caso dos autos, não demonstrou a requerida nenhuma excludente de ilicitude.

A responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, in Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22:

> *"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova e culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).*
>
> *Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Tratando-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus da probandi. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpados, pois sua culpa é presumida.*
>
> *Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano".*

Valho-me, ainda, das lições de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". (in Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 400).*

No vertente caso, observa-se que o nome da autora foi negativado indevidamente pelo apelado no dia 16/07/2006 pelo valor de R$ 270,54. (f. 36)

Tal fato se deu em virtude de suposta fraude praticada por terceiros que, possivelmente de posse dos documentos da apelada, realizaram diversas compras.

Tanto é verdade que a requerente registrou boletim de ocorrência junto a DEPOL, no sentido de preservar problemas futuros, uma vez que nunca esteve na cidade de São Paulo/SP, local este onde as compras foram realizadas. (f. 23)

Assim, demonstrou a autora a inscrição indevida de seu nome. Indevida porque o apelado não comprovou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Ou seja, não demonstrou o requerida que as compras foram realizadas pela própria autora.

Assim, pode-se dizer que quem foi responsável pelo fornecimento/prestação do produto/serviço sem qualquer verificação da veracidade das informações, possivelmente passadas por terceiro, foi o próprio apelado, que, diante dos documentos roubados e apresentados por terceiros, realizou transação comercial em nome da autora.

Desse modo, conclui-se que o recorrido não tomou as devidas cautelas ao agir dessa forma, sendo certo que apenas se valeu de solicitações feitas em nome do autor, por terceiro.

Ora, se encontra disponível a seus clientes a facilitação do acesso aos serviços, resta imperioso que essa facilidade também seja realizada de maneira adequada e com segurança para se evitar que qualquer um utilizando-se de dados pessoais de outros indivíduos, consiga obter produtos e serviços e utilizar de seus serviços com má-fé.

Se assim não fosse, estaríamos acobertando os equívocos e omissões das empresas que tão-somente se preocupam com a venda dos produtos, não se importando com a fiscalização da veracidade das informações que lhe são repassadas, o que de fato, pode ser alvo de intenções maliciosas de terceiros.

A propósito, dispõe o art. 22 do Código do Consumidor:

> *"Art. 22 - os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos."*

Ainda, o parágrafo único do mencionado artigo e os dispositivos 23 a 25 garantem o devido ressarcimento, senão vejamos:

> *"Art. 22. parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.*
>
> *Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.*
>
> *Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor".*

Sendo assim, forçoso é reconhecer o nexo causal entre o ato lesivo (inscrição do nome da autor nos órgãos de proteção ao crédito derivado de utilização, por terceiro, de documentos em nome da requerente) e a conduta da empresa requerida ao negligenciar em se certificar da veracidade das informações repassadas por terceiro em nome de outrem, deixando de primar pela segurança na relação jurídica existente, o que de fato caracteriza realização irregular do serviço.

Consigne-se que a simples inscrição do nome do consumidor nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, quando feita de forma indevida, por si só, é causa geradora de danos morais, passíveis de indenização (dano *in re ipsa*). Isto decorre do fato de que o nome do consumidor é um atributo de ordem moral, estando protegido pelo nosso ordenamento jurídico, sendo que a sua violação acarreta ao ofensor o dever de indenizar.

Tanto é verdade, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. N. 1.061.134/RS, em sede de recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, CPC), firmou a seguinte Orientação:

> *"(...) O Superior Tribunal de Justiça firmou, ainda, entendimento no sentido de que "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica."* (Resp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008)"

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – DANO IN RE IPSA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – JUSTA COMPENSAÇÃO – CARÁTER PEDAGÓGICO – REDUÇÃO INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Mesmo que a parte não comprove os danos que diz ter experimentado, a simples inscrição indevida no cadastro de restrição ao crédito já é suficiente, por si só, para causar danos morais, prescindindo de qualquer comprovação objetiva (dano in re ipsa)..."* (Apelação - Nº 0803157-49.2011.8.12.0002, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j., 1 de outubro de 2013)

Assim, se a inscrição se deu de modo indevido, assiste a autora o direito de ser indenizada pelos danos suportados.

Saliente-se ainda que os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz etc.

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

> *"O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito, que devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc."*

Portanto, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transpõem o limite do razoável, fato verificado no caso em espécie.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

> *"Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte*

de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido." (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO "IN RE IPSA" – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) 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." (Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei)

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.

(...)

II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida." (Agravo Regimental - Nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar a autora um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida e de outro lado serve como fato de punição para que a empresa requerida reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

Neste caso, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pela ofendida, tenho que o valor do *quantum*

indenizatório fixado pelo magistrado a quo em R$ 8.000,00 (oito mil reais), deve ser mantido, por se mostrar condizente com a extensão do dano e apto à servir de punição para a empresa requerida, evitando a reiteração de atos análogos.

No que concerne a alegação da requerida no sentido de que deve ser aplicada a Súmula 385 do STJ, tendo em vista a existência de outras negativações em nome da apelada, melhor sorte não lhe assiste.

Isso porque, realizando uma consulta no SAJ (Sistema de Automação da Justiça), observa-se que a autora ingressou com inúmeras ações semelhantes a presente com a mesma finalidade, a exemplo dos feitos n. 0001530-69.2009.8.12.0016 e 0001534-09.2009.8.12.0016.

Isso demonstra que todas as negativações em nome da autora já estão sendo discutidas judicialmente, razão pela qual, torna-se inaplicável a Súmula 385 do STJ.

Quanto ao afastamento e/ou redução dos honorários advocatícios pleiteados pela apelante, tenho que não deve prosperar sua irresignação.

No caso dos autos, vê-se que o magistrado fixou os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Na hipótese em questão, aplica-se a regra definida no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, que dispõe que os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos o grau e 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.

Destarte, verifica-se que os honorários advocatícios foram fixados de forma condizente, observadas as alíneas do parágrafo terceiro do art. 20, do CPC.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - INVALIDEZ DE CARÁTER PARCIAL E PERMANENTE - VALOR DO SEGURO PROPORCIONAL AO GRAU DE INVALIDEZ DO SEGURADO - APLICAÇÃO DA TABELA SUSEP - CIRCULAR 29/1991 - SÚMULA 474 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS - REVOGAÇÃO DA LEI Nº 6.194/74 PELAS LEIS N. 6.205/75 E N. 6.423/77 - VIOLAÇÃO AO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO OCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PERCENTUAL ENTRE 10% E 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO - ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 21 DO MESMO CODEX - RECURSO DA RÉ PROVIDO PARCIALMENTE E DO AUTOR JULGADO PREJUDICADO. (...)".* (Apelação Cível - Sumário - N. 2012.019058-8, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Primeira Câmara Cível, j., 25/07/12) - destaquei

Desse modo, os honorários devem ser mantidos nos limites fixados pela sentença vergastada.

No que concerne a aplicação da penalidade por litigância de má-fé requerida pela parte autora, não merece amparo a sua pretensão, haja vista que a conduta da parte requerida não incidiu em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC. Ademais, como é sabido, a má-fé não se presume, devendo ser cabalmente demonstrada, o que de fato não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ALIMENTO – PRAZO DE VALIDADE VENCIDO – INTERNAÇÃO DO CONSUMIDOR POR INGESTÃO DO ALIMENTO – CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM ARBITRADO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MÁ FÉ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *A condenação por litigância de má fé exige a comprovada utilização de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou prolongar deliberadamente o andamento processual, causando dano à parte contrária. Assim, ausentes tais condutas, não há falar litigância de má-fé.* (TJMS - 3ª Câmara Cível - Apelação Nº 0800236-38.2012.8.12.0017 - Nova Andradina - Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay - J. 3 de setembro de 2013)

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro A técnica de elaboração da sentença civil, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que *a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei*.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO – CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO – MORA NÃO AFASTADA – MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL – EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza."* (Embargos de Declaração - Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS – DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS – SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER – EMBARGOS REJEITADOS."* (Embargos de Declaração – Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte e 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. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 30 de setembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800278-45.2012.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE DE MERCADORIAS – CONTRATAÇÃO DE SEGURO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – NEGATIVA INJUSTIFICADA DA SEGURADORA – NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR – ART. 333, II, DO CPC – VEÍCULO DEVIDAMENTE RASTREADO – PERDAS E DANOS NÃO COMPROVADOS – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA SEGURADORA DESPROVIDO.

Verificado que a requerente contratou seguro para proteger o seu patrimônio e as suas mercadorias para transporte, afigura-se ela como destinatária final do serviço prestado pela seguradora, razão pela qual incide o diploma protetivo na relação mantida entre os litigantes com a interpretação das cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor.

Demonstrado que o veículo da parte autora estava devidamente rastreado quando da ocorrência dos sinistros, cumprindo assim os termos do contrato entabulado entre as partes, mostra-se devida a indenização pelos danos sofridos.

Consoante estabelece o art. 333, II, do CPC, compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, situação não verificada no caso em tela.

Nos termos do art. 333, I, do CPC, compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito. Assim, se a parte não demonstra os alegados danos materiais descritos na exordial, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

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 ao recurso de Fibrasil Alimentos Ltda e negar provimento ao apelo de Ace Seguradora S/A, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de outubro de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Ace Seguradora S/A e Fribasil Alimentos LTDA, inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, nos autos da ação de cobrança securitária c/c indenização que esta move em face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de condenar a requerida Ace Seguradora S/A a pagar à autora Fribrasil Alimentos Ltda. a quantia de R$ 276.364,53 (duzentos e setenta e seis mil trezentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e três centavos), acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CC, art. 405) e correção pelo IGP-M/FGV, a partir do pedido administrativo de pagamento de seguro, em razão do dever de indenizar os sinistros ocorridos nos dias 08/08/2011 e 08/12/2011.

Do recurso de apelação cível interposto por Fribasil Alimentos Ltda.

Alega a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro de carga.

Sustenta a nulidade das cláusulas que impõem à apelante a contratação de rastreamento via satélite dos caminhões que transportam sua carga. (cláusulas 11.2; 11.2.a.; 11.2.b.; 11.2.c./c.1/c.2./c.3 e 11.2.d)

Relata que, quanto ao sinistro ocorrido no dia 31/10/2011, é possível verificar à f. 89 que o veículo com a carga da apelante estava com o sistema de rastreamento funcionando perfeitamente, tanto que pelo rastreamento foi possível observar a data e o horário do início da viagem, bem como o itinerário do veículo desde a saída da sede da apelante até a data e o horário do sinistro.

Explica que o veículo estava sendo monitorado tanto que pelos documentos que instruíram a inicial e, até mesmo, pelos documentos de fls. 104/178, é possível observar que desde a saída da empresa em Caarapó, no dia 26.10.11, todos os passos seguintes foram monitorados de forma detalhada.

Defende a ocorrência de perdas e danos, uma vez que, com sua mercadoria roubada e com a recusa da seguradora em indenizar o respectivo valor, a autora viu sair do seu fluxo de caixa e, por conseguinte, do seu capital de giro, a cifra de R$ 105.202,79.

Obtempera a apelante ter decaído de parte mínima do pedido, ou seja, é caso de sucumbência mínima, devendo, destarte, a apelada ser a única e exclusiva condenada ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, ou, ainda, na remota hipóteses de entendimento contrário, haver a compensação da sucumbência de forma proporcional.

Embora intimada, a seguradora não apresentou contrarrazões.

Do recurso de apelação interposto por Ace Seguradora S/A.

Afirma ser impossível efetuar prova negativa, ou seja, de que não houve a consulta e liberação do motorista. E mais, a apelante só tomou conhecimento da mencionada consulta e liberação após a regulação do sinistro. Logo, merece reforma a sentença quanto ao sinistro ocorrido em 08/08/2011.

No que concerne ao sinistro ocorrido em 08/12/2011, relata que o contrato de seguro estabeleceu a obrigatoriedade de monitoramento e rastreamento, o que não ocorreu no caso, pois, o embarque não estava rastreado, portanto, não poderia estar monitorado.

Relata que ficou constatado que os equipamentos não estavam calibrados e em plenas condições de funcionamento, causando grande equívoco, portanto evento não coberto pela apólice de seguro.

Expõe que o novo Código Civil brasileiro consagrou como princípio básico regente da matéria contratual e princípio basilar do contrato de seguro, a boa-fé objetiva.

Defende que não houve a equivalência de obrigações entre as partes, pois, a autora se desincumbiu das responsabilidades assumidas contratualmente, pode se dizer que agravou intencionalmente o risco objeto do contrato (art. 768 do cc).

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Ace Seguradora S/A e Fribasil Alimentos Ltda, inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, nos autos da ação de cobrança securitária c/c indenização que esta move em face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de condenar a requerida Ace Seguradora S/A a pagar à autora Fribrasil Alimentos Ltda. a quantia de R$ 276.364,53 (duzentos e setenta e seis mil trezentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e três centavos), acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CC, art. 405) e correção pelo IGP-M/FGV, a partir do pedido administrativo de pagamento de seguro, em razão do dever de indenizar os sinistros ocorridos nos dias 08/08/2011 e 08/12/2011.

Inicialmente mister se faça um breve relato dos fatos.

Segundo a inicial, a autora é empresa que atua no ramo de abate e desossa de bovinos e suínos, bem como na comercialização de seus derivados, transporte rodoviário de cargas em geral, importação e exportação e escritório administrativo de vendas, possuindo unidade de abate, desossa e industrialização de carne bovina no Estado de Mato Grosso do Sul, no Município de Caarapó, na Rodovia BR 163, Km 42,5.

Alegou que, visando maior garantia e segurança para seu negócio, a autora optou por contratar a empresa requerida com a finalidade de segurar o transporte de suas mercadorias contra sinistros em geral, como furtos, roubos e etc.

Deste modo, a requerente firmou com a requerida contrato de seguro, visando cobertura para as vendas de seus produtos em território nacional, contrato este regido pela apólice nº 17.21.0004247.31, endosso nº 55361.

Afirmou que a apólice prevê como limite máximo de responsabilidade da seguradora para as mercadorias ou bens segurados o valor de até R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Explanou que no dia 08.08.2011, o caminhão Ford Cargo 2422, ano 2004, cor prata, placas ALB-5834/PR, rastreado, conduzido pelo Sr. Luiz Cezar Alves da Silva, que transportava produtos da requerente, foi tomado em assalto, no Estado do Rio de Janeiro.

Relatou que as mercadorias roubadas somavam a cifra de R$ 83.855,31, estando, portanto, dentro do limite máximo previsto na apólice, que é de R$ 200.000,00.

Explicou que no dia 31.10.2011, o caminhão VW/2.4 250 CLC 6X2, ano 2011, cor branca, placas AHG-1750/PR, rastreado, conduzido pelo Sr. Rodrigo Gonçalves de Souza, que transportava produtos da requerente, foi tomado em assalto, no Estado do Rio de Janeiro, Município de Nova Iguaçu. As mercadorias roubadas somavam a cifra de R$ 105.202,79.

Defendeu que no dia 07.12.2011, o caminhão VW/14.210, ano 1990, cor branca, placas BTS-0314, rastreado, conduzido pelo Sr. Pedro Marusiak Filho, que transportava produtos da Requerente, foi tomado em assalto, no Estado de São Paulo, Município de Tatuí. As mercadorias roubadas somavam a cifra de R$ 192.509,22.

Aduziu que a seguradora se negou a efetuar o pagamento da indenização ao argumento de que houve descumprimento das cláusulas especiais de medidas mínimas de gerenciamento de riscos previsto em apólice, pois o motorista encontrava-se sem cadastro e liberação.

Declarou ter sofrido perdas e danos, em decorrência da recusa da seguradora em pagar o valor da indenização, razão pela qual requereu a condenação da requerida ao pagamento de lucros cessantes.

Devidamente citada, a empresa requerida pugnou pela improcedência dos pedidos. (f. 285/300)

O magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de condenar a requerida Ace Seguradora S/A a pagar à autora Fribrasil Alimentos Ltda. a quantia de R$ 276.364,53 (duzentos e setenta e seis mil trezentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e três centavos), acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CC, art. 405) e correção pelo IGP-M/FGV, a partir do pedido administrativo de pagamento de seguro, em razão do dever de indenizar os sinistros ocorridos nos dias 08/08/2011 e 08/12/2011.

Irresignadas, ambas as partes recorrem a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

Quanto ao recurso de apelação interposto pela autora, esta alega ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro de carga.

Sustenta a nulidade das cláusulas que impõem à apelante a contratação de rastreamento via satélite dos caminhões que transportam sua carga. (cláusulas 11.2; 11.2.a.; 11.2.b.; 11.2.c./c.1/c.2./c.3 e 11.2.d)

Relata que, quanto ao sinistro ocorrido no dia 31/10/2011, é possível verificar à f. 89 que o veículo com a carga da apelante estava com o sistema de rastreamento funcionando perfeitamente, tanto que pelo rastreamento foi possível observar a data e o horário do início da viagem, bem como o itinerário do veículo desde a saída da sede da apelante até a data e o horário do sinistro.

Já a requerida explana que o contrato de seguro estabeleceu a obrigatoriedade de monitoramento e rastreamento, o que não ocorreu no caso, pois o embarque não estava rastreado, portanto, não poderia estar monitorado.

Afirma que constatado que os equipamentos não estavam calibrados e em plenas condições de funcionamento, causando esse grande equívoco, portanto evento não coberto pela apólice de seguro.

Passo à análise conjunta de ambos os recursos.

Primeiramente analiso a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso vertente.

No caso vertente, observa-se que as partes são, de um lado, o fornecedor (requerida) e de outro consumidor (autora), porquanto tendo a parte requerente contratado o seguro para proteger o seu patrimônio e as suas próprias mercadorias para transporte, afigura-se ela como destinatária final do serviço prestado pela seguradora, razão pela qual incide o diploma protetivo na relação mantida entre os litigantes.

Neste sentido, a jurisprudência é uníssona em afirmar a incidência do CDC sobre os contratos de seguro*, in verbis* :

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA - SEGURO DE CARGA TRANSPORTADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - APELANTE QUE NÃO ESPECIFICOU AS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR - MÉRITO - DOIS SINISTROS - 1º SUBTRAÇÃO - 2º PERDIMENTO DA CARGA TRANSPORTADA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - RECUSA DO PAGAMENTO SOB FUNDAMENTO DE VÍCIO PRÉ- CONTRATUAL CONSISTENTE NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES INVERÍDICAS PELA TRANSPORTADORA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO APLICAÇÃO DO CDC - APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE PROVAR SUAS ALEGAÇÕES - ART. 333, I DO CPC - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO POR UNANIMIDADE."* (TJ-PR 9207605 PR 920760-5 (Acórdão), Relator: José Laurindo de Souza Netto, Data de Julgamento: 25/10/2012, 8ª Câmara Cível) - destaquei

> *"Ação de indenização securitana de transporte de carga - Indenização acolhida - Aplicação do Codecon por caracterizada relação de consumo entre a seguradora e a segurada (art 2º e 3o da Lei nº 8 08/90) (...)"* (TJ-SP - APL: 1349501700 SP , Relator: Francisco Giaquinto, Data de Julgamento: 01/09/2008, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/09/2008)

> *"Aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre empresa seguradora e seus clientes, a teor do art. 3º , § 2º , da Lei n. 8.078 /90."* (TJSC, 2ª Cam. De Direito Civil, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Apelação cível n. , de Gaspar, j. 17-8-2006)

Não se olvide ainda que a parte autora, ao celebrar o contrato de seguro, objetivando segurar o transporte de suas mercadorias, dele se tornou destinatária final.

A propósito, é fornecedor toda pessoa jurídica que presta serviços de natureza securitária, como se infere do art. 3º, *caput*, e parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

E em sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor no caso presente, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, consoante art. 47, do CDC.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

> *"Aos contratos de consumo se aplicam os princípios da teoria da interpretação contratual. São os seguintes: a) a interpretação deve ser sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (CC 85); a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda a relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento de contrato (CDC 4º, caput e III e 51 IV); d) havendo cláusula negociada individualmente, esta prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação se faz contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor)"* (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1835).

Assim sendo, além da interpretação das cláusulas serem interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, os seus termos devem ser claros, de modo a facilitar sua compreensão, além disso as que implicarem em limitação de direito deverão ser redigidas em destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, a teor do que preceitua os artigos 47 e 54, §4º, ambos do CDC.

Feitas tais observações, impõe-se analisar os fatos juntamente com as demais provas carreadas aos autos, mormente o contrato de seguro.

Em relação às cláusulas contratuais, o contrato previu expressamente a cobertura em caso de roubo, prevendo no item 6.4 que:

> *"Cobertura Particular de Roubo*
>
> *A presente cobertura garante ao segurado os prejuízos que venha a sofrer em consequência de roubo parcial ou total e furto qualificado.*
>
> *Fica ainda incluído na cobertura de roubo, o assalto a mão armada..." (f. 61)*

Quanto a tal cobertura, é fato incontroverso no autos, sendo discutível apenas as cláusulas limitativas do dever de indenizar, que assim estabelecem:

> *"10. CLÁUSULAS ESPECIAL DE MEDIDAS MÍNIMAS E OBRIGATÓRIAS DE GERENCIAMENTO DE RISCO:*
>
> *Fica entendido e concordado que a indenização de quaisquer sinistro por força deste contrato/apólice, dependerá do cumprimento integral das medidas de gerenciamento de risco abaixo estabelecidas para cada tipo de mercadoria e tipo de transporte:*
>
> *10.1.A. Para os embarques até R$ 200.000,00*
>
> *- Consulta e liberação do motorista e veículo;*
>
> *- Rastreamento por satélite nível C.R.E ou Escolta armada no percurso integral;*
>
> *- Rastreamento por satélite nível C.R.E deverá ser monitorado, no máximo, de 15 em 15 minutos em todos o percurso da viagem.*
>
> *(...)*
>
> *11. CLÁUSULA DE DEFINIÇÃO DAS MEDIDAS DE GERENCIAMENTO DE RISCO*
>
> *11.1 Consulta de Motoristas e Veículos:*
>
> *As consultas e liberações de motoristas e veículos deverão ser contratadas pelo segurado junto à empresa de gerenciamento de riscos, aprovada por esta seguradora, obedecendo o seguinte critério:*
>
> *(...)*
>
> *11.2. Rastreamento por Satélite*
>
> *11.2. O veículo transportador deverá estar equiparado com os seguintes sensores e atuadores:*
>
> *Conjunto – rastreamento de posição, computador de bordo (teclado de comunicação), corta combustível, alarmes sonoros e luminosos, sensor de desengate de carreta ou trava 5ª roda...*
>
> *(...)*
>
> *11.2.B Escolta Armada*
>
> *Havendo necessidade de escolta armada, o segurado deverá contratar a seu custo, empresa de segurança devidamente credenciada no Ministério da Justiça e Polícia Federal e especializada em vigilância (...)*
>
> *(...)*

12. CLÁUSULA DE PERDA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO

> *A liberação de embarques com valor superior ao estabelecido em cada uma das situações acima, ou ainda, sem perfeito cumprimento das condições de gerenciamento de risco estabelecidas para consulta de motoristas e veículos, rastreamento por satélite e escolta armada, implicará na perda de direito integral à indenização em caso de sinistro, salvo nos casos previstos no item específico." (f. 63/65)*

Como se percebe, há expressa previsão contratual no sentido de que a indenização de quaisquer sinistros dependerá do cumprimento integral das medidas de gerenciamento de risco, que consiste em "consulta de motoristas e veículos", "rastreamento por satélite" etc, caso contrário, o segurado não terá direito à indenização.

Outrossim, verifica-se que as aludidas cláusulas limitadoras de direito foram redigidas em observância ao Código de Defesa do Consumidor, eis que consignadas de modo claro, sem qualquer possibilidade de dúvidas.

Por essa razão, não há falar em nulidade das cláusulas contratuais.

Dito isto, passa-se a análise individual de cada sinistro.

Do Sinistro ocorrido no dia 08/08/2011

Conforme documentos de f. 71 e seguintes, na data de 08/08/2011, o caminhão Ford Cargo 2422, ano 2004, cor prata, placas ALB-5834/PR, rastreado, conduzido pelo Sr. Luiz Cezar Alves da Silva, que transportava produtos da requerente, foi tomado em assalto, no Estado do Rio de Janeiro. As mercadorias transportadas e que foram roubadas estavam avaliadas em R$ 83.855,31.

A requerida, quando da negativa do pagamento da indenização securitária, argumentou que houve o descumprimento das cláusulas especiais de medidas mínimas de gerenciamento de riscos, ou seja, o motorista encontrava-se sem cadastro e liberação. (f. 84)

Consoante estabelece o art. 333, II, do CPC, compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, situação não verificada no caso em tela.

A seguradora não desconstituiu as alegações da autora, na medida em que não apresentou nenhuma prova de suas alegações, mas apenas documentos que já haviam sido apresentados pela parte autora.

A requerida não comprovou que o cadastro do motorista da autora e a sua liberação foram realizados somente após a ocorrência do sinistro, situação esta que ficou somente no campo das alegações.

No mesmo sentido são os fundamentos do magistrado:

> *"Para indeferimento do pedido de indenização, a Seguradora alega que o cadastro e a liberação do motorista somente ocorreu após a ocorrência do sinistro, de maneira que houve o descumprimento de cláusula especial de medida mínima de gerenciamento de risco.*
>
> *Entretanto, diante do contexto probatório, vislumbro que a Seguradora não trouxe aos autos qualquer prova capaz de fundamentar suas alegações. Pelo contrário, ao ter oportunidade de produzir provas capazes de corroborar seus argumentos, a requerida limitou-se a dizer que não possui meios de provar que os fatos se deram na forma por ela narrada (fl. 366).*

> *Ora, se a requerida fundamentou sua negativa alegando que o cadastro do motorista somente foi realizado após a ocorrência do sinistro, deve apontar as provas que embasaram a sua conduta.*
>
> *Ademais, se essa exigências está prevista no contrato de seguro (que é de adesão), é obrigação da requerida prover meios de comprovar a data e horário de cadastro dos motoristas, sob pena de ter que indenizar, até mesmo porque, como dito alhures, nestes casos a boa-fé é presumida e a má-fé deve ser comprovada.*
>
> *Com efeito, é inadimissível que a seguradora queira se abster de indenizar a parte segurada fundamentando-se apenas em afirmações unilaterais, sem respaldo algum em provas concretas, isso porque é seu o ônus provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, a teor do art. 333, II, do CPC.*
>
> *Desse modo, considerando que não há qualquer prova de que a segurada tenha agravado os riscos do sinistro, deve o pedido de indenização ser julgado procedente." (f. 387/388)*

Ademais, extrai-se do documento de f. 74 que foi realizada a "averbação" antes do início da viagem, que segundo o glossário de termos técnicos emitido pela própria seguradora, consiste no documento comprobatório da efetivação do embarque das mercadorias objeto do seguro. (f. 325)

E conforme a cláusula 13 do contrato (f. 65), a simples digitação dos dados no coletor garante o seguro, desde que realizada antes do início do trajeto.

Por essa razão, se a autora comprovou ter comunicado a seguradora sobre o embarque das mercadorias, fato este inclusive chancelado pela mesma mostra-se devida a indenização.

Consigne-se que diante da aplicabilidade do CDC no caso em apreço, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), aliadas é claro ao conjunto fático-probatório.

Desse modo, se ficou demonstrado o embarque das mercadorias e não tendo a requerida comprovado as suas alegações, não há falar em reforma da sentença.

Do sinistro ocorrido na data de 31/10/2011

Conforme documentos de f. 85 e seguintes, na data de 31/10/2011, o caminhão VW/2.4 250 CLC 6X2, ano 2011, cor branca, placas AHG-1750/PR, rastreado, conduzido pelo Sr. Rodrigo Gonçalves de Souza, que transportava produtos da requerente, foi tomado em assalto, no Estado do Rio de Janeiro, Município de Nova Iguaçu. As mercadorias roubadas somavam a cifra de R$ 105.202,79.

A requerida, quando da negativa do pagamento da indenização securitária, argumentou que no relatório de mensagens constou "sensor de violação de painel", ou seja, antes do início da viagem o rastreamento já apresentava problemas. (f. 180/181)

Em que pesem os seus argumentos (seguradora), tenho que a razão está com a autora.

Não obstante o relatório de mensagens do rastreador ter constado a informação "painel violado" no início da viagem (f. 104/179), observa-se pelo documento expedido pela empresa responsável pelo rastreamento (f. 89), que toda a trajetória do veículo, a contar do início do seu percurso, foi informada e acompanhada pela empresa de segurança, de maneira que o sistema via satélite estava funcionando, ainda que parcial.

É o que se pode extrair do documento de f. 88/89, que assim descreve a trajetória do veículo desde o dia 26/10/2011 até o dia do sinistro (31/10/2011), vejamos:

> *"Conforme solicitação de monitoramento datada de 26/10/2011 enviada pelo cliente Fibrasil Alimentos Ltda, o veículo de placa AHG 1750 iniciou viagem as 17:59 hs deste dia com destino a cidade de São João do Meriti-RJ.*
>
> *O veículo efetuou paradas eventuais dentro da sua rota seguindo viagem em total normalidade conforme relatório de posições em anexo.*
>
> *No dia 27/10 o veículo efetuou pernoite na cidade de Rezende-RJ, após o seu reinício de viagem no dia 28/10 o mesmo seguiu para cidade de Mesquita-RJ efetuando entregas na cidade.*
>
> *Ainda no dia 28/10 o veículo efetuou entregas na cidade de São João do Meriti-RJ e Magé-RJ efetuando parada nesta cidade, dessa forma foi encaminhado ao veículo o comando de bloqueio no dia 29/10 conforme procedimento operacional da Central UPPER Gerenciamento de Risco. O motorista Sr. Rodrigo solicitou o reinício as 09:40 hs do dia 29/10.*
>
> *No dia 29/10/2011 efetuou pernoite na cidade de Itaguai-RJ sendo encaminhado comando de bloqueio ao veículo e somente reiniciou no dia 30/10 as 11:59 hs.*
>
> *Ainda no dia 30/10 o veículo se deslocou para a cidade de Nova Iguaçu-RJ onde efetuou parada no Posto Relógio efetuando pernoite neste local, solicitando reinício de viagem as 06:04 do dia 31/10. Após o seu reinício de viagem, seguiu dentro de sua rota para entregas naquela cidade.*
>
> *O proprietário do veículo entrou em contato com a Central UPPER Gerenciamento de Risco neste dia 31/10/2011 para informar que o veículo e carga haviam sido roubados na cidade de Nova Iguaçu-RJ. Imediatamente efetuamos o bloqueio do veículo as 10:00 hs, pois o mesmo continua posicionando normalmente junto a tecnologia. Em seguida efetuamos o acionamento da reguladora Wagner para regulação do sinistro, conforme protocolo 67183.*
>
> *Ato contínuo, conforme procedimento de segurança adotado pela UPPER Gerenciamento de Risco, entramos em contato com os órgãos competentes da região onde o veículo foi roubado (...)"*

Como se pode perceber, a empresa de rastreamento relatou com detalhes toda a trajetória percorrida pelo veículo da empresa autora, mormente as paradas, horários, entregas, acionamento de bloqueio e desbloqueio do caminhão, concluindo assim que o sistema de rastreamento foi capaz de monitorar todo a trajetória do caminhão, desde o início da viagem até a data do sinistro.

Desse modo, pode-se dizer que tal fato não é capaz, por si só, de afastar a responsabilidade da empresa seguradora, uma vez que a viagem do preposto da empresa autora foi monitorada a todo momento. Diverso seria caso se o sistema de segurança não registrasse nenhuma informação desde o início do percurso, e mesmo assim a empresa autora seguisse viagem por conta e risco.

Esclareça-se ademais, que muito embora tenha validade as cláusulas de gerenciamento de risco, o fato é que elas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, além do que, como já fundamentado, foi perfeitamente possível o monitoramento do veículo, conforme documento de f. 89.

Outrossim, verifica-se que a empresa autora solicitou o monitoramento do veículo como de praxe (f. 91), inclusive com a averbação da viagem, que consiste no documento comprobatório da efetivação do embarque das mercadorias objeto do seguro. (f. 101/103)

Logo, a autora merece ser indenizada pelos prejuízos advindos do sinistro ocorrido no dia 31/10/2011.

Do sinistro ocorrido no dia 07/12/2011

Consoante documentos de f. 182 e seguintes, na data de 07/12/2011, o caminhão VW/14.210, ano 1990, cor branca, placas BTS-0314, rastreado, conduzido pelo Sr. Pedro Marusiak Filho, que transportava produtos da Requerente, foi tomado em assalto, no Estado de São Paulo, Município de Tatuí. As mercadorias roubadas somavam a cifra de R$ 192.509,22.

A requerida, quando da negativa do pagamento da indenização securitária, argumentou que o embarque não estava rastreado/monitorado. (f. 308/309)

As provas dos autos são no sentido contrário às alegações da requerida.

Conforme documento de f. 190 a parte autora, na data de 06/12/2011 requereu a solicitação de monitoramento de seu veículo, que iria transportar carne bovina resfriada, cujo valor era de R$ 192.509,22, com previsão de saída de Caarapó no dia 06//12/2011 às 16:00 horas e chegada à Nova Iguaçu/RJ em 08/12/2011.

Os documentos de f. 193/194; 204/208 e 215 e seguintes demonstram que o veículo estava sendo rastreado/monitorado, caindo por terra as alegações da seguradora, de modo que a sua negativa não tem fundamento.

No mesmo diapasão são os fundamentos do julgador *a quo*:

> *"A Requerida alega que o veículo não estava monitorado no momento do embarque e que, devido a isso, não tem o dever de indenizar.*
>
> *Sem razão a requerida, isso porque os documentos juntados aos autos, especialmente às fls. 182/249 comprovam o monitoramento do veículo muito antes do momento do embarque, o que lança por terra a alegação de que a carga não estava sendo monitorada durante o embarque.*
>
> *Ademais, as simples alegações da autora, despidas de qualquer conteúdo probatório, não servem para desconstituir a prova documental juntada pela requerente.*
>
> *Diante disso, tendo a Segurada cumprido com as cláusulas contratuais de gerenciamento de risco, está provado que não agravou o risco de ocorrência do sinistro, razão pela qual deve ter seu pedido deferido para que a requerida seja condenada ao pagamento da indenização securitária." (f. 388/389)*

Destarte, não merece reforma a sentença.

Esclareça-se ainda, que o risco na atividade de seguros é da seguradora, procurando o consumidor acobertar-se de algum tipo de prejuízo, decorrente de evento futuro e incerto; in casu, o ordinário ao transporte de mercadorias, de modo que não pode a seguradora oferecer um produto no mercado, calcular o preço, consequentemente do prêmio a ser pago, e depois se eximir de sua responsabilidade contratualmente prevista.

Das perdas e danos

A autora sustenta ser inegável a ocorrência de perdas e danos, uma vez que, tendo sua mercadoria sido roubada e a seguradora se recusado a pagar a indenização, a requerente viu sair do seu fluxo de caixa a quantia de R$ 105.202,79. Em razão disso, não conseguiu movimentar este dinheiro para fomentar suas atividades, o que, sem sombra de dúvidas, ocasionou lucros cessantes.

No que concerne aos danos materiais, é assente na jurisprudência de que estes devem ser comprovados, vejamos:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – VALOR DOS DANOS MORAIS MANTIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *É indispensável a prova dos danos materiais para ensejar a indenização (...)"* (TJMS - Apelação - Nº 0060091-39.2006.8.12.0001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 27 de novembro de 2012)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.* (Apelação Cível Nº 70048357529, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 10/10/2012)" (TJ-RS - AC: 70048357529 RS , Relator: Rubem Duarte, Data de Julgamento: 10/10/2012, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2012).

No caso dos autos, os valores apresentados pela autora como prejuízo material se referem exatamente à própria indenização concedida, razão pela qual, em sendo esta concedida não há falar em perdas e danos, mormente porque a autora não comprovou outros prejuízos sofridos, ônus este que lhe competia, nos termos do art. 333, I.

Logo, não há albergar a pretensão autoral nesta parte.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro A técnica de elaboração da sentença civil, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que *"a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei*".

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *"E M E N T A - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA - NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS.*

> *A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza."* (Embargos de Declaração - Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER - EMBARGOS REJEITADOS. "* (Embargos de Declaração Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos, dou parcial provimento ao recurso interposto pela autora tão somente para condenar a requerida ao pagamento de R$ 105.202,79 (cento e cinco mil, duzentos e dois reais e setenta e nove centavos), acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CC, art. 405) e correção pelo IGP-M/FGV, a partir do pedido administrativo de pagamento de seguro. Quanto ao recurso interposto pela requerida nego-lhe provimento.

Tendo em vista que a parte autora decaiu minimamente de seu pedido, condeno a requerida ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, estes nos valores fixados pela sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de fibrasil alimentos ltda e negaram provimento ao apelo de Ace Seguradora S/A, 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, 30 de outubro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0826845-72.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO – INADIMPLEMENTO DO ADQUIRENTE – CONTRATO RESCINDIDO – RETORNO DAS PARTES AO *STATU QUO ANTE* – PAGAMENTO DE TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL – POSSE DO BEM – PERCENTUAL DE 0,5% SOBRE O VALOR DO IMÓVEL – VALOR RAZOÁVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A chamada taxa de fruição é imposta ao promitente comprador quando o compromisso de compra e venda é rescindido e o promitente vendedor obrigado a restituir as parcelas já pagas (ou parte delas). Com a resolução da avença, e o retorno dos contratantes ao *statu quo ante*, aquele que utilizou do bem por certo período deve indenizar o proprietário, desde a data da posse, sob pena de enriquecimento sem causa. No caso concreto, para não incorrer em decisão *ultra petita*, deve ser considerado como termo inicial da taxa de fruição a data da inadimplência.

É razoável a fixação de taxa de fruição no valor correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor do imóvel quando se trata de terreno com 360 m², sem edificação e não localizado no centro da cidade.

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, 7 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Leal Marques Empreendimentos Ltda interpõe Apelação em face da sentença prolatada pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos nesta ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos movida em face de João Carlos Garcia da Luz.

Nas suas razões recursais a apelante alega que o apelado encontra-se inadimplente desde o dia 10 de setembro de 2009, sendo este o termo inicial para a aplicação da fruição do imóvel, e não o período fixado na sentença (julho de 2013).

Alega ainda que deve ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) referente à taxa de fruição.

Ao final, requer o provimento do recurso. (fls. 75-82)

Sem contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de Apelação interposta por Leal Marques Empreendimentos Ltda em face da sentença prolatada pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nesta ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos movida em face de João Carlos Garcia da Luz.

Consta nos autos que no dia 16/01/2007 o apelado adquiriu da apelante, por meio de compromisso de compra e venda, o lote de terreno determinado pelo nº 06, da quadra 61, loteamento denominado Portal Caiobá I, matrícula nº 24.748 do CRI da 2ª Circunscrição de Campo Grande, cujo valor de R$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais) seria pago em 84 parcelas mensais.

Consta ainda que o apelado tornou-se inadimplente a partir da 16ª prestação, o que motivou a apelante a ajuizar a presente demanda de rescisão contratual.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar rescindido o contrato e condenar o apelado ao pagamento de indenização pela fruição do imóvel, equivalente a 0,5% sobre o valor do imóvel referente a cada mês, entre julho de 2013 até a efetiva desocupação; à perda de 25% das parcelas pagas, a título de cláusula penal; e ao pagamento do IPTU referente ao imóvel, no valor de R$ 575,80. Determinou ainda a reintegração de posse da apelante sobre o imóvel, condicionada à prévia restituição de 75% dos valores pagos pelo apelado, admitindo-se a compensação entre os débitos e créditos recíprocos. (fls. 67-72)

Nas suas razões recursais a apelante alega que: a) o apelado encontra-se inadimplente desde o dia 10 de setembro de 2009, sendo este o termo inicial para a aplicação da fruição do imóvel, e não o período fixado na sentença (julho de 2013 até a devida desocupação); b) deve ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) referente à taxa de fruição.

Primeiramente, com relação ao termo inicial da taxa de fruição, verifico que a sentença considerou o mês de julho de 2013, quando o apelado foi constituído em mora (fl. 71-72).

Pois bem, a chamada taxa de fruição é imposta ao promitente comprador quando o compromisso de compra e venda é rescindido e o promitente vendedor obrigado a restituir as parcelas já pagas (ou parte de delas). Nesse caso, com a resolução da avença, e o retorno dos contratantes ao *statu quo ante*, aquele que utilizou do bem por certo período deve indenizar o proprietário, desde a data da posse, sob pena de enriquecimento sem causa.

Convém lembrar que a taxa de fruição não representa pena na acepção técnica do termo, mas sim verdadeiro aluguel pelo tempo de permanência no imóvel.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. TAXA DE FRUIÇÃO. CABIMENTO. PERÍODO DE UTILIZAÇÃO DO BEM. IMÓVEL. INACABADO E IMPRÓPRIO PARA HABITAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.*
>
> *(...)*
>
> *2. Tendo sido ordenada a rescisão do contrato, com a devolução de todos os valores corrigidos pagos à construtora, justifica-se o desconto da taxa de fruição* ***relativa ao período em que o devedor ocupou o bem****.*

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Ag 1244684/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012)

E M E N T A APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – INADIMPLEMENTO DOS PROMITENTES COMPRADORES – TAXA DE FRUIÇÃO EM 1% DO PREÇO DO IMÓVEL POR MÊS DE OCUPAÇÃO – CUMULAÇÃO COM A CLÁUSULA PENAL – POSSIBILIDADE – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PELO PROMITENTE COMPRADOR – PARCELA ÚNICA E NA FORMA SIMPLES – RECURSO DAS AUTORAS PROVIDO – RECURSO DO REQUERIDO PREJUDICADO.

(...)

É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo o percentual de 1% sobre o valor do bem, tal qual como disposto no contrato, ***a partir da data da sua posse no imóvel até a desocupação do bem****.*

(...) (TJMS - 3ª Câmara Cível - Apelação Nº 0003328-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Eduardo Machado Rocha - J. 19 de novembro de 2013)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - RECURSO DA PROMITENTE COMPRADORA - ILICITUDE DO CONTRATO - PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - CARACTERIZAÇÃO DA MORA - INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NAS PARCELAS A SEREM RESTITUÍDAS A FAVOR DA PROMITENTE COMPRADORA A PARTIR DA CITAÇÃO - TAXA DE FRUIÇÃO DEVIDA - PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO - RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

(...)

III - Face a rescisão da avença, com a devolução de todos os valores corrigidos pagos à promitente-vendedora, resta justificado o desconto da taxa de fruição, contratualmente prevista, ***relativa ao período em que a promitente-compradora ocupou o bem****.*

(...) (TJMS - 3ª Câmara Cível - Apelação Nº 0141212-5.207.8.12.001 - Campo Grande - Relator Des. Marco André Nogueira Hanson - j. 1 de dezembro de 2012)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – TERMO INICIAL – TAXA DE FRUIÇÃO – DATA DA ENTRADA NA POSSE DO IMÓVEL – RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS – DEVIDA DESDE A ENTREGA DO BEM – QUESTÃO JÁ DECIDIDA – COISA JULGADA – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Considerando que o conceito da palavra fruição está relacionado com o exercício da posse, a taxa de fruição somente ***é devida durante o período em que foi efetivamente exercida a posse sobre o imóvel****.*

(...)

4. Recurso conhecido e não provido. (TJMS - Terceira Turma Cível - Apelação Cível N. 2011.034697-9/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - J. 6.12.2011)

Entretanto, para não incorrer em decisão *ultra petita*, deve ser considerado como termo inicial da taxa de fruição a data da inadimplência, ou seja, setembro de 2009 (fl. 35), conforme pleiteado neste apelo.

Esclareço que embora a notificação do apelado tenha ocorrido somente em julho de 2013 (fl. 39), observo da planilha de fls. 35-36 que o inadimplemento teve início a partir do mês de setembro de 2009, que diante da revelia deve ser tida como verdadeira.

Portanto, deve ser provido o recurso neste ponto, a fim de estabelecer como termo inicial da taxa de fruição o dia 10/09/2009.

A apelante sustenta ainda que deve ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) referente à taxa de fruição.

Com efeito, conforme já dito acima, nos casos de rescisão contratual por inadimplemento é devido o pagamento da chamada taxa de fruição ou aluguel pela utilização do bem, até a sua desocupação.

Denoto que no caso o juízo de origem fixou a aludida contraprestação no percentual mensal de 0,5% (meio por cento) sobre o valor do imóvel, quantia esta que é razoável para o caso concreto.

Existe jurisprudência acerca do tema no sentido de ser devida a taxa de fruição nos casos de rescisão contratual por inadimplemento no patamar equivalente a 1% (um por cento) sobre o valor do bem, confira:

> *APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO CONTRATUAL – INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – ENCARGOS DE FRUIÇÃO DEVIDOS A PARTIR DA IMISSÃO NA POSSE – 1% SOBRE O VALOR DO IMÓVEL – PREVISÃO EM CONTRATO – RAZOABILIDADE DO PERCENTUAL – RECURSO DA AUTORA PROVIDO – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.* (TJMS - 2ª Câmara Cível - Apelação Nº 0365307-34.2008.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Atapoã da Costa Feliz - J. 24 de junho de 2014)

Entretanto, no caso em apreço, a situação é diferente, tendo em vista que o objeto do contrato foi um terreno sem edificação, com área de 360 m², e não localizado no centro da cidade (Bairro Portal Caiobá). Portanto, é desproporcional a exigência de aluguel de terreno à razão de 1% (um por cento) sobre o seu valor.

Diante disso, não merece reparos a sentença nesta parte.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, tão somente para estabelecer como termo inicial da taxa de fruição o dia 10/09/2009.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000062-64.1996.8.12.0036 - Inocência
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ACORDO ASSINADO PELO REPRESENTANTE LEGAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DANDO QUITAÇÃO À DÍVIDA EXECUTADA – ALEGAÇÃO DE CONDIÇÃO PENDENTE PARA VALIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A conseqüência do descumprimento da regra é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*).

2. Tendo o excipiente juntado aos autos documento assinado pelo representante legal da instituição financeira, dando quitação integral à dívida, ausente prova de que pendia condição para sua validade, impositiva a manutenção da sentença que julgou procedente a exceção de pré-executividade apresentada.

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, 11 de novembro 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 Vara Única da Comarca de Inocência, nos autos da Exceção de Pré-Executividade movida Luzimar Mariano de Queiroz.

Em síntese, alega que:

I - *"o único fato incontroverso nos autos, é que, o acordo 1, entabulado no ano de 1998, não foi cumprido. Pois, o Apelado é claro ao dizer às fls. 126, ao dizer que teria liquidado a obrigação, após proposição e consentido pelo Apelante, sem a anuência dos patronos do mesmo, de acordo extrajudicial para quitação exclusiva da pendência bancária por R$ 5.000,00 (cinco mil reais)(depósito de fls. 137), afirmando implicitamente não ter realizado outros pagamentos"*, razão pela qual não há como se concluir que a promessa realizada no ano de 2012 foi cumprida;

II – o requerido não efetuou o pagamento acordado de R$ 12.000,00, motivo pelo qual *"não possui como comprovar o pagamento de tal quantia, somente dos R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que efetivamente pagou, ou seja, menos da metade da dívida, fora os honorários e custas judiciais avençados";*

III - *"não é de conhecimento dos patronos nem do Apelante a existência do acordo extrajudicial mencionando pelo apelado, e o mesmo não possui nenhum documento que comprova a existência do acordo extrajudicial que diz ter sido realizado entre as partes para liquidação da pendência por R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Caso tivesse sido acordado e realizado desta forma, ainda estariam pendentes o pagamento dos honorários de advogado arbitrados nos autos de 10% do valor do débito, não sendo caso de extinção do feito".*

Postula, ao final, a insubsistência da sentença com o regular prosseguimento do feito pelo valor inicial do débito. Subsidiariamente, que seja declarado *"extinto o débito existente entre Apelante e Apelado, porém, ordenado o prosseguimento do feito pelo valor dos honorários arbitrados nos autos em 10%, vez que, não pagos até o momento, invertendo-se o ônus da sucumbência (fls. 184) ou os dividindo de forma reciproca".*

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

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 Vara Única da Comarca de Inocência nos autos da Exceção de Pré-Executividade manejada por Luzimar Mariano de Queiroz.

Em apertada síntese, defende a instituição financeira que o documento anexado às f. 133-134 dos autos fora assinada pelo causídico que o representa e entregue ao apelado para que *"assinasse mediante a comprovação do depósito da quantia de R$ 12.000,00"*, que não realizou, motivo pelo qual não há se falar em cumprimento do acordo entabulado. Vejamos trecho extraído do petitório de f. 142-144 que bem esclarece a tese ventilada:

> *"Diante da promessa do excipiente em efetuar o pagamento da referida importância, foi assinado pelo referido advogado o documento de f. 115/116 (atual f. 133-134) para que o excipiente assinasse mediante a comprovação do depósito da quantia de R$ 12.000,00 (doze mil reais).*
>
> *O excipiente levou consigo uma cópia do documento para que seu advogado o examinasse, alegando que retornaria com o documento assinado e com o comprovante de depósito da quantia nele mencionada para ser protocolado o pedido de extinção da execução e, mais uma vez, não cumpriu com o combinado, tendo em vista que não efetuou o depósito do referido valor." (f. 143)*

O apelado, por sua vez, insiste que quitou a dívida e que a petição assinada pelo representante legal do banco apelante é a prova de tal pagamento.

O caso se subsume à regra inserta no artigo 333 do Código Civil, segundo o qual a prova do fato compete à quem o alega. Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

> *O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica.*

> *Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados* (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor – *in casu,* apelado - fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. A propósito do tema, colhe-se da doutrina:

> *Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).*
>
> *Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (allegatio et non probatio quasi non allegatio), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias (quaestiones facti), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão -- ônus da prova.*
>
> *[...]*
>
> *O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação -- ensina CARNELUTTI -- é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar -- escreve ele -- a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas* (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A conseqüência do descumprimento da regra é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*[1]).

Dito isso, cabia ao excipiente, ora apelado, comprovar que quitou a dívida e à instituição bancária que não houve o cumprimento do acordo entabulado como defendem nas razões de apelo.

Analisando a documentação colacionada aos autos, constata-se que em 1998 as partes transacionaram (f. 46/47), tendo sido informado o descumprimento do acordo às f. 60/61.

Postulada a continuidade do feito executivo com o praceamento de bens do devedor, o apelado apresentou exceção de pré-executividade (f. 125-128) onde alega a quitação da dívida, juntando às f. 131-138 documentos a corroborar sua tese.

1 Se o autor não prova, o réu é o absolvido.

Especificamente à f. 133 encontra-se a petição cuja validade se discute nestes autos. Dela se extrai que o causídico que a assina, qual seja, Dr. Antônio dos Anjos C. Maia (mesmo subscritor das demais peças processuais anteriores a este apelo), recebeu do executado a quantia de R$ 12.000,00 (doze mil reais), dando quitação à dívida executada.

Para que não restem dúvidas, vejamos:

> *"BANCO BRADESCO S/A, já qualificado nos autos da Execução em epígrafe (036.96.000062-9), que promove contra LUZIMAR MARIANO DE QUEIROZ e OUTRO, vem respeitosamente perante V. Exa., via do advogado que esta subscreve, informa que recebeu do executado Luzimar Mariano de Queiroz o valor integral da crédito exigivo nesta execução, nos termos ao acordo firmado aos 05/12/1998.*
>
> *Diante do pagamento realizado pelo executado nos termos do acordo noticiado nos autos, no valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais), o exequente e executado dão quitação mútua das relações comerciais baseadas nos contatos firmados na conta 3683 da agência 0581 do exequente, para que nada mais venha ser reclamado após a homologação deste acordo, quanto a eventual prejuízo ou dano de natureza material ou moral." (sic – f. 133)*

Veja-se, em nenhum momento se vinculou a quitação ao depósito do valor em conta corrente, sendo claro o documento no sentido de que houve o recebimento do valor indicado[2].

Dessa feita, inconteste que o excipiente se desincumbiu do ônus que lhe fora imposto pelo art. 333, I, do CPC, uma vez que trouxe aos autos documento dando quitação integral à dívida executada.

Por sua vez, a instituição financeira apenas alegou que o instrumento pendia de condição para sua validade, nada comprovando neste sentido.

Importa destacar, neste turno, que não se está diante de pessoa leiga ou de parcos conhecimentos jurídicos, mas sim de advogado de renome, procurador há anos de uma das maiores instituições financeiras, não sendo crível que tenha assinado petição, dando quitação à dívida executada e a entregue ao devedor sem que tal reflita a realidade do caso.

Aliás, como bem destacou a insigne julgadora de primeira instância, *"os fatos alegados pelo banco exequente não são merecedores de credibilidade, pois não se espera que uma instituição financeira, da envergadura do Banco Bradesco S/A, por meio de seu advogado, assine uma quitação de dívida e a entregue ao devedor, na confiança de que este venha a pagar-lhe posteriormente, ou seja, qualquer pessoa, por mais simples que seja, não entrega ao seu devedor a quitação de uma dívida antes de constatar o efetivo pagamento dela"* (f. 155).

Dito isso, correta a sentença que reconheceu o pagamento da dívida executada, julgando procedente a exceção de pré-executividade apresentada pelo ora apelado.

Quanto ao pleito subsidiário, também não merece guarida haja vista ter constado expressamente daquele instrumento que *"cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados, pleiteando as partes pela não condenação em honorários advocatícios"*.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

2 *"(...) Informa que recebeu do executado Luzimar Mariano de Queiroz o valor integral da crédito exigido nesta execução (...)"*

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0060790-54.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA DE SERVIÇO *HOME CARE* – CONTEMPLAÇÃO ANTERIOR SEM RESTRIÇÃO – PRESCRIÇÃO MÉDICA - INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO CONTRATO DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANO MORAL – RECURSO PROVIDO.

A ausência de exclusão expressa do serviço *home care* e a sua prestação por duas vezes pela empresa de plano de saúde à paciente, implica concluir que se deve atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade, mormente em se tratando de relação de consumo, em que as cláusulas do contrato devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

A cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, caput e n.º III, e 51, n.º IV, do CDC).

Há falha na prestação do serviço, quando a empresa de plano de saúde após consentir, por mais de uma vez, a realização de tratamento não estipulado expressamente no contrato, o nega em outro momento, sem qualquer critério valorativo, apenas sob o argumento de ausência de previsão contratual, porque implica quebra da confiança até então estabelecida entre as partes e porque viola os princípios da boa-fé objetiva e da equidade (artigos 4º, 7º, 47 e 51, do CDC), norteadores das relações de consumo.

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, 16 de dezembro de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator, em subst. legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de apelação cível interposta por Tânia Aparecida Dias Tosta, representada por Eduarda Elenias Dias Tosta, contra decisão proferida pelo juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de obrigação de fazer com tutela antecipada e danos morais movida contra Unimed Campo Grande, julgou improcedentes os pedidos de reconhecimento de seu direito de receber a cobertura do serviço de *home care,* bem como a indenização por danos morais.

Alega, em síntese, que:

1) seu pedido de cobertura do serviço *home care* tem fundamento nas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 9.656/98, sendo que a interpretação das cláusulas do contrato de assistência médico-hospitalar, prestada pela agravada, devem ser interpretadas de forma mais favorável à apelante-consumidora;

2) não há no caso aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que tal serviço não fora expressamente contratado nem excluído, sendo incoerente considerar tal princípio para a hipótese;

3) o benefício – internação domiciliar – fora concedido por duas vezes à recorrente, o que determina que não se trata de liberalidade da recorrida, mas de previsão contratual para tanto, consideradas as regras do CDC e;

4) os danos morais são evidentes, uma vez que se trata de pessoa doente, incapaz e que necessita, com urgência, da internação domiciliar, que lhe foi negada, sem considerar seu quadro crítico de saúde, sendo obrigação contratual da apelada prestar toda a assistência que ela necessita, que o não se efetivou.

Pugna pelo provimento do recurso.

A recorrida apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso, prequestionando os dispositivos legais citados.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Tânia Aparecida Dias Tosta, representada por Eduarda Elenias Dias Tosta, contra decisão proferida pelo juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de obrigação de fazer com tutela antecipada e danos morais movida contra Unimed Campo Grande, julgou improcedentes os pedidos de reconhecimento de seu direito de receber a cobertura do serviço de *home care,* bem como a indenização por danos morais.

Cinge-se a controvérsia ao alegado direito da apelante ao fornecimento do serviço de *home care* a ser prestado pela apelada e à sua responsabilização por danos morais, pela recusa indevida ao mencionado serviço.

É incontroverso que a situação colocada versa sobre relação de consumo, sendo que a apelante enquadra-se no conceito de consumidora, descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e a apelada no de fornecedor, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal.

Do mesmo modo, não há dúvida de que a recorrente mantém contrato de prestação de serviços médico-hospitalares com a Unimed há mais de 18 anos (contrato de f. 20-28), sendo que é portadora de uma doença denominada distrofia muscular degenerativa, que lhe causa sérias limitações, tendo que se utilizar de cadeira de rodas, fraldas descartáveis e alimentação por sonda.

Por esse motivo, afirma a recorrente que necessita de cuidados médicos sob o sistema de internação domiciliar da Unimed, conforme recomendação médica (f. 30), já que a internação hospitalar pode agravar seu quadro de saúde, pois corre o risco de contrair infecção hospitalar, como já ocorreu anteriormente, conforme documento de f. 48-50.

No entanto, tal serviço lhe está sendo negado pela apelada, sob o fundamento de que o serviço na modalidade *home care* não fora contratado, tendo sido autorizado, em outras duas ocasiões, por mera liberalidade.

Observa-se que a recorrente, em razão de sua enfermidade e do quadro clínico de infecção bacteriana que apresentou, foi internada no dia 20.09.2011 no hospital da Unimed (f. 52), sendo que no dia 20.10.2011 a médica responsável pelo acompanhamento da apelante solicitou que os procedimentos necessários ao tratamento da paciente fossem realizados por meio da internação domiciliar (f. 30), informando, ainda, que se trata de paciente totalmente dependente de cuidados, apresentando doença infectocontagiosa, solicitando também fisioterapia motora, respiratórios, oxigenioterapia e nutricionista.

Entretanto, em resposta a tal solicitação, a Dra. Érica Abel da Silva, médica reguladora da Unimed em casa, apresentou relatório pela negativa do pedido de internação domiciliar, contrariando parecer de f. 30.

No mesmo relatório verifica-se que a recorrente tem diagnóstico de "*distrofia muscular, pneumonia, diarréia em uso de antibioticorerapia endovenosa, bipap contínuo, traqueostomizada com necessidade de aspirações traqueais freqüentes, grastostomizada, desnutrida, com perda muscular severa e dieta via gastrostomia, apresenta hemocultura e cultura de secreção traqueal positiva para pseudomonas aeruginosa com indicação de isolamento de contato*."

Nesse contexto, tenho que, ainda que o serviço na modalidade *home care* não esteja previsto no contrato firmado entre as partes, não há cláusula expressa que o exclua, isso somado ao fato de que fora disponibilizado à apelante por duas vezes, o que, inclusive, foi confirmado pela própria apelada; tal leva a concluir que essa questão deve ser interpretada de forma mais favorável ao consumidor, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade (artigos 4º, 7º, 47 e 51, do CDC), norteadores das relações de consumo.

Outro fator a ser considerado é que se trata de contrato de adesão, em que uma das partes – no caso a empresa de plano de saúde - dispõe de forma unilateral as cláusulas e a outra (consumidor - paciente) a elas adere, sem nenhuma participação na sua elaboração, sendo considerado, por isso, o consumidor, a parte mais fraca nessa modalidade de relação jurídica. Portanto, vê-se que a norma consumerista, ao dar tratamento diferenciado aos sujeitos da relação de consumo, conferindo maiores prerrogativas ao consumidor, nada mais fez do que aplicar e obedecer ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente partes desiguais.

A respeito da matéria, sintetiza Nelson Nery Júnior, *verbis*:

> *"Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade; c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, caput e n.º III, e 51, n.º IV, do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação)".*

Por seu turno, o julgador monocrático fundamentou sua decisão apenas no fato de que a internação domiciliar não havia sido convencionada, mas, ao contrário estaria excluída expressamente, conforme cláusula 7.1 "f" (f. 118), no entanto, tal conclusão não condiz com os elementos colacionados aos autos.

Isso porque não se trata de enfermagem em caráter particular, mas de serviço denominado *home care* ou assistência domiciliar, que é uma modalidade continuada de prestação de serviços na área da saúde, que visa à continuidade do tratamento hospitalar no domicílio, realizado pela equipe multidisciplinar com a mesma qualidade, tecnologia e conhecimento, regulamentada pela Anvisa por meio da Resolução nº 11 em 30.01.2006, propiciando a estabilidade clínica e a superação do grau de dependência do paciente, reunindo no conforto domiciliar os cuidados e a atenção especializados.

Além do mais, o atendimento domiciliar evita a permanência prolongada no hospital, a interrupção do cuidado ao paciente e o distanciamento dos profissionais envolvidos no tratamento.

Além de todos esses benefícios, há sim a possibilidade de se diminuir o risco de infecções, tão comuns nas unidades hospitalares, fato esse mencionado pela médica que subscreveu o pedido de internação domiciliar.

Gizo que o pedido de internação domiciliar foi encaminhado por médica que integra o quadro de cooperados da empresa apelada, o que reafirma a indicação dessa forma de tratamento para a apelante, não havendo justificativa plausível para mantê-la sob internação hospitalar.

Com efeito, ressalto que a boa-fé objetiva deve estar presente de modo marcante no momento das tratativas para o aperfeiçoamento do contrato de adesão e, em razão disso, a cláusula genérica e imprecisa, como no caso, deve ser interpretada em prol do consumidor, já que o contrato de plano privado de assistência à saúde, pela sua própria natureza de contrato de risco, deve, de modo casuístico e exaustivo, estabelecer quais situações estariam excluídas da previsão de atendimento médico, o que não ocorreu na hipótese, ao contrário do que entendeu o magistrado de primeiro grau.

Assim, entendo que a decisão singular não apresenta a melhor interpretação da questão à luz dos princípios norteadores das normas que regem as relações de consumo, como no caso.

Voltando a questão da ausência de contratação expressa do sistema *home care*, tese alegada pela apelada, vejo que o contrato prevê a internação hospitalar e a Lei 9656/98 veda a limitação de prazo, valor máximo e quantidade de internações (artigo 12, II, da Lei). Assim, sob qualquer aspecto que se visualize a questão não há elementos para se negar a continuidade da internação da apelante, em domicílio, evitando-se a sua permanência no hospital de maneira desnecessária e até mais custosa para o plano de saúde.

Ademais, como já afirmado, a necessidade do tratamento restou cabalmente demonstrada conforme documentos médicos acostados aos autos, também é inconteste o estado de saúde da apelante, bem como que já houve autorizações anteriores da recorrida para a internação domiciliar, o que determina reconhecer que a cobertura para essa modalidade de tratamento é direito da apelante, devendo seu pedido ser acolhido.

Por todas essas considerações, entendo que neste ponto a decisão guerreada deve ser reformada.

Dos danos morais.

Sem dúvida, a negativa de cobertura denota falha na prestação do serviço, mormente considerados os fatores já mencionados acima, ensejando a reparação dos morais.

Isso porque, restou devidamente comprovado que a apelada, ao negar a prestação de serviço *home care* à apelante, após tê-la concedida em outras oportunidades, frustrou a expectativa da paciente, abusando do vínculo de confiança até então estabelecido, pela aparência de contratação do serviço que a própria apelada fez transparecer, mormente se considerado que foi uma das médicas integrante da cooperativa que indicou o referido tratamento, por ser mais benéfico ao paciente.

De outro modo, considerando-se o tipo de serviço prestado pela cooperativa apelada, não obstante as regras de direito do consumidor, às quais deveria curvar-se o magistrado singular, o interesse precípuo a ser observado é a preservação da vida e da saúde do paciente, as quais se sobrepõem ao interesse econômico decorrente do contrato firmado entre as partes.

Assim, não resta dúvida da falha na prestação do serviço e da existência de dano moral a ser indenizado pela apelada.

Estabelecida, pois, a responsabilidade da recorrida em indenizar o autor, passo à fixação do *quantum* indenizatório.

Nossos Tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado com equidade, levando-se em conta a moderação e prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade, para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes.

Nesse contexto, na fixação dos danos morais, compete ao julgador observar as melhores regras ditadas para a sua fixação, atento às finalidades compensatória, punitiva e preventiva ou pedagógica e aos princípios gerais da prudência, bom senso, proporcionalidade, razoabilidade e adequação, tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras do ofendido, assim como o grau do abalo moral experimentado, a repercussão da restrição e a preocupação de, simultaneamente, não se permitir que a reparação se transforme em fonte de renda indevida, nem seja tão parcimoniosa que estimule a parte ofensora a reincidir em procedimentos assemelhados.

Vale ressaltar que cada vez mais o caráter pedagógico tem prevalecido na fixação de indenizações por dano moral, com o propósito não só de recompor o desconforto moral experimentado pelo consumidor, mas, *a fortiori*, de servir como efeito de emenda ao mau fornecedor de bens ou serviços, para que fatos semelhantes não se repitam no futuro.

Assim, sopesando-se, com cautela e bom senso, as circunstâncias fáticas que envolveram a lide, entendo que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) é adequado para reparar a angústia sofrida pela apelante e para desestimular a repetição de condutas assemelhadas por parte da apelada.

No que pertine ao prequestionamento realizado em contrarrazões, entendo que não pode o recorrido, em contrariedade ao recurso de apelação, prequestionar matéria, considerando-se que tal expediente tem a única finalidade de defender a manutenção da sentença.

Ensina Alexandre Freitas Câmara:

> *"Recebida a apelação, por decisão em que se deve declarar os efeitos em que mesma é admitida (art.518), deve-se dar vista do recurso ao apelado, para que – no prazo de quinze dias – ofereça sua impugnação ao recurso (por petição conhecida com o nome de contra-razões).* (In Lições de Direito Processual Civil, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2004, 8ª edição, Volume II, pág.87)."

Ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

> *"(...), mandando dar vista à parte contrária (apelado) para responder."*(*In* Curso Avançado de Processo Civil, V.1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, 9ª edição, pág.559)."

Ensina José Carlos Barbosa Moreira:

> *"A resposta do apelado tem certa analogia com a contestação;"* (*In* Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1976, 2ª edição, Volume V, pág.432)."

A propósito:

> *"CONTRARRAZÕES - FINALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PEDIDO - PROVA - ÔNUS - DESATENDIMENTO PELO DEMANDANTE - CONSEQÜÊNCIA - RECIBO - PROVA DO PAGAMENTO - INEXISTÊNCIA - QUITAÇÃO NÃO FEITA - SENTENÇA MANTIDA*
>
> *1)- Contrarrazões têm a única finalidade de impugnar o pedido, batendo-se pela manutenção da decisão recorrida, não se podendo pretender com ela a reforma da decisão, o que exige apresentação de recurso.*
>
> *2)- Tem demandante o ônus de provar o fato constitutivo do direito que alega ter, nos exatos termos do artigo 333, I, do CPC, e se não o faz, o seu pedido não pode ser atendido. 3)- Para que possa ter pagamento como feito, necessário que se haja recibo, já que nos termos dos artigos 319 e 320 Código CivilBrasileiro, ele é quem dá a certeza do pagamento, e não existindo é de se ter a quitação como não feita.*
>
> *4)- Recurso conhecido e improvido.* (TJDF APC N. 20070111389455, Relator Luciano Vasconcellos, 5ª Turma Cível, julgado em 22/04/2009, DJ 11/05/2009 p. 191)*."*

Ainda que tal análise fosse possível, não há necessidade de manifestação explícita sobre a aplicação ou não deste ou daquele artigo de lei, para que se tivesse a matéria como prequestionada.

Ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

> *"No STJ, após alguma hesitação, predominou o entendimento de que o prequestionamento possa ser implícito. Nesse sentido tem sido decidido pela Corte Especial: "O prequestionamento consiste na apresentação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado"* (STJ, Corte Especial, ED no Resp 162.608, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16-6-1999)."(In Novo Curso de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, 2ª edição, Volume 2, pág.154)*."*

Portanto, não conheço do prequestionamento feito em contrarrazões.

Por todas essas considerações, dou provimento ao recurso, para condenar a apelada a prestar o serviço *home care* à apelante, pelo tempo necessário ao tratamento de sua convalescença e mediante prescrição médica, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, corrigida monetariamente pelo IGPM, a contar desta decisão, nos termos da súmula 362 do STJ e juros de mora a contar do evento danoso, conforme súmula 54 do STJ.

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. 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, 16 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0804056-58.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA RECURSAL – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDORA ESTADUAL – BENEFICIÁRIO MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PREJUDICADO – TERMO INICIAL DATA DO ÓBITO – CORREÇÃO PELO IPCA E JUROS DE MORA APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA – RECURSO PROVIDO.

O neto, dependente econômico de servidora pública estadual, tem direito à percepção da pensão por morte, enquanto estiver cursando ensino superior ou até que complete 24 anos de idade, o que vier primeiro, por aplicação analógica da legislação do imposto de renda (art. 35, §1º, da Lei Federal 9.250/95).

O termo inicial para o pagamento da parcela devida por pensão por morte é da data do óbito, nos termos do art. 55 da Lei Estadual 2.207/00, cuja correção dar-se-a pelo IPCA e juros de mora de acordo com o aplicado em caderneta de poupança.

Fica prejudicado pedido de antecipação de tutela, quando há decisão do mérito do recurso.

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 maioria, vencido o revisor, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de apelação cível, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto por Max William Lirio Reginold contra decisão proferida pelo juiz da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá nos autos de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada movida em face da AGEPREV - Agencia de Previdencia Social do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou improcedente seu pedido, revogando, por consequência, a tutela antecipada, anteriormente concedida.

1) inicialmente pede que lhe seja concedida a antecipação da tutela recursal, afirmando estarem presentes os requisitos legais para tanto, já que encontra-se devidamente matriculado em curso superior e está comprovado nos autos que era dependente econômico de sua avó, a ex-servidora Lecir Cunha, evidenciando-se a verossimilhança da alegação. No que pertine ao perigo da demora, tal decorre da própria natureza do benefício, cujo caráter é alimentar, sendo a referida renda a única percebida para sua sobrevivência.

2) No mérito do recurso propriamente dito, pede a reforma da decisão singular, porque ao contrário do que ponderou o magistrado de primeiro grau, restam comprovados os fatos alegados na inicial, ou seja, que está ele cursando ensino superior e a relação de dependência econômica com sua avó, que detinha sua guarda, conforme documentos anexados aos autos.

3) Aduz, ainda que a legislação previdenciária contempla o pagamento de pensão por morte até os 24 anos, quando o beneficiário estiver cursando ensino superior, cabendo aplicação analógica da Lei 9.250/95.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto por Max William Lirio Reginold contra decisão proferida pelo juiz da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá nos autos de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada movida em face da AGEPREV - Agencia de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou improcedente seu pedido, revogando, por consequência, a tutela antecipada, anteriormente concedida.

Observa-se que o julgador singular julgou improcedente o pedido do recorrente para pagamento de pensão por morte, sob o fundamento de que o apelante não havia se desincumbido de comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Em que pesem as judiciosas razões expedidas pelo magistrado de primeiro grau, tenho que a tese desenvolvida na presente demanda encontra respaldo na jurisprudência desta Corte (Agravo Regimental em Mandado de Segurança - N. 2012.004921-2, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli; AI 2011.033852-5, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; MS 2006.001766-3, Rel. Des. Luiz Carlos Santini; MS 2009.011520-5, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; MS 2011.005317-7, Rel. Des. João Batista da Costa Marques).

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – EXTENSÃO – 24 ANOS – POSSIBILIDADE – DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO – JUROS DE MORA – 6% AO ANO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Observado o caráter amparador inerente à pensão por morte e o direito social à educação, de observância obrigatória pelo ente público, decorre imperativa a prorrogação do benefício até que o dependente do servidor falecido complete 24 anos, aplicando-se, por analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a previsão contida no artigo 35, III, § 1º, da Lei n. 9.250/1995, de forma a suprir a omissão do regramento municipal e priorizar o Princípio da Supremacia da Constituição e da Interpretação conforme a Constituição. (...)* (Agravo Regimental em Apelação Cível 2008.015469-9/0001-00, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 12.01.2010)

> *"E M E N T A -RECURSO OBRIGATÓRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR. POSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. ORIENTAÇÃO DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Demonstrado ser o filho de servidora pública estudante universitário, não obstante maior de 21 anos, tem ele direito de receber pensão por morte de sua mãe até completar 24 anos de idade."* (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2011.033818-5, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins. Julgamento 29/02/2012 Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível)

De fato, a interpretação literal da legislação previdenciária estadual veda, em princípio, a concessão do benefício de pensão por morte ao filho ou equiparado, maior de 18 anos, mesmo que estudante universitário. No entanto, da leitura do texto constitucional que rege a matéria e que eleva a educação à categoria de garantia constitucional (art. 205 da CF), se verifica sim a possibilidade de pagamento do benefício até que o beneficiário conclua os estudos universitários ou até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Isso porque, o objetivo do legislador constituinte foi o de proteger o dependente do segurado falecido, da mesma forma que este o faria se vivo estivesse.

Desse modo, é possível presumir que ao conceder a proteção previdenciária ao filho ou aquele a ele equiparado com até 18 anos de idade, entendeu o legislador ordinário ser este o tempo necessário para que o beneficiário se tornasse economicamente independente, podendo prover sua própria subsistência, por meio do trabalho remunerado.

Entretanto, embora a regra geral se aplique à grande maioria dos casos, é certo que existem hipóteses excepcionais que demandam uma análise para além do texto legal, como ocorre na hipótese.

Isso porque, muitos jovens só conquistam a independência econômica e financeira ao serem integrados no mercado de trabalho, o que em alguns casos só ocorre com a conclusão de curso universitário e, como é cediço, o que não é possível até a idade prevista na legislação estadual.

De outro modo, há que se considerar que o jovem, além de ser surpreendido com a morte prematura do seu provedor financeiro, se vê obrigado a trabalhar e arcar com sua subsistência, em cumulação com os estudos, o que o leva muitas vezes a desistir do curso universitário, que exige sua dedicação e suporte financeiro.

Assim, o parâmetro de 24 anos tem sido adotado pela jurisprudência pátria, com base na legislação do Imposto de Renda (Lei nº 9.250/95, art. 35, III, § 1º), que considera dependente o filho até 24 anos, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica, sendo que em casos semelhantes, esta Corte já se posicionou, aplicando analogicamente o dispositivo legal citado:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO.ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PENSÃO POR MORTE. ATINGIMENTO DA MAIORIDADE. FREQUÊNCIA À ESCOLA TÉCNICA PROFISSIONALIZANTE – IFMS. 24 ANOS. RECURSO QUE NÃO APONTA DESACERTO NA DECISÃO COMBATIDA E QUE IMPORTE EM LESÃO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. ARTIGO 35, §1º, DA LEI FEDERAL 9.250/95. OFENSA AO ARTIGO 475, DO CPC. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *O agravante limitou-se a alegar genericamente que sofreria lesão grave ou de difícil reparação, sem contudo nada comprovar, impondo-se a manutenção da decisão liminar que concedeu pensão por morte a beneficiário que já recebia pensão alimentícia até o falecimento do seu progenitor, cujo benefício é extensível a maior de 18 anos, até 24 anos de idade, nos termos do art. 35, §1º, da Lei Federal 9.250/95, que preleciona a condição de 'ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau', como é o caso do agravado.*
>
> *O reexame necessário a que estão sujeitas as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública não constitui óbice à antecipação da tutela"* (AgRg em Resp. nº 32.608/PE 1.102.473/RS). (Ag n. 1400817-84.2014 – Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

Vejamos as disposições da Lei nº. 9.250/95, *in verbis*:

> *"Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes: [...]*
>
> *III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;*
>
> *§1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.*

Tal leva a concluir que a interpretação do conceito de dependência possibilita a implementação do direito fundamental à educação, garantido constitucionalmente.

Sobre o tema, cabe citar o voto de nossa relatoria, em situação análoga:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE CONCESSÃO DE PENSÃO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PENSÃO POR MORTE – FILHO MAIOR DE 21 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR – POSSIBILIDADE – CARÁTER ALIMENTAR – ORIENTAÇÃO DO STJ – CUSTAS PROCESSUAIS – AUTARQUIA ESTADUAL – ISENÇÃO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*
>
> *1.Demonstrado ser a filha de servidora pública estudante universitária, não obstante maior de 21 anos, tem ela direito de receber pensão por morte de sua mãe até completar 24 anos de idade.*
>
> *2.Nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009, as autarquias estaduais estão isentas do recolhimento das custas processuais."* (Apelação - n. 0001002-79.2011.8.12.0011 – Coxim Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho)

Por outro lado, ao contrário do que asseverou o Juízo *a quo,* a relação de dependência do apelante com sua avó, já falecida, está evidenciada nos autos, pelos documentos colacionados às f. 12-22. Assim, não há falar em ausência de comprovação do fato constitutivo do direito do autor.

Desse modo, entendo que a decisão singular deve ser reformada, para se reconhecer o direito do apelante ao recebimento do benefício de pensão por morte, até a data da conclusão do ensino universitário ou até ele completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Quanto ao termo inicial para a concessão do benefício, o art. 45 da Lei n. 3.150/05 é claro ao prever que o benefício de pensão por morte é devido desde a data do óbito.

E mais, conforme determina o art. 55 da Lei Estadual 2.207/00, que institui o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul, o benefício de pensão por morte é devido desde a data do falecimento do servidor, *in verbis*:

> *"Art. 55. Por morte do servidor, o dependente faz jus a uma pensão mensal, a partir da data do óbito, de valor correspondente ao do provento a que teria direito o segurado se aposentado fosse na data de seu falecimento."*

A propósito é o entendimento desta Corte:

> *"APELAÇÃO E RECURSO OBRIGATÓRIO AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE REQUISITOS LEGAIS VERIFICADOS*

DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA DATA DE INÍCIO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO RECURSOS IMPROVIDOS.

A pensão por morte é devida aos pais, conforme determina o art. 16, II, da Lei 8213/91, quando comprovada a dependência financeira daqueles em relação ao de cujus. A percepção de auxílio social (LOAS) não impede a concessão do benefício, conquanto provisório e notadamente insuficiente para a manutenção digna do beneficiário.

2. O benefício de pensão por morte é devido desde a data do falecimento do servidor, nos termos do art. 55 da Lei Estadual 2.207/2000." (TJMS.Quinta Turma Cível. Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.005014-7/0000-00 -Campo Grande. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. J. 10/06/2010) (destaquei).

A correção dos valores devidos, considerado o termo inicial do pagamento do benefício, far-se-á pelo IPCA desde o momento em que as prestações deveriam ter sido pagas (data do óbito da servidora). Isso porque, quando do julgamento das ADIN (s) 4357/DF e 4425/DF, ocorrido em 14/03/2013, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais algumas expressões constantes na redação do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao referido dispositivo legal.

Pelo que se depreende do julgamento das ADIN (s), não foi declarada a inconstitucionalidade da integralidade do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da lei 9.494/97, mas apenas das expressões *"índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança"* e *"independentemente de sua natureza"*.

Transcreve-se a redação do mencionado dispositivo legal:

"Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, ***independentemente de sua natureza*** *e para fins de atualização monetária,remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos* ***índices oficiais de remuneração básica*** *e juros aplicados à* ***caderneta de poupança****."* (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009). (destaquei).

Por força desse julgamento e na ausência de índice de correção, os Tribunais do País passaram a utilizar índices diversos para atualização dos débitos da Fazenda Pública, como o INPC, IGP-M, IPCA, sendo este último o índice utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, fato que ocasionou o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal das Reclamações Constitucionais nºs 16.745 e 16.651, tendo os Ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli, relatores respectivamente daquelas ações, em sede de liminar, determinado que a correção das dívidas da Fazenda Pública não poderá ser feita por índice diverso daquele fixado pelo art. 100,§ 12 da Constituição Federal, que representa a mesma regra inserta no art. 1º-F da Lei 9.494/97, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo n. 1.270.439/PR, assentou que, a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

E, no tocante à Reclamação Constitucional nº 16.745, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no AgRg no AREsp nº 288.026/MG, publicada no dia 20/02/2014, entendeu que não configura desobediência à determinação do Pretório Excelso a fixação dos consectários legais da condenação diversamente dos previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei 11.960/2009, mantendo-se o IPCA como melhor índice de correção, conforme decisão abaixo transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL: IPCA. JULGAMENTO DE ADI NO STF. SOBRESTAMENTO. INDEFERIMENTO.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.205.946/SP, assentou a compreensão de que a Lei n. 11.960/09, ante o seu caráter instrumental, deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, à luz do princípio tempus regit actum, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

2. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei n. 11.960/09, no julgamento da ADI 4357/DF, Rel. Min. Ayres Brito, em 14.3.2013.

3. A Primeira Seção, por unanimidade, na ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.270.439/PR, assentou que, nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação da Lei n. 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

4. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. Cabível o exame de tal pretensão somente em eventual juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário interposto nesta Corte Superior.

5. A correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Logo, não há falar em reformatio in pejus.

6. Por fim, com relação à liminar deferida pelo eminente Ministro Teori Zavascki na Reclamação 16.745-MC/DF, não há falar em desobediência desta Corte em cumprir determinação do Pretório Excelso, haja vista que não há determinação daquela Corte para que o STJ e demais tribunais pátrios se abstenham de julgar a matéria relativa aos índices de juros de mora e correção monetária previstos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação da Lei n. 11.960/2009. Tampouco se extrai comando para que as Cortes do País aguardem ou mantenham sobrestados os feitos que cuidam da matéria até a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI. Agravo regimental improvido". - (AgRg no AREsp 288026/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 20/02/2014)

Assim, o índice da correção monetária a ser aplicado na vigência daLei n. 11.960/09 deve ser o IPCA.

Quanto aos juros de mora No que concerne aos juros de mora aplicados à Fazenda Pública, devem corresponder aos da caderneta de poupança, tendo em vista a vigência da Lei11.960/2009.

A propósito o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. JUROS DE MORA. ART. 1º- A LEI 9.494/97.APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543, § 3º,

DO CPC. RECONSIDERAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA SEXTA TURMA NO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, afirmou entendimento "no sentido de que o art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com alteração dada pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, tem aplicabilidade imediata, ainda que em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor" (AI n.º 842.063/RS).

Os juros moratórios devem incidir sobre o patamar de 6% ao ano a partir da publicação da MP 2.180-35/2001, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. º 9.494/97, até a entrada em vigor da Lei n.º 11.960/2009, quando passarão a incidir "os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança", uma única vez, até o efetivo pagamento. (...)" (REsp 1073534/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 16/05/2014)

Do mesmo modo esta Corte:

"E M E N T A REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL PREVIDENCIÁRIO APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTE DE TRABALHO CORREÇÃO MONETÁRIA INPC-IBGE JUROS DE 6% AO ANO MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180/2001 ATÉ VIGÊNCIA DA LEI N. 11.960/2009 JUROS E CORREÇÃO ÍNDICES DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E JUROS APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RAZOAVELMENTE ARBITRADOS DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA SENTENÇA MANTIDA NESSE TÓPICO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA REFORMATIO IN PEJUS APLICÁVEL NO REEXAME NECESSÁRIO SÚMULA 45 DO STJ RECURSOS DE APELAÇÃO E OBRIGATÓRIO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...) De acordo com o entendimento esposado pelas Cortes Superiores,considerando que a presente demanda foi proposta em 07/01/2008, ou seja, na vigência da Medida Provisória 2.180/2001, os juros moratórios a serem aplicados à Fazenda Pública deverão ser de 6% ao ano, nos termos do que dispõe o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, até a vigência da Lei 11.960/2009, quando, para fins de correção monetária,remuneração do capital e compensação da mora, haverá incidência uma única vez dos índices de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (...)" (TJMS Quinta Câmara Cível - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2012.003333-6/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel).

Por todas essas considerações, dou provimento ao recurso, para determinar o pagamento da pensão por morte ao apelante, a contar da data do óbito da servidora Lecir Cunha (f. 11), com correção pelo IPCA e incidência de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do que dispõe o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, inverto, ainda, os ônus da sucumbência, condenando o apelado ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios, nos moldes fixados na decisão de primeiro grau. Fica prejudicado o pedido de tutela antecipada, tendo em vista a decisão de mérito.

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

Trata-se de ação de obrigação de fazer promovida por Max Willian Lirio Reginold em face da Ageprev.

Na petição inicial o autor noticia que teve o benefício de pensão por morte indeferido pelo fato de, quando do falecimento de sua avó, contar com vinte anos de idade. Defende 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 na Lei nº 9.250/95.

O Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido de pensionamento.

O Des. Relator deu provimento ao apelo do autor, determinando que o pagamento da pensão por morte ao apelante, desde a data do óbito da servidora Lecir Cunha.

Discordo do entendimento esposado pelo I. Des. Relator.

Apesar de no passado, ter me posicionando a favor da possibilidade da extensão do benefício da pensão por morte ao dependente do segurado até a idade de 24 anos, para aqueles que estivessem cursando nível superior, diante do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Resp n.1.369.832-SP), bem como da edição da Sumula 340 do STJ, faz-se necessária a mudança desse entendimento, devendo a matéria controvertida, ser dirimida à luz da lei vigente à data do óbito do segurado. Senão vejamos:

> *"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Não se verifica negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina 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).
>
> ***2. A concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da 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".***
>
> *3. Caso em que 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), osfilhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.*
>
> ***4. Não há falar 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. Precedentes."****5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil."* (RECURSO ESPECIAL Nº 1.369.832 - SP (2013/0063165-9), Relator Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 12.06.2013)

No caso em tela, a norma vigente na época dos fatos e que deve ser aplicada à hipótese aqui versada é a Lei Estadual nº 3.150/2005, que dispõe:

> *" **Art. 13.** São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:*
>
> *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém união homo afetiva pública e duradoura com o segurado, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido; (alterado pela Lei nº 3.591, de 9/12/2008 – DOMS, de 11/12/2008.)*
>
> *II - os pais;*

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido.

§ 1º A existência de dependente indicado em qualquer dos incisos deste artigo exclui do direito ao benefício os indicados nos incisos subseqüentes.

§ 2º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada na conformidade da Lei Civil.

§ 3º Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem."

"Art. 15. A perda da qualidade de dependente ocorre:

I - para o cônjuge, pela separação judicial ou pelo divórcio, desde que não lhe tenha sido assegurada à percepção de alimentos, ou pela anulação do casamento;

II - para o(a) companheiro(a), pela cessação da união estável com o segurado ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos;

III - para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem dezoito anos de idade, salvo se inválido ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;

IV - para os beneficiários economicamente dependentes, quando cessar essa situação;

V - para o inválido, pela cessação da invalidez;

VI - para o dependente em geral, pelo falecimento ou pela perda da qualidade de segurado por aquele de quem dependa;

VII - pela exoneração ou demissão do servidor."

Como se observa dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que, a princípio, a única ressalva capaz de manter a qualidade de dependente após completar 18 anos, é a invalidez, o que não se verifica no caso em tela.

Assim, a extensão aos filhos (aos quais se equiparam pessoas sob a guarda do segurado), maiores de 18 anos, universitários, como beneficiários do direito à pensão por morte, até que completem o ensino, não é possível por ausência de previsão em legislação específica.

Também não cabe, à espécie, aplicação analógica do art. 35, § 1º, da Lei nº. 9250, de 26/12/95, que altera a legislação do imposto de renda pessoa física, porquanto imposto e benefício previdenciário são institutos de natureza jurídica distinta.

Portanto, inadmissível a concessão de pensão por morte de segurado a seu dependente, maior de 18 anos, ainda que matriculado em curso universitário, se a lei previdenciária determina, expressamente, a extinção do direito ao benefício quando o beneficiário completar essa idade.

Dispositivo final

Ante o exposto, divergindo do entendimento do I. Des. Relator, conheço do apelo do autor mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença objurgada integralmente.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o revisor, deram 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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0050104-03.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – PAGAMENTO DAS DESPESAS – NEGADO – CIRURGIA REALIZADA POR MÉDICO E EM HOSPITAL NÃO CONVENIADOS – INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO OU PROFISSIONAL CREDENCIADO PARA O TRATAMENTO – NÃO COMPROVADOS -– RECURSO IMPROVIDO.

O custeio das despesas efetuadas pela internação em hospital conveniado em plano superior e por profissional não credenciado é admitido apenas em casos especiais, tais como a inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado em receber o paciente, entre outros.

É necessário a comprovação da ocorrência de tais situações, caso contrário, não há como obrigar a cooperativa de trabalho médico a custear as despesas médicas oriundas de cirurgia realizada por médico não conveniado e em hospital a qual o plano de saúde adotado não prevê cobertura.

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, 18 de novembro de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Sônia Maria Cury de Lacerda interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão monocrática de fls. 366/368 que negou seguimento ao recurso de Apelação interposto nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação de tutela que promove contra UNIMED - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.

O agravante argumenta que a enfermidade acometida não é excluída do rol de cobertura do plano de saúde, porquanto, se a recorrida é obrigada a cobrir o tratamento da doença, deve arcar com o tratamento adequado e indicado para o referido caso.

Sustenta que o profissional Marcos Belotto, apesar de não ser conveniado da recorrida, fora indicado pelo Centro Paulista de Oncologia como especialista apto ao tratamento da doença da parte autor, não tendo sido deliberadamente “escolhido” por esta.

Assevera que o Hospital Nove de Julho, em São Paulo, é credenciado à Cooperativa de Serviços Médicos UNIMED, razão pela qual esta deve ser a responsável pelas despesas tidas pela autora para a realização do procedimento cirúrgico. Outrossim, alega que referido hospital fora indicado por profissional de saúde que possuía ciência do estágio da doença da recorrente, sendo este o centro médico especializado que apresenta maiores chances de cura e de sobrevivência no procedimento cirúrgico.

Aduz que a decisão exarada no recurso de apelação por este relator (fls. 366/369), contraria àquela proferida no julgamento do agravo de instrumento (fls. 293/295), razão pela qual requer a retratação do *decisum* impugnado.

Ao final, em caso de manutenção da decisão, requer o provimento do agravo interno para que o feito seja analisado por órgão colegiado, havendo um novo julgamento das questões aventadas.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de recurso de agravo regimental interposto nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada, ajuizada por Sônia Maria Cury de Lacerda em face de Unimed – Campo Grande/MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda, que, em insurgência contra a decisão proferida no julgamento do apelo, recorre ao órgão colegiado para nova análise das questões aventadas.

Extrai-se que a recorrente é beneficiária de plano de saúde básico de enfermaria com a cooperativa de serviços médicos UNIMED - Campo Grande/MS, sob o n. 0 051 400036700004 5, por intermédio do contrato 12793, firmado pela empresa Art e Traço Publicidade & Assessoria, inscrita no CNPJ n. 15.427.958/0001-30, sediada nesta capital.

Em 26/09/2011 fora autorizada a realização de procedimento cirúrgico de hepatectomia direita pelo profissional Marcos Belotto, no Hospital Nove de Julho, em São Paulo/SP (f. 251), em cumprimento a liminar concedida em tutela antecipada por este Relator no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2011.029054-8.

Insta salientar que referida liminar foi deferida em razão da verossimilhança da alegação da parte, *o fumus bonis iuris*, cumulada com o *periculum in mora*, ou seja, o fundado receio de dano irreparável ao bem da vida da parte autora, que, em agravo de instrumento, demonstrou a gravidade e necessidade do procedimento cirúrgico para tratamento de sua enfermidade.

Inobstante este Relator tenha deferido o pedido de tutela antecipada da agravante, autorizando a realização do procedimento médico conforme solicitado, o improvimento do recurso da apelação não apresenta contradição com a decisão proferida em liminar, porquanto os pressupostos básicos para a concessão desta (*fumus bonis iuris* e *periculum in mora*) não podem ser confundidos com as razões de julgamento do mérito da lide.

Analisando os autos, verifica-se que a parte autora, ora recorrente, deixou de demonstrar que o profissional médico escolhido seria o único apto a proceder com o tratamento de sua enfermidade. Há de se enfatizar a utilização do termo "*escolhido*", por ser inverossímil a alegação de que dentre todos os especialistas na área localizados no território nacional, conveniados com a Unimed, apenas este pudesse acompanhar o caso da agravante.

Conquanto seja inequívoca a gravidade da doença acometida, em análise ao conjunto probatório e fático dos autos, denota-se que do momento da constatação da enfermidade até a solicitação de realização do

procedimento cirúrgico transcorreu lapso temporal suficiente para que a autora ou seus familiares pudessem buscar tratamento em profissional conveniado ao plano de saúde.

Ressalte-se que, com a interposição do presente agravo regimental, a parte autora não apresentou quaisquer razões ou elementos novos aptos a ensejar a modificação do julgado, limitando-se a utilizar os fundamentos existentes no apelo recorrido. Com efeito, a decisão monocrática guerreada há de ser mantida inalterada por seus próprios termos e, evitando incorrer em tautologia, realizo a transcrição de r. *decisum*. Veja-se:

> *"A apelante, beneficiária do plano de saúde desde 01/12/1998 ajuizou ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em 05/09/2011. Na fase inicial da demanda, a autora teve o pedido de tutela antecipada indeferido, tendo sido negado a autorização para a realização da cirurgia com equipe médica especializada no tratamento da doença, o qual a cobertura do plano de saúde conveniado não concedia cobertura.*
>
> *Inconformada, a autora ingressou com Agravo de Instrumento requerendo a antecipação da tutela para concessão imediata da cobertura e autorização para a internação e realização da cirurgia de hepatectomia direita no Hospital Nove de Julho, São Paulo/SP, realizada pelo Dr. Marcos Belotto e equipe médica especializada.*
>
> *Observando a verossimilhança da alegação (fumus bonis iuris) e o fundado receio de dano irreparável (periculum in mora), restou demonstrado pela gravidade e necessidade de tratamento que caso a cirurgia não fosse realizada urgentemente, a agravante sofreria sérios riscos de vida, visto que portadora de câncer do tipo maligno.*
>
> *Assim, este Relator concedeu o pedido de tutela antecipada da agravante, autorizando a realização do procedimento médico conforme solicitado, razão pela qual, em recurso de apelação, a autora requer a confirmação da liminar deferida às fls. 159/161, para que o réu seja condenado a arcar com as despesas do tratamento médico.*
>
> *Pois bem. O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, em consonância com suas diretrizes, a existência de cláusulas contratuais que limitem direitos do consumidor por si só não implicam em abusividade ou nulidade das restrições previstas.*
>
> *A negativa do apelado no pagamento de despesas em decorrência de tratamento realizado em unidades não conveniadas ao plano de saúde não constitui, em regra, eventual violação de direitos, visto que a jurisprudência somente tem admitido tal fato em casos excepcionais, como a recusa do hospital conveniado em atender o paciente.*
>
> ***Compulsando os autos, atenta-se que o profissional médico escolhido pela parte autora para o tratamento de sua enfermidade não se mostra conveniado à cooperativa demandada e, a aludida unidade hospitalar trata-se de hospital definido como "Rede Master de Atendimento", ou seja, hospital de alto custo, custo utilização seu plano de saúde não prevê cobertura.***
>
> ***Destaque-se que o réu apresentou diversas opções de profissionais médicos conveniados ao plano de saúde, e, embora a apelante alegue que estes não eram especialistas para o tratamento médico necessário, esta em algum momento demonstrou que o profissional não-conveniado escolhido seria o único capaz de realizar a cirurgia, de modo que tal escolha teria ocorrido por mera liberalidade.***
>
> ***Ainda, importante observar os preceitos contidos na Lei n. 9.656/98 e da Lei 8.078/90, os quais não trazem em seu bojo a obrigatoriedade do atendimento por livre escolha do contratante e sim garantem a possibilidade de atendimento em rede não***

credenciada em hipóteses excepcionais, sendo que, não é o caso dos autos, visto que não apurada a ocorrência de tais peculiaridades.

O contexto fático descrito na petição inicial não constituiu excepcionalidade hábil a autorizar o tratamento do autor em unidade hospitalar não conveniada, afastando assim a responsabilidade da cooperativa ré quanto ao pagamento das despesas suportados pela autora, visto que não restou comprovado que a equipe médica e o hospital escolhido seriam os únicos meios capazes de realizar o procedimento cirúrgico, sendo que o réu, por sua vez, especificou a existência de outras unidades hospitalares conveniadas, inclusive especialistas em oncologia, que poderiam prestar os cuidados médicos necessários para o tratamento da doença.

Veja-se jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

'APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – REEMBOLSO – CIRURGIA REALIZADA POR MÉDICO E EM HOSPITAL NÃO CONVENIADOS – EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA – NÃO COMPROVADOS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

'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)'. Precedente STJ (AgRg-REsp 917.668 - (2007/0010975-3) - 3ª T - Rel. Min. Vasco Della Giustina - DJe 17.09.2009 - p. 462).

Se tais situações não foram comprovadas, não há como obrigar a cooperativa de trabalho médico (UNIMED) a custear as despesas médicas oriundas de cirurgia realizada por médico não conveniado e em Hospital fora da área abrangida no contrato realizado entre as partes.' (TJ/MS. AC n. 2012.013466-9/0000-00. Exmo. Sr. Des. Marco André N. Hanson. J. 26/06/2012)

Por todos os fundamentos expostos, deve a pretensão inicial ser rejeitada, lembrando que o improvimento desta apelação não encontra divergência com o deferimento da tutela antecipada, visto que naquela restou comprovado o fumus bonis iuris e o periculum in mora, pressuposto básicos para sua concessão." (grifo nosso)

Ex positis, infere-se que a parte autora, visando a garantia de seu bem maior – a vida – buscou acompanhamento e tratamento médico com o profissional que acreditou ser, a seu ponto de vista, o melhor capacitado a realizar o procedimento cirúrgico necessário, em centro hospitalar que lhe traria maior conforto e assistência.

Contudo, restando comprovado a existência de demais especialistas na área e hospitais conveniados ao plano de saúde aptos a realizar determinada cirurgia e, não tendo a agravante demonstrado ser aquele profissional singular o único apto a resguardar sua saúde, não pode a empresa ré arcar com o ônus das despesas realizadas.

Na esteira deste raciocínio, não se visualiza razão para alterar a decisão combatida, mormente porque o reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital conveniado em plano superior e por profissional não credenciado é admitido apenas em casos especiais, tais como a inexistência de estabelecimento credenciado no local ou recusa do hospital conveniado em receber o paciente.

Desta forma, o improvimento do presente recurso é a medida que se impõe, com a consequente manutenção da decisão objurgada, em seus próprios termos.

No que toca o prequestionamento, entendo que não é necessária a manifestação expressa do julgador quanto a todos os dispositivos legais e constitucionais arguidos, bem como aos argumentos suscitados pelas partes para que esteja cumprido o requisito exigido pelas Cortes Superiores para eventual interposição de recurso externo, bastando que a matéria tenha sido suficientemente debatida e esteja adequadamente fundamentada.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão 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. 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, 18 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0074408-03.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAS – QUEDA DE CABO DE ENERGIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – PERÍCIA REALIZADA - DOCUMENTOS SUFICIENTES A FORMAR O CONVENCIMENTO DO JUÍZO - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO ARTIGO 557 DO CPC – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – ENERSUL – EXISTÊNCIA DE APÓLICE DE SEGURO – OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA RECONHECIDA – DANOS COMPROVADOS – MORTE DE GADO EM ESTABELECIMENTO RURAL – CONSERVAÇÃO DA REDE DE ENERGIA QUE NÃO COMPETE AO PARTICULAR – IMINENTE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – REDE DOADA POR CLÁUSULA CONTRATUAL – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – AGRAVO REGIMENTAL DA SEGURADORA E DA CONCESSIONÁRIA REQUERIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não se configura cerceamento de defesa se há nos autos prova suficiente para formar o convencimento do juízo.

O julgamento com base no artigo 557 do CPC é possível de acordo com os ditames constantes no próprio dispositivo.

Cumpre à Enersul arcar com manutenção e custos necessários à conservação da rede de energia rural, ainda que implantada por particular e doada ao seu acervo.

A pretendida exclusão, por parte da seguradora, do pagamento da indenização de forma regressiva não subsiste, pois existe uma apólice de seguro em que facilmente se verifica a existência de responsabilidade.

Tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

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, 21 de outubro de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Tratam-se de recursos de agravo regimental interpostos por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL e Companhia de Seguros Aliança do Brasil em face da decisão monocrática de f. 390/404 que, nos autos da ação de reparação de danos que promovida por José Camilo Faccin em face de ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, negou seguimento aos recursos, mantendo a decisão de primeiro grau, que havia julgado procedentes os pedidos iniciais.

Do agravo regimental da Companhia de Seguros Aliança do Brasil:

Sustenta a seguradora em seu agravo regimental que há necessidade de exercício de juízo de retratação da decisão de f. 390/404, e não sendo este realizado, pede que o recurso seja colocado em mesa para julgamento.

Afirma que as questões julgadas não podem ser objeto de decisão proferida com base no art. 557 do CPC, pois o pedido deixa de considerar o respeito ao contrato, os limites da apólice de seguro e não foi produzida a prova pericial pleiteada, o que diz que configura cerceamento de defesa.

Afirma que o dever de indenizar deve respeitar os limites contratados na apólice, e que a decisão monocrática recorrida não se refere ao caso delineado nos autos, considerando uma indenização por dano moral sub limitada ao valor de R$ 954.000,00, que não foi objeto de pedido nos autos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a reconsideração da decisão agravada, ou que seja o recurso colocado em mesa para julgamento para que se proceda à reforma da sentença

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – Enersul e Companhia de Seguros Aliança do Brasil em face da decisão monocrática de f. 390/404 que, nos autos da ação de reparação de danos que promovida por José Camilo Faccin em face de ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A, negou seguimento aos recursos, mantendo a decisão de primeiro grau, que havia julgado procedentes os pedidos iniciais.

Do agravo regimental da Companhia de Seguros Aliança do Brasil:

Sustenta a seguradora em seu agravo regimental que há necessidade de exercício de juízo de retratação da decisão de f. 390/404, e não sendo este realizado, pede que o recurso seja colocado em mesa para julgamento.

Afirma que as questões julgadas não podem ser objeto de decisão proferida com base no art. 557 do CPC, pois o pedido deixa de considerar o respeito ao contrato, os limites da apólice de seguro e não foi produzida a prova pericial pleiteada, o que diz que configura cerceamento de defesa.

Afirma que o dever de indenizar deve respeitar os limites contratados na apólice, e que a decisão monocrática recorrida não se refere ao caso delineado nos autos, considerando uma indenização por dano moral sub limitada ao valor de R$ 954.000,00, que não foi objeto de pedido nos autos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a reconsideração da decisão agravada, ou que seja o recurso colocado em mesa para julgamento para que se proceda à reforma da sentença

Do agravo regimental da empresa Energética de Mato Grosso do Sul:

Sustenta que não foi comprovado suficientemente o nexo causal e a extensão do dano, e mesmo diante da análise sob o ângulo da responsabilidade objetiva deveria ter sido comprovado o liame entre o dano e o fato do serviço público.

Alega que a queda e rompimento do cabo da rede elétrica deu-se em razão de tempestade ou ventania, o que caracteriza a ocorrência de caso fortuito ou força maior, excludente de responsabilidade.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença de primeiro grau.

É o relatório. Decido.

Constata-se, de pronto, que as razões recursais da concessionária e da seguradora, ora agravantes, cingem-se em discutir as alegações que já foram feitas em sede de recurso de apelação.

Passo à análise conjunta dos recursos, em razão da afetação das matérias existentes em ambos.

Possibilidade de julgamento pelo art. 557 do CPC:

Quanto à alegada impossibilidade de julgamento pelo art. 557 do CPC, não merece prosperar.

O agravante discute a impossibilidade de aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ao julgamento do recurso de Apelação Cível, mas é cediço que o intuito da utilização do artigo 557 do Código de Processo Civil é o de desobstruir as pautas dos tribunais para maior agilidade no julgamento dos recursos em que existe a real necessidade de apreciação pelo órgão colegiado, conforme corrobora o princípio da economia processual, constante no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Esclareça-se que a regra contida no artigo 557, §1º-A, do CPC, deve ser interpretada em composição com o *caput* desse mesmo dispositivo legal, o qual dispõe que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior.

Por outro lado o §1º-A do referido artigo dispõe que o relator poderá conceder provimento ao recurso, caso a decisão recorrida encontre-se em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante.

É evidente que ao relator, na função de juiz preparador de todo e qualquer recurso do sistema processual civil brasileiro, compete ao exame do juízo de admissibilidade do recurso, verificando, de ofício, se estão presente os seus pressupostos de admissibilidade.

Contudo, não há nenhum impedimento para que o mesmo, desde já, aprecie o mérito recursal, ainda que de forma provisória, já que o seu exame definitivo compete ao Órgão Colegiado ao qual pertence, que assim decidirá se houver a interposição do agravo interno de que trata o § 1º, do artigo 557, do CPC.

Assim, o relator tem a faculdade de negar seguimento ao recurso com amparo no artigo 557, *caput*, do CPC, em observância aos princípios da economia processual e da efetividade da jurisdição, não estando adstrito apenas ao exame de admissibilidade, uma vez que lhe é permitido negar seguimento ao recurso de apelação interposto em manifesto confronto com entendimentos jurisprudenciais.

Cerceamento de defesa:

No que pertine à preliminar de cerceamento de defesa, a seguradora recorrente sustenta a ocorrência de nulidade de sentença eis que requereu a produção da prova pericial e esta não lhe foi deferida.

Refuto os argumentos da seguradora recorrente, posto que o magistrado decidiu conforme seu livre convencimento motivado, e da gravidade do caso e as provas existentes nos autos, inclusive a de uma perícia realizada às f. 224/231, que atesta a verdade das alegações contidas na inicial e ainda especifica a evolução dos valores da condenação.

Desse modo, de acordo com os elementos que constavam do processo, o juiz poderia rejeitar ou silenciar-se acerca de demais pedidos de provas, pois este poder é inerente às suas funções, como determina o próprio art. 131 do CPC, *in verbis:* "*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias cosntantes dos auots, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".*

A jurisprudência desta Eg. Primeira Câmara Cível já se manifestou sobre o tema em debate, i*n verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA (...)*
>
> *Não há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, caso o magistrado entenda que as provas documentais apresentadas são suficientes para formar o seu convencimento. (...)"* (Julgamento: 15/02/2011, Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Classe: Apelação Cível, Rel.Des. Sérgio Fernandes Martins, Publicação: 22/02/2011).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO – CERCEIO DE DEFESA REJEITADO – SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PROVAS PERICIAIS – LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – ATO DECORRENTE DE ORDEM JUDICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***Não há se falar em cerceamento de defesa, ao argumento de que não foi acolhido o pedido de realização de provas, quando se verifica que as provas constantes nos autos são suficientes para o julgamento da lide. Livre convencimento do juiz. Art. 131, CPC.*** *(...) Sentença mantida. Recurso provido".* (TJ/MS, Primeira Câmara Cível, Apelação Cível - Cautelar - N. 2012.006163-4, Rel. Des. João Maria Lós, J:16.05.2012). (grifei)

Assim não há o que se falar em cerceio de defesa, pois a instrução probatória, na forma como foi feita, viabilizou o contraditório a ampla defesa às partes, não havendo qualquer cerceamento da defesa aos recorrentes.

Pelas razões delineadas, é de rigor rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e por conseguinte o pedido de realização de nova prova pericial.

Mérito:

Com a exposição dos argumentos da parte agravante, pude reexaminar todas as questões em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir monocraticamente o recurso de apelação cível, *in verbis:*

> *"(...) Os recursos serão analisados por decisão monocrática, de forma conjunta, e revelam-se manifestamente improcedentes, razão pela qual passo a analisá-los 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.*

Cuida-se de apelação cível interposta pela Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A./ENERSUL, e pela Seguradora Aliança do Brasil (litisdenunciada pela requerida) contra sentença que julgou procedente a ação de indenização por danos materiais promovida por José Camilo Faccin.

Com efeito, a sentença julgou procedente o pedido exordial com respaldo no artigo 402 do Código Civil e art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, condenando a requerida Enersul a indenizar o requerente por danos materiais, consistentes na perda de 6 (seis) animais bovinos (fêmeas em idade de reprodução - 48 meses) e na produção que dessas matrizes viria, diante dos elementos já constantes dos autos (no que se refere ao tipo, idade, entre outros), acrescido de juros e correção monetária desde a citação e ajuizamento da ação, respectivamente, ficando a seguradora litisdenunciada obrigada a ressarcir tais valores nos termos do contrato.

E ainda condenou a empresa-requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, bem como, a seguradora, ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da litisdenunciante no mesmo percentual.

As apelantes, cada um em seu recurso de apelação, buscam, assim, a reforma da decisão, alegando, em síntese, que: I) a causa do acidente decorreu de evento da natureza, o que isentaria a Enersul de sua responsabilidade; II) a responsabilidade pela manutenção da rede seria do proprietário ou do próprio autor apelado; III) não há comprovação do nexo causal; IV) a limitação de reembolso pela Seguradora nos limites contratados, devendo ser deduzido o valor da franquia; e outros argumentos já apresentados no relatório.

Sem razão, contudo, as empresas recorrentes.

Da responsabilidade da Enersul:

Verifica-se dos autos que o apelado é arrendatário do imóvel rural onde ocorreram os fatos, que está localizado no Município de Coxim, local onde a empresa requerida (Enersul) instalou uma rede de energia elétrica.

No dia 23.12.07, um cabo de alta tensão foi rompido e caiu sobre seis reses, as quais apareceram mortas.

O autor colacionou aos autos, fotos do local onde ocorreram os fatos e dos postes de energia existentes na fazenda, os quais era de madeira e estavam com partes deterioradas.

Segundo o autor, não houve tempestade, chuva, ventania, ou qualquer outro fato externo e caso fortuito a justificar a queda da rede elétrica, mas sim, a negligência da Enersul em deixar de manter o equipamento em boas condições.

De fato, das fotos de f. 13/16, onde aparece o gado morto em razão da queda do cabo de energia, a evidência é que os postes estavam em má conservação mesmo e não que tenha havido qualquer temporal ou tempestade a demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que, segundo as apelantes, seria justificativa para excluir sua responsabilidade pelos fatos.

Anote-se, em primeiro lugar, que não merece prosperar a tese de que não existe responsabilidade da empresa (Enersul) em razão de que o acidente teria ocorrido por evento da natureza, ou seja, caso fortuito, decorrente da soltura do cabo de alta tensão em meio a um temporal.

A jurisprudência tem entendido que, em relação ao fornecimento de energia elétrica, incide a responsabilidade objetiva, também nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

"Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independente 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."

Assim, é devida a indenização por danos materiais em razão da negligência apelante Enersul, que, como visto, causou inúmeros prejuízos ao ora apelado.

Este, aliás, é o entendimento desta Corte Estadual, conforme se depreende dos seguintes julgados em casos análogos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. NEGLIGÊNCIA NA MANUTENÇÃO DE REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. MORTE DE GADO DECORRENTE DE QUEDA DE FIO DE ALTA-TENSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VERIFICADA SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Resulta induvidosa a responsabilidade civil da empresa de energia elétrica, ante a sua conduta negligente, visto que a má conservação da rede elétrica causou a queda de fio de alta-tensão, que provocou a morte do gado. Recurso conhecido e não provido. (TJMS; AC-Or 2007.036235-8/0000-00; Ivinhema; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; DJEMS 17/07/2009; Pág. 16.)

NEGLIGÊNCIA NA MANUTENÇÃO DE REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CULPA). Morte de gado vacum (evento danoso) decorrente de queda de fio de alta-tensão (nexo causal). Responsabilidade civil verificada. (TJMS; AC-Or 2002.004093-3; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins; Julg. 20/09/2002; DJMS 09/10/2002)

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - CHAMAMENTO AO PROCESSO DE CO-SEGURADORA E DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO IRB - RESPONSABILIDADE DA COSSEGURADORA SUBSIDIÁRIA E DISCUSSÃO DE RESPONSABILIDADE ENTRE SEGURADORA DENUNCIADA E IRB ESTRANHA AO PROCESSO PRINCIPAL - INDEFERIMENTO MANTIDO - AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - ROMPIMENTO DE CABO DE ELETRICIDADE - ELETROCUÇÃO DE GADO APASCENTADO NAS IMEDIAÇÕES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - LIDE SECUNDÁRIA - HONORÁRIOS INDEVIDOS - DEFESA DA DENUNCIADA EM RELAÇÃO À AUTORA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Desnecessária a introdução de cosseguradora na lide, quando sua responsabilidade é subsidiária à da seguradora denunciada. Nas relações de consumo o CDC veda, expressamente, a integração aos autos do Instituto de Resseguros do Brasil. Provado nos autos que aqueda de cabo de energia elétrica causou a morte de reses apascentadas nas imediações, a indenização é devida pela concessionária do serviço público, em razão da responsabilidade objetiva assegurada pela Constituição Federal (§ 6º, art. 37). Não se opondo a denunciada à denunciação, mas em defesa da denunciante, os honorários advocatícios são indevidos. (Apelação Cível Nº 0002289-98.2007.8.12.0017 - Nova Andradina; Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/12/2012)

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - PRELIMINAR DE JULGAMENTO ULTRA PETITA - REJEITADA - MÉRITO - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ENERSUL - FALTA DE MANUTENÇÃO DOS CABOS DE ENERGIA ELÉTRICA - QUEIMA DE PASTO E CERCA EM PROPRIEDADE RURAL - OCORRÊNCIA DE NEXO CAUSAL - NÃO COMPROVAÇÃO PELO RÉU DE FATO EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, II, DO CPC

- INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO - LUCROS CESSANTES CONFIRMADOS EM PERÍCIA TÉCNICA - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - MANTIDOS - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.019290-2/0000-00 – Camapuã; Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/07/2010)

Anote-se, por oportuno, que a empresa-recorrente tem responsabilidade objetiva e inclusive recebe por termo de doação a instalação de rede elétrica, ainda quando realizada por interesse de particulares e às suas expensas. Assim, surge o dever de conservação da rede elétrica, de modo a prevenir danos resultantes de fatores naturais previsíveis, a exemplo do ocorrido na hipótese vertente. Circunstância diversa, a justificar a excludente de responsabilidade, deve ser comprovada pela empresa concessionária do serviço público.

O entendimento adotado por este Tribunal também o é por outros Tribunais Estaduais. Veja-se, in verbis:

REPARAÇÃO DE DANOS. QUEDA DE FIO DE ALTA TENSÃO. MORTE DE GADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DEENERGIA ELÉTRICA. FATO DO SERVIÇO. Deve ser reparado o dano material sofrido pelo consumidor, pela morte de gado, decorrente da queda de fio de alta tensão, ante a má conservação da rede elétrica. A responsabilidade da concessionária de energia elétrica é objetiva, razão pela qual somente a culpa exclusiva da vítima exclui a obrigação de indenizar. (TJMT; RCIN 3373/2010; Turma Recursal; Rel. Des. Nelson Dorigatti; Julg. 26/10/2010; DJMT 08/11/2010; Pág. 58)

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CEMIG. CURTO CIRCUITO E QUEDA DE CABOS DA REDE ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANO MATERIAL COMPROVADO. Na teoria da responsabilidade subjetiva, para que se configure a obrigação de reparar, é essencial que se atribua culpa ao comportamento do estado. Para tal, deve haver comprovação de negligência, imprudência ou imperícia por parte da ré quanto ao dano sofrido pelo autor. Aqueda de cabos de energia de alta tensão em rede elétrica de zona rural, causando a morte do gado ali apascentado, gera a obrigação da concessionária pela indenização do prejuízo causado. A responsabilidade da cemig é evidente, pois é a responsável pela fiscalização e conservação da rede elétrica, sendo dela o ônus da prova dos fatos desconstitutivos do direito do requerente. (TJMG; APCV 1.0491.08.003485-4/0011; Pedralva; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Wander Paulo Marotta Moreira; Julg. 25/08/2009; DJEMG 11/09/2009)

Desse modo, se as cautelas ordinárias tivessem sido tomadas, em relação à conservação da rede de transmissão de energia elétrica, certamente não teria ocorrido o sinistro. Destarte, resulta induvidosa a responsabilidade civil da empresa-recorrente, ante a sua conduta negligente, visto que a má conservação da rede elétrica provocou a morte do gado.

Ora, consoante afirmou a sentença "se a concessionária não atendeu ao ônus contratual que lhe competia, decorrente da concessão, de conservar e zelar pelos bens vinculados a prestação de seu serviço, responde objetivamente perante o consumidor pela falta de prestação adequada do serviço" (f. 335).

Em relação às alegações de que o temporal é que teria causado a queda dos cabos de energia, de fato, é plenamente previsível a ocorrência de temporais, que podem ocasional a soltura ou rompimento de fios e cabos de alta tensão, mas a empresa deve oferecer mecanismos de segurança para evitar danos aos particulares.

Ademais, in casu, constatou-se que a manutenção no local era falha e tal fato somente pode ser imputado à empresa requerida.

A apelada debate-se alegando que a responsabilidade seria do apelado pela conservação dos postes e equipamentos de passagem de energia, juntando aos autos os documentos referentes à sua fazenda e a ligação de energia lá realizada. Contudo, ainda que se considere que o apelado estivesse responsável pela manutenção da rede em sua fazenda, correta a afirmação deste no sentido de que os fatos ocorreram em fazenda vizinha, onde não foram carreadas provas no sentido de que seu proprietário seria o responsável por tal manutenção.

Nesse sentido, perfeitamente compreensível a situação posta em julgamento, o que foi devidamente reconhecido na sentença recorrida, da qual consta, in verbis:

"(...) A ré afirma que a rede que se rompeu por falta de conservação e teria sido edificada pelo proprietário, e firmado termo de tomada de energia e responsabilidade de manutenção pelos proprietários, juntando documentos de f. 74//79.

O autor ao impugnar a contestação esclareceu que os documentos juntados pela ré refere-se a Fazenda em que o autor é proprietário em Coxim-MS, mas o evento causador dos danos declinados neste feito ocorreu na Fazenda de propriedade de Luciano Guidotti Neto, sendo o autor arrendatário.

Realmente analisando detidamente os documentos apresentados pela ré, observa-se referirem a obras de execuções de ramais; o termo de autorização para tomada de energia e de manutenção das redes refere-se à Fazenda em que o autor é proprietário (f. 74/79).

Mas a queda do cabo de energia elétrica que implicou da pretensão deduzida pelo autor ocorreu na Fazenda de propriedade de Luciano Guidotti Neto com quem celebrou contrato de parceria pecuária para que pudesse utilizar a fazenda para pastagem e engorda do gado.

Quanto aos postes localizados na Fazenda do parceiro proprietário Sr. Luciano Guidotti Neto, a ré não juntou prova alguma de que as redes de energia tivessem sido ou ainda fossem de propriedade particular, ou que não tivessem sido incorporadas ao seu patrimônio, e como decorrência lógica a responsabilidade de conservação e manutenção é da responsabilidade da concessionária de energia elétrica.

Estatui o art. 21 da Constituição Federal que compete a União: "XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalação de energia elétrica (...)".

A prestação de energia constitui serviço público, entretanto, a sua execução pode ser delegada a particulares em colaboração com o Estado através de concessão ou permissão de serviço público, neste sentido:

"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado". (grifei).

Celso Antônio Bandeira de Mello[1] *acerca da concessão de serviços públicos leciona que este "é um instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço".*

A prestação do serviço público adequado é uma obrigação da concessionária e um direito do usuário, devendo àquela tornar o contrato exequível por sua conta e risco.

A Lei n.º 8.987/95 que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos preconiza que:

"Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. (grifei).

E o art. 31 da mesma Lei arrola entre os encargos da concessionária:

"Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; (...)". (grifei).

1 **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Malheiros. 19.Edição, p. 662.

Extrai-se dos dispositivos supracitados que só a concessionária tem meios de provar que a rede que quebrou o cabo da rede elétrica por falta de manutenção/conservação era particular e não tinha sido incorporado como patrimônio da concessionária, porque nos termos do inciso II do art. 31, era obrigada a manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, e não há prova alguma de que as redes da Fazenda arrendada pelo autor para pastagem do seu gado, fossem de propriedade particular.

Havendo a presunção na ausência de prova em contrário de que as redes eram de propriedade da ré, e como tal, tinha a responsabilidade de conservá-las para prestação adequada e seguro dos serviços que lhe foram outorgados em decorrência do contrato de concessão.

Pela queda do cabo de energia por falta de conservação do poste de madeira que sustentava a estrutura, a madeira quebrou levando ao choque e óbito do gado que se encontrava próximo ao fio, como se vislumbra pelas fotos juntadas pelo autor, demonstrando os fatos narrados, inclusive na foto de f. 13, consta um carro da concessionária no local, e mesmo tendo comparecido na Fazenda para apurar a ocorrência, sequer relatou o termo da ocorrência na sua contestação.

Se a concessionária não atendeu ao ônus contratual que lhe competia, decorrente da concessão, de conservar e zelar pelos bens vinculados a prestação de seu serviço, responde objetivamente perante o consumidor pela falta de prestação adequada do serviço

O Código Consumerista disciplina que o:

"Art. 14. 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.

§1. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido".

Tal dispositivo alberga a responsabilidade objetiva onde o prestador do serviço responde independente de culpa, bastando a aferição da existência da conduta, do resultado e nexo causal entre ele e o causador do dano, haverá o dever de indenizar o consumidor .

O Código de Defesa do Consumidor fixou em regra a responsabilidade objetiva, pois os riscos da atividade devem ser suportados por quem presta o serviço, dando garantias de que ele seja seguro e eficiente.

Ademais, não se olvide que a ré é concessionário de serviço público e nos dizeres do art. 37, § 6 da Constituição Federal:

"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 no caso de dolo ou culpa".

A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta.

A ré é responsável não só pela geração da energia mas também pela transmissão segura e eficiente da mesmas, razão porque a lei amparou tal atividade à luz da

responsabilidade objetiva diante do risco a ela inerente, já que a concessionária de energia deve manter as medidas necessárias de conservação e segurança da rede para não causar danos aos consumidores.

Assim, a ré responde objetivamente pelos danos causados ao autor pela má conservação das redes de energia elétrica que se romperam por inércia da concessionária (...)" (f. 333/336)

Assim, se a apelada é concessionária de serviço público e atua na área de exploração de energia elétrica, enquadra-se no art. 37 § 6º da Constituição Federal, ou seja, tem responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Dano material – extensão dos danos:

Alegam os apelantes que não se pode constatar a extensão dos danos, inclusive juntando aos autos matéria que afirma a afetação do mercado em razão das mortes de gado.

Sem razão também nesse aspecto.

Para elucidar a extensão dos danos é que foi realizada a perícia, e a sentença reportou-se à sua conclusão, a qual foi clara e contundente, de modo que os danos materiais foram adequadamente quantificados.

Outrossim, apenas para que não conste qualquer dúvida acerca do julgado, resta claro que as fotos acostadas aos autos mostraram-se suficientes para dar rumo e orientar a perícia existente nos autos.

Nesse aspecto a sentença fundamentou-se nos seguintes termos, os quais abaixo se transcrevem, in verbis:

"(...) ***Do Dano Material.***

O dano material é o dano patrimonial e se divide em dano emergente e lucro cessante e estão previstos no art. 402 do Código Civil que dispõe:

"Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos previstas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Carlos Roberto Gonçalves, in Responsabilidade Civil leciona que "o dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado"[2].

O dano material é o que efetivamente atingiu seu patrimônio quantificado em dinheiro, e não danos hipotéticos.

Quanto aos danos afirma o autor que morreram seis fêmeas de raça nelore, matrizes para reprodução em torno de 48 meses de idade, pesando em média 13 arrobas com avaliação comercial em torno de R$ 600,00.

2 ed. Saraiva, p. 629.

Devendo a ré indenizar não só as reses mortas como também os bezerros que estas gerariam, pois as fêmeas mortas estavam em idade hábil de procriação, cada animal geraria por ano seis bezerros, e no decorrer de quase três anos teria o total de dezoito animais. E considerando a evolução de era teria seis bois com três anos de idade; seis garrotes com dois anos de idade e seis bezerros com um ano de idade; sendo R$ 750,00 por cada bezerro de doze meses; R$ 980,00 por cada garrote por até dois anos; e R$ 1.230,00 por cada boi magro com até três anos de idade, e assim, a título de lucros cessante tem direito ao montante de R$ 17.760,00, e mais R$ 3.600,00 pela morte das novilhas. Pediu assim, a condenação da ré ao pagamento e dano emergente de R$ 23.340,00 e mais os lucros cessantes a serem apurados em perícia.

A ré rechaça o valor pretendido pelo autor, dispondo na contestação que não se pode admitir o enriquecimento ilícito do autor, visando obter reparação pautada em danos ilusórios e fictícios, o valor do ressarcimento deve ater ao apurado em prova pericial, observando o preço médio de mercado à época do evento lesivo. Também pautou os lucros cessantes em dano hipotético, firmado em fato incerto que poderia ou não ocorrer, e que nos termos da Embrapa a taxa de natalidade do rebanho bovino é de 60%, assim, não há como se afirmar que deixou de auferir seis bezerros das reses mortas.

Clarividente que o autor tem direito aos danos emergentes consistente na morte das seis cabeças de gado fêmeas, inclusive porque as fotos por ele juntadas comprovam o prejuízo efetivo de perda das seis nelores, como se vê às fls. 14/16.

Na perícia realizada nos autos, o experto esclareceu que "após a realização dos cálculos de evolução do rebanho concernente as 06 (seis) reses mortas em 2007, considerando os critérios anteriormente mencionados, percebe-se que estas, representariam para a presente data a quantia de 34 (trinta e quatro) reses, sendo estas divididas em categorias distintas de idade e peso. Realizados os procedimentos de conversão do rebanho identificado em moeda corrente, tem-se que este representa a importância de R$ 28.760,00". (f. 274).

Disse ainda que "conforme consta no atestado médico veterinário referenciado no quesito anterior, as matrizes mortas tinham idade de 48 meses, ou seja 4 anos. Como dito, usualmente, as matrizes são descartadas quando estas atingem 10 (dez) anos. Neste sentido, as vacas mortas na ocasião, teriam uma vida útil reprodutiva remanescente de aproximadamente 6 (seis) anos". (quesito 2, f. 275). E levando em conta "os índices zootécnicos comumente obtidos em Mato Grosso do Sul para a pecuária de Corte, a natalidade considerada foi de 80%". (quesito 3, f. 275).

Observa-se que no valor obtido o perito considerou a evolução das seis matrizes mortas, pois como disposto no quesito 5, f. 276, "conforme demonstrado no curso do presente laudo pericial, apurou-se ao final da evolução do rebanho, 34 reses, que subtraindo as seis fêmeas matrizes iniciais, tem-se que deixou de serem geradas 28 reses", portanto, extrai-se que no valor obtido pelo perito está incluído os danos emergentes consistente no valor obtido para descarte das matrizes mortas, considerando a vida útil das mesmas.

E complementou no quesito 5, f. 278, "considerando os elementos apontados na resposta do quesito anterior, multiplicando-se sobre o total das reses mortas, tem-se que o valor total do prejuízo sofrido pela parte autora em dezembro de 2007 seria de R$ 4.765,80 (quatro mil, setecentos e sessenta e cinco reais e oitenta centavos). No entanto, como dito no escopo do Laudo Pericial, para a apuração de eventual prejuízo, considera-se a evolução do rebanho bovino para os dias atuais, onde apurou-se que o prejuízo suportado pela parte autora perfaz a quantia de R$ 28.670,00".

Destarte, a ré deve ser condenada em R$ 28.670,00 de danos materiais." (f. 336/337)

A perícia mostrou a evolução dos danos materiais e não houve qualquer prova a refutá-la. De sua conclusão, tira-se o seguinte, in verbis:

"(...) 7. CONCLUSÃO:

Por fim, após a realização das análises técnicas e demais procedimentos listados no presente trabalho pericial, objetivando aclarar o ponto controvertido da presente demanda, o qual recai sobre o valor pretendido pela Parte Autora a título de Indenização por Danos Materiais oriundos do evento danoso transcorrido em 23 de Dezembro de 2007, conclui este Perito que:

a) Após a realização dos cálculos de evolução do rebanho concernente as 06 (seis) reses mortas em 2007, considerando os critérios anteriormente mencionados, percebe-se que estas, representariam para a presente data a quantia de 34 (trinta e quatro) reses, sendo estas divididas em categorias distintas de idade e peso.

b) Realizados os procedimentos de conversão do rebanho identificado em moeda corrente, tem-se que este representa a importância de R$ 28.670,00..." (f. 274).

Portanto, o laudo de f. 254/274 apresenta-se esmiuçado e suficientemente fundamentado, explicando claramente a evolução da perda patrimonial experimentada no caso em tela.

Desse modo, há de ser mantida a sentença também nesse aspecto, o que faço utilizando-me dos mesmos fundamentos supracitados.

Recurso da Companhia de Seguros Aliança do Brasil:

Alega que não houve demonstração da culpa da Enersul pelo acontecimento ocorrido, mas sim um caso fortuito em decorrência de ventania que provocou a queda do cabo.

Disse ainda que não há existência dos danos materiais tal como apontado pelo autor, assim, não seria cabível uma indenização com alicerce em dano hipotético, ao argumento de que haveria perda de parte dessa produção de gado e o valor seria bem menor do que o constante da sentença.

Pois bem, a apelante bate pela existência de caso fortuito em decorrência de ventania que provocou a queda do cabo. Contudo, tenho que tal alegação deve ser rechaçada. Explico:

Em um primeiro momento, pelo conjunto probatório, restou incontroversa a ocorrência de morte de algumas reses na fazenda arrendada pelo autor, em razão da queda de um cabo de energia elétrica, conforme as fotos de f. 13/16 e atestado médico/veterinário de f. 41, bem como a prova pericial de f. 254/279 pôde identificar quais os prejuízos concretos.

Quanto à forçosa a conclusão de que a Enersul deve ser responsabilizada pela queda do cabo em questão, tal matéria foi suficientemente debatida anteriormente, não havendo como admitir a alegação de caso fortuito em razão da falta de provas quanto a este fato, bem como todas as provas carreadas aos autos provam o contrário, ou seja, a apelante Enersul não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de excludente de responsabilidade e esse ônus lhe competia, ex vi do que dispõe o art. 333, II, do CPC.

Vejamos os seguintes julgados quanto à responsabilidade da concessionário de serviço público no que tange à queda de fio condutor:

"Responsabilidade Civil. Concessionária de serviços de energia elétrica. A concessionária dos serviços públicos de geração e distribuição de energia elétrica, que se descurou de bem fiscalizar e manter sua rede aérea de transmissão, responde pelos danos decorrentes da queda de fio condutor de eletricidade que deu causa à morte de pessoa em via pública. Dá-se provimento ao recurso". (TJMG, Apc. 1.0000.00.237796-8, Rel. Desembargador Almeida Melo, 4ª Câmara Cível, DJ 05.06.2002)

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS – ENERGIA ELÉTRICA – QUEIMA DE PASTO E CERCA EM PROPRIEDADE RURAL – QUEDA DE FIO DE ALTA TENSÃO – CULPA OBJETIVA – NEXO CAUSAL – INDENIZAÇÃO – CASO FORTUITO – INOCORRÊNCIA – FATO PREVISÍVEL – CONJUNTO PROBATÓRIO INSERTO NOS AUTOS – LAUDO TÉCNICO E VALORES EM CONFORMIDADE COM A PROVA DOS AUTOS – DESCONSTITUIÇÃO ÔNUS DA APELANTE – RECURSO IMPROVIDO. Sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde objetivamente, a teor do art. 37, §6º da Constituição Federal, pelos danos que, na execução de seu mister, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. O conjunto probatório constante nos autos afasta a ocorrência do alegado caso fortuito, sendo que alegada ventania, que é evento previsível, não pode ser considerada caso fortuito para o fim de excluir a responsabilidade da concessionária pelo dano causado a terceiros. Se a parte se insurge contra laudos e documentos apresentados, cabe-lhe a demonstração da falsidade ou inidoneidade dos mesmos. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.013885-0/0000-00 – Ivinhema, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, p. 9. 2009).

Pois bem, tenho que novamente a insurgência não deve prosperar, pelo simples fato de que as provas carreadas aos autos não deixam dúvidas que na mencionada propriedade rural, na época dos fatos, existiam as cabeças de gado, cujas fotos das mesmas mortas foram devidamente apresentadas.

Nesse sentido, demonstrada a perda inicial que tornou possível o cálculo da perda total a título de danos materiais, o que foi devidamente apontado pela perícia.

Assim, a reparação de danos tem por objetivo a reposição das coisas ao seu status quo ante, bem como não houve demonstração de falsidade ou inidoneidade nas provas apresentadas, ônus que incumbia à apelante. Vejamos o seguinte entendimento:

"(TRF4-073930) ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DNER. ORÇAMENTO ÚNICO. VALIDADE. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. EXCESSO DE VELOCIDADE. CULPA CONCORRENTE DO CONDUTOR DO VEÍCULO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ***Não tendo sido argüida a falsidade do orçamento apresentado, tampouco tendo sido apresentado outro que o infirmasse, forçoso admitir o único orçamento apresentado como prova da quantificação do prejuízo, em face do princípio da presunção da boa-fé.*** *(...)".* (Apelação Cível nº 446711/SC (200104010679265), 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Francisco Donizete Gomes. j. 17.12.2002, unânime, DJU 28.05.2003, p. 366).

Em que pesem os argumentos da seguradora/apelante, portanto, tenho que estes não devem prosperar.

É cediço que as normas referentes ao contrato de seguro estão disciplinadas pelo Código Civil, artigos 757 e seguintes.

Contudo, a contratação securitária também envolve questões atinentes ao direito do consumidor, porquanto devem restar garantidas às partes a boa-fé e a veracidade, não podendo prevalecer as cláusulas abusivas.

Aliás, assim dispõe o artigo 765 do Código Civil de 2002: "O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes."

Assim, ao compulsar os autos, verifica-se, às f. 177, que há indicação de que "PARA A COBERTURA DE DANOS MORAIS I.S. SUB-LIMITADA A R$ 954.000,00", de modo que outro entendimento não pode ser tirado da própria apólice de seguro, no sentido de que não se pode falar em exclusão da responsabilidade da seguradora, uma vez que até mesmo danos morais foram contratados.

Analisando os documentos constantes dos autos, ainda se verifica que a seguradora apelante juntou ao processo as condições gerais do seguro, alegando que somente estariam cobertos danos materiais e corporais, mas qualquer cláusula excludente de danos morais seria abusiva, porque restringe direito inerente à natureza do contrato, uma vez que a litisdenunciada tenta se eximir da obrigação de garantir interesse legítimo da segurada, qual seja, indenizações pelos danos morais causados ao autor, durante a vigência da apólice do veículo segurado.

Ademais, cumpre esclarecer que a obrigação de segurar os prejuízos e despesas do contratante do seguro é justamente o objeto do contrato, desde que seja observado, por óbvio, os limites em relação aos valores expressos no instrumento.

Assim, qualquer cláusula que desvie a natureza do contrato é abusiva, nos termos do artigo 51, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que fere o equilíbrio contratual.

Eis o entendimento acerca do tema, conforme abaixo se transcreve, in verbis:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONFIGURAÇÃO. COBERTURA SECURITÁRIA. EXISTÊNCIA. DANO CORPORAL ENGLOBA DANO MORAL. MANUTENÇÃO DO VALOR. PENSÃO MENSAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 475-Q DO CPC. CONDENAÇÃO DA SEGURADORA. POSSIBILIDADE. LIDE SECUNDÁRIA. PRETENSÃO RESISTIDA -HONORÁRIOS. FIXAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO. TERMO INICIAL. Em caso de acidente em transporte coletivo, prevalece a responsabilidade objetiva da concessionária do serviço público. Comprovado o falecimento da vítima em acidente ocorrido em ônibus de propriedade da ré, concessionária de serviço público, resta evidenciado o dano moral devido aos familiares. O valor da indenização deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A cobertura por dano corporal abrange a por dano moral. A pensão mensal é devida ao viúvo até a data em que a vítima completaria 65 anos, média de vida do brasileiro, segundo entendimento jurisprudencial dominante. Face ao caráter alimentar da indenização, deve a ré constituir capital apto à garantia do cumprimento da obrigação ora imposta, nos termos do art. 475-Q, do CPC, independente de sua condição econômica. Existindo pretensão resistida por parte da seguradora denunciada, revela-se cabível a sua condenação ao pagamento de honorários de sucumbência na lide secundária. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora, relativos à indenização por dano moral, devem ser contados a partir da citação. A correção monetária do valor devido a título de dano moral incide desde a data do arbitramento. V.V.P: APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LIDE SECUNDÁRIA. COBERTURA NOS LIMITES DA APÓLICE. DANOS MORAIS.

AUSÊNCIA DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE RESSARCIR OS VALORES DESPENDIDOS A ESSE TÍTULO. A determinação imposta à seguradora, de ressarcir os valores despendidos pelo segurado, em decorrência da condenação na lide principal, deve, necessariamente, observar os limites fixados no contrato de seguro. Havendo cláusula expressa, excluindo a cobertura para a hipótese de danos morais causados a terceiros, tratando-se de garantia adicional, que, na hipótese em tela, não foi contratada, não pode ser condenada a seguradora a arcar com as quantias despendidas pelo segurado, a esse título. (TJMG; APCV 1.0015.09.050036-2/001; Rel. Des. Evandro Lopes Da Costa Teixeira; Julg. 13/03/2014; DJEMG 25/03/2014)

TRIPLO APELO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. ACIDENTE EM RODOVIA. ACOSTAMENTO. VALOR DANO MORAL. MANUTENÇÃO. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SEGURO. APÓLICE. DANOS PESSOAIS. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DA SEGURADORA. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PREPARO INCOMPLETO. AUSÊNCIA COMPLEMENTAÇÃO. DESERÇÃO. I- Estando o caminhão do autor regularmente estacionado no acostamento de rodovia, age com imprudência o motorista do veículo segurado que, desatento à via em que trafega, colide na traseira daquele, sendo tal, a causa determinante do sinistro. Ii- o valor da verba indenizatória para os danos 2 morais fixada atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual não merece reforma o ato decisório questionado. Iii- os lucros cessantes devem ser efetivamente comprovados, sob pena de não serem concedidos. Iv- em contrato de seguro em que a apólice prevê cobertura por danos pessoais, compreendem-se nesta expressão os danos morais. Precedentes do Superior Tribunal de justiça. V- em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice. Vi- apresentada resistência à denunciação da lide, tendo em vista pedido expresso de exclusão da cobertura pelos danos morais, fica sujeita a denunciada ao pagamento dos honorários de advogado resultantes da lide secundária. Vii- intimado o recorrente para a devida complementação do preparo no prazo de cinco dias e não recolhido o valor devido, medida que se impõe é aplicação da pena de deserção. Primeiro apelo conhecido e parcialmente provido. Segundo apelo conhecido e desprovido. Terceiro apelo não conhecido. (TJGO; AC 0038728-96.2010.8.09.0111; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Roberto Horácio de Rezende; DJGO 20/03/2014; Pág. 149)

Aliás, outro não é o entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO. COLISÃO DE CAMINHÃO COM VEÍCULOS ESTACIONADOS. PROCEDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE FATO. CONTRATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. CLÁUSULA EXCLUDENTE DE SINISTRO TIDA COMO ABUSIVA POR CONTRÁRIA À PRÓPRIA ESSÊNCIA DO SEGURO. CDC, ART. 51, § 10, II.

(...)

III. Abusiva a cláusula que ao limitar a cobertura por defeitos verificados no veículo, termina, em essência, por desfigurar a própria natureza do contrato de seguro, ameaçando o seu objeto ou equilíbrio (art. 53, parágrafo 1º, II, do CDC).

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 442382/PB - RECURSO ESPECIAL -2002/0072849-4 - Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Órgão Julgador: QUARTA TURMA - Data do Julgamento 25/09/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 15.10.2007 p. 271 Ementa)

Deste modo, agiu com acerto o Juiz de 1.º grau ao condenar a Seguradora, regressivamente, a ressarcir os danos causados ao autor.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a condenação, nos casos de indenização, poderá, inclusive, ser direta e solidária da seguradora, uma vez que, julgado procedente o pedido inicial, a responsabilidade passa a ser fundada no título judicial e não no contrato, verbis:

"CIVIL.SEGURO.AÇÃOINDENIZATÓRIA.DENUNCIAÇÃO.ACOLHIMENTO. SEGURADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECORRÊNCIA. TÍTULO JUDICIAL. CLÁUSULA CONTRATUAL. SISTEMA DE REEMBOLSO. APLICAÇÃO RESTRITA AO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. I - O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, em razão da estipulação contratual em favor de terceiro existente na apólice, a seguradora pode ser demandada diretamente para pagar a indenização. II - Se a seguradora poderia ter sido demandada diretamente, não resta dúvida de que, ao ingressar no feito por denunciação, assumiu a condição de litisconsorte. Nessa situação, submete-se à coisa julgada e, no caso de condenação, é legitimada para figurar no pólo passivo da execução, cabendo-lhe o adimplemento do débito nos limites da sua responsabilidade.

III - Julgado procedente o pedido indenizatório e a denunciação da lide, a responsabilidade solidária da seguradora passa a ser fundada no título judicial e não no contrato. Assim, sem perquirir acerca da nulidade ou abusividade da cláusula prevendo que a seguradora será responsabilizada apenas pelo reembolso ao segurado, conclui-se ficar restrita sua aplicação aos pagamentos efetuados administrativamente. No que sobejar, a execução poderá ser intentada contra seguradora. Recurso provido." (REsp 713115/MG; RECURSO ESPECIAL 2004/0184239-8; Ministro CASTRO FILHO; T3 - TERCEIRA TURMA; 21/11/2006; DJ 04/12/2006 p. 300; LEXSTJ vol. 209 p. 139) (destaquei)

Por fim, com relação à decisão singular que condenou a apelante, Enersul, ao pagamento integral das verbas de sucumbência deve ser mantida, pois o autor não decaiu do pedido. Assim, não cabe a alegação de inversão do ônus de sucumbência.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso." (f. 391/404)

Em relação à alegação da seguradora agravante de que as razões da decisão monocrática não se referem à questão posta nos autos, ao argumento de que consta dela que às f. 17 aparece, na apólice a contratação de danos morais e estes sequer foram pleiteados nos autos.

Ao contrário do que a seguradora agravante pretende fazer crer, a decisão monocrática agrava encontra-se bem fundamentada e remonta-se, inteiramente aos documentos e fatos apresentados nos autos. Veja-se que, às f. 177 (e não às f. 17, como mencionado no agravo regimental apresentado pela seguradora) consta da apólice a contratação de danos morais e isso foi apenas comentado no bojo da decisão recorrida, apenas para esclarecer os termos e limitações da apólice. Não houve pleito de condenação por danos morais, assim como, o dispositivo final da decisão não o concedeu.

Tomando conhecimento da súplica das agravantes, portanto, tive a oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente nos recursos de agravo, porém, não me convenci das razões destes regimentais.

Como os agravantes não acresceram nada a este recurso, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxeram os recorrentes nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão pela qual mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 21 de outubro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0800505-31.2013.8.12.0021/50000 - Três Lagoas
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DESCONTO REALIZADO EM FOLHA DE PAGAMENTO – FINS DE AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA – IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO ALÉM DO LIMITE PREVISTO LEGALMENTE – DANO MORAL CONFIGURADO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Inobstante haja cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de empréstimo consignado é ilícita e dá margem a reparação por dano moral.

Não se exige do julgador a menção expressa aos dispositivos legais ou constitucionais invocados pelas partes, bastando a apreciação das questões objeto da insurgência, sendo notadamente desnecessária tal providência, mesmo para fins de prequestionamento.

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, 30 de setembro de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Banco Santander S/A interpõe recurso de agravo regimental em face da decisão monocrática de fls. 283/287 que concedeu parcial provimento ao apelo interposto nos autos da ação de indenização por danos morais c/c repetição de indébito ajuizada por Alberto Henrique de Castilho Oliveira.

O agravante alega a inexistência de conduta ilícita apta a configurar a responsabilidade civil da instituição financeira, uma vez que os valores descontados da folha de pagamento do agravado ocorreram apenas em virtude de seu inadimplemento, não havendo se falar em falha na prestação de serviços ou má-fé da empresa-ré.

Sustenta a necessidade de reforma da decisão proferida, porquanto não foram colacionados aos autos provas aptas a comprovar a ilicitude de sua conduta, ou os danos morais sofridos pela parte autora em decorrência do suposto evento danoso.

Prequestiona a matéria discutida no presente agravo para fins de interposição de recurso perante os Tribunais Superiores.

Ao final, pugna pelo provimento do agravo interno para que o feito seja analisado por órgão colegiado, havendo um novo julgamento das questões aventadas.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Banco Santander S/A interpõe recurso de agravo regimental em face da decisão monocrática de fls. 283/287 que concedeu parcial provimento ao apelo interposto nos autos da ação de indenização por danos morais c/c repetição de indébito ajuizada por Alberto Henrique de Castilho Oliveira.

Observando o conjunto probatório e fático dos autos, denota-se que a empresa agravante realizou descontos mensais na folha de pagamento da parte autora, ora recorrida, a fim de obter o crédito proveniente do empréstimo consignado contraído por esta. Contudo, o abatimento da quantia devida diretamente da conta-corrente do demanda se deu de maneira ilegal, porquanto o devedor sequer fora informado de que seus proventos mensais seriam aproveitados como forma de amortizar a dívida, causando imensos transtornos a seu cotidiano.

Insta salientar que, *in casu*, a instituição financeira não colacionou aos autos provas que corroborem com as alegações expendidas em tese de defesa, razão pela qual não há como aferir se o devedor foi previamente noticiado do fato que ensejou o evento danoso. Outrossim, em razão de ser a fornecedora do serviço bancário e o autor o consumidor, entendo que cabia à instituição financeira provar que o recorrido possuía conhecimento de que os proventos percebidos mensalmente por ele, correntista, seriam aproveitados como forma de amortizar a dívida.

Ainda que assim não o fosse, o entendimento jurisprudencial pátrio é pacífico no sentido de ser ilícita a retenção integral da quantia depositado em conta corrente, a título de salário, a fim de liquidação do saldo negativo, ainda que haja cláusula contratual expressa a esse respeito, o que não restou demonstrado nos autos, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RETENÇÃO DA TOTALIDADE DO SALÁRIO DA AGRAVADA DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE. INADMISSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. REEXAME OBSTADO. SÚMULA STJ/7. QUANTUM FIXADO COM RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme já decidido por esta Turma, ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. (Resp 1021578/SP). 2. [...]. 5. Agravo Regimental Improvido.* (STJ. AgRg no AREsp 159654/RJ. Terceira Turma. Rel. Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti. J. 22/05/2012. DJe. 01/06/2012)

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO DO DESCONTO EM 30%. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.*

> *1. Tem prevalecido nas Turmas que integram a C. Segunda Seção o entendimento de que, "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 3.2.11), ou seja, da sua remuneração líquida. 2. [...] 4. Agravo Regimental Improvido. (STJ. AgRg no AREsp 349084/RJ. Terceira Turma. Rel. Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti. J. 24/09/2013. DJe. 10/10/2013)

Diante de tais considerações, corroborando o entendimento exarado pela jurisprudência pátria ao caso sob análise, é notória a conduta ilícita do agravante, visto que a retenção dos proventos percebidos pelo autor além do limite legal, para fins de amortização de empréstimo consignado, enseja dano moral, em virtude à dignidade da pessoa humana, já que se trata de verba a ser destinada à própria subsistência do contratante.

No que toca o prequestionamento, entendo que não é necessária a manifestação expressa do julgador quanto a todos os dispositivos legais e constitucionais argüidos, bem como aos argumentos suscitados pelas partes para que esteja cumprido o requisito exigido pelas cortes superiores para eventual interposição de recurso externo, bastando que a matéria tenha sido suficientemente debatida e esteja adequadamente fundamentada.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

P.I.

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, 30 de setembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0014461-47.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – EXTRAVIO DE BAGAGEM.

APELO DE TAM LINHAS AÉREAS S/A – AUSÊNCIA DE ASSINATURA ORIGINAL NA PEÇA RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

APELO DE AMERICAN AIRLINES INC – APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INFORMAÇÃO QUANTO AO EXTRAVIO DE BAGAGEM – ATO CUMPRIDO PELO PASSAGEIRO – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DO TERMO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS PARA A DATA DA SENTENÇA – ALTERADO PARA A DATA DA CITAÇÃO – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do recurso de TAM Linhas Aéreas S/A e dar parcial provimento a apelo de American Airlines INC, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tam Linhas Aéreas S/A e American Airlines INC, interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais propostas por Luan Marques Galasso, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando solidariamente as requeridas, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, corrigidos pelo IGPM, a partir da sentença e com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso; condenou ainda, ao pagamento de danos materiais, no valor de R$ 2.482,84, corrigido monetariamente pelo IGPM a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Ao final, condenou as requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 20, § 3º, do CPC.

A Tam Linhas Aéreas S/A busca reforma da sentença alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, afirmando que o extravio da bagagem ocorreu sob a responsabilidade da companhia American Airlines INC, sendo que somente foi constatado quando o apelado chegou em Brasília, vindo de Boston, não em vôo nacional operado pela recorrente. No mérito defende que, em caso de manutenção da condenação,

devem ser respeitados os limites estabelecidos nas normas relativas à responsabilidade civil do Código Brasileiro de Aeronáutica, tratados e convenções internacionais. Afirma que não houve dano moral, vez que não foi comprovado abalo na reputação do recorrido ou ainda, constrangimentos. No caso de ser mantida a condenação, que seja reduzido o *quantum,* para evitar o enriquecimento ilícito do apelado. Ao final, prequestiona os dispositivos elencados no recurso.

Já a American Airlines INC requer alteração na sentença no tocante ao *quantum* arbitrado a título dos danos morais, afirmando que deve ser limitado de acordo com a Convenção de Montreal, da qual o Brasil é signatário desde 2006. Assim, entende que o valor a ser pago não pode ultrapassar o patamar de 1.000 Direitos Especiais de Saque (DES), vez que o apelado não realizou uma Declaração de Bens e Valores no momento do embarque, fazendo prova do conteúdo que trazia em sua bagagem. Entende, portanto, que o recorrido não se desincumbiu do ônus que lhe competia, conforme determina o art. 333, do CPC. Assevera, ainda, que o apelado não cumpriu com a determinação da ANAC de informar o extravio de bagagens à ora apelante, não havendo provas dos itens que alega terem sido extraviados.

Entende que não houve dano moral indenizável e que, se mantida a condenação, deve ser reduzido para não causar o enriquecimento indevido do recorrido. Quanto ao termo para incidência dos juros, requer o arbitramento da data da prolação da sentença e não do evento danoso e, por fim, requer a redução dos honorários advocatícios de 20% para 10% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões da Tam Linhas Aéreas S/A às fls. 284/311.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 317/319.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Tam Linhas Aéreas S/A e American Airlines INC, interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais propostas por Luan Marques Galasso, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando solidariamente as requeridas, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, corrigidos pelo IGPM, a partir da sentença e com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso; condenou ainda, ao pagamento de danos materiais, no valor de R$ 2.482,84, corrigido monetariamente pelo IGPM a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Ao final, condenou as requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 20, § 3º, do CPC.

Do apelo de Tam Linhas Aéreas S/A

A Tam Linhas Aéreas S/A busca reforma da sentença alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, afirmando que o extravio da bagagem ocorreu sob a responsabilidade da companhia American Airlines INC, sendo que somente foi constatado quando o apelado chegou em Brasília, vindo de Boston, não em vôo nacional operado pela recorrente. No mérito defende que, em caso de manutenção da condenação, devem ser respeitados os limites estabelecidos nas normas relativas à responsabilidade civil do Código Brasileiro de Aeronáutica, tratados e convenções internacionais.

Afirma que não houve dano moral, vez que não foi comprovado abalo na reputação do recorrido ou ainda, constrangimentos. No caso de ser mantida a condenação, que seja reduzido o *quantum,* para evitar o enriquecimento ilícito do apelado. Ao final, prequestiona os dispositivos elencados no recurso.

Pois bem. No caso em tela, verifico, de plano, que o recurso interposto pela companhia aérea não pode ser conhecido, vez que ausente, na petição recursal, assinatura original do procurador da parte, tratando-se a mesma de mera fotocópia, razão pela qual o presente recurso não pode ser considerado válido.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSINATURA DIGITALIZADA - OU ESCANEADA - DO ADVOGADO SUBSTABELECENTE. INADMISSIBILIDADE. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557, PARÁGRAFO 2º, DO CPC. 1. A assinatura digitalizada - ou escaneada -, por se tratar de mera inserção de imagem em documento, não se confunde com a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, prevista no art. 1º, § 2º, III, a, da Lei n. 11.419/2006. 2. "A reprodução de uma assinatura, por meio do escaneamento, sem qualquer regulamentação, é arriscada na medida em que pode ser feita por qualquer pessoa que tenha acesso ao documento original e inserida em outros documentos. Não há garantia alguma de autenticidade, portanto. A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, invocado pelas recorrentes, deve encontrar limites exatamente no princípio da segurança jurídica. Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de conferir aos jurisdicionados, usuários das modernas ferramentas eletrônicas, o mínimo de critérios para garantir a autenticidade e integridade de sua identificação no momento da interposição de um recurso ou de apresentação de outra peça processual". (REsp 1.442.887/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/5/2014, DJe de 14/5/2014) 3. A assinatura digital certificada digitalmente, por seu turno, permite a identificação inequívoca do signatário do documento, o qual passa a ostentar o nome do detentor do certificado digital utilizado, o número de série do certificado, bem como a data e a hora do lançamento da firma digital, presumindo-se verdadeiro o seu conteúdo em relação ao signatário, na forma do art. 10º da Medida Provisória n. 2.200-2, de 2001. 4. Na espécie, observa-se que no substabelecimento acostado está inserida tão somente a assinatura digitalizada - ou escaneada - do patrono substabelecente, não sendo possível, assim, aferir a autenticidade. Ademais, é possível visualizar sem maiores dificuldades que o campo onde está inserida a assinatura apresenta borrão característico de digitalização, o que não se observa em relação ao texto do substabelecimento. Também, ao se exportar o substabelecimento para o visualizador de arquivo padrão pdf (portable document format), fica ainda mais evidente a inserção da imagem com a assinatura no referido documento. Tais circunstâncias demonstram, de forma inequívoca, que o substabelecimento não se trata de cópia digitalizada de documento original (art. 365, inc. IV, do CPC). 5. Recurso manifestamente inadmissível a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 557, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. 6. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa."* (AgRg no AREsp 471.037/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014)

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA ORIGINAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. Não se conhece de recurso em que é apresentada somente cópia reprográfica sem autenticação ou assinatura original do advogado. 2. Agravo regimental não conhecido."* (AgRg no Ag 1338608/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 23/05/2011)

> *"PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PETIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTA MEDIANTE CÓPIA. AGRAVO NÃO CONHECIDO. É inexistente recurso apresentado por meio de cópia não autenticada ou sem a assinatura original do advogado da parte. - Agravo não provido."* (AgRg no Ag 1352081/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011)

Ainda que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, refira-se ao recurso do agravo, em se tratando de recurso de apelação, tenho que o entendimento não pode ser diverso, uma vez que deve ser preservada a segurança jurídica.

Conforme citado na primeira jurisprudência retro colacionada:

> *"A reprodução de uma assinatura, por meio do escaneamento, sem qualquer regulamentação, é arriscada na medida em que pode ser feita por qualquer pessoa que tenha acesso ao documento original e inserida em outros documentos. Não há garantia alguma de autenticidade, portanto. A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, invocado pelas recorrentes, deve encontrar limites exatamente no princípio da segurança jurídica. Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de conferir aos jurisdicionados, usuários das modernas ferramentas eletrônicas, o mínimo de critérios para garantir a autenticidade e integridade de sua identificação no momento da interposição de um recurso ou de apresentação de outra peça processual"* (AgRg no REsp 471.037/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014).

Observa-se dos autos, que nem mesmo a petição de interposição do recurso possui assinatura original do patrono, e que a assinatura presente na cópia, é diversa das outras constantes nos autos, como por exemplo às fls. 150 e 179.

Ante o exposto, deixo de conhecer do apelo interposto por Tam Linhas Aéreas S/A.

Do apelo de American Airlines Inc.

Da aplicação da Convenção de Montreal

A American Airlines INC requer alteração na sentença no tocante ao *quantum* arbitrado a título dos danos morais, afirmando que deve ser limitado de acordo com a Convenção de Montreal, da qual o Brasil é signatário desde 2006. Assim, entende que o valor a ser pago não pode ultrapassar o patamar de 1.000 Direitos Especiais de Saque (DES), vez que o apelado não realizou uma Declaração de Bens e Valores no momento do embarque, fazendo prova do conteúdo que trazia em sua bagagem.

Entende, portanto, que o recorrido não se desincumbiu do ônus que lhe competia, conforme determina o art. 333, do CPC.

Quanto à possibilidade de aplicação da Convenção de Montreal para fixação da indenização por danos morais ao recorrido, entendo que está fadado a o insucesso a recorrente, *"O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, não é mais regulada pela convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista"*. (AGRG no REsp 141.630/RN, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 18.12.12).

Portanto, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, e não as disposições da Convenção de Montreal, por tratar-se de relação de consumo, preponderando a Legislação Nacional. O extravio de bagagem em transporte aéreo caracteriza defeito na prestação de serviço ofertado pela empresa, e os danos decorrentes deste ato devem ser indenizados, conforme disposto no art. 14 da Lei n. 8.078/90.

Assim, observados os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, bem como a condição das partes, o grau de culpa do causador do dano, a gravidade e intensidade da ofensa moral, deve-se indenizar pelo dano sofrido.

No tocante à declaração de bens e valores, trata-se de uma cautela a ser tomada pela própria empresa de transporte aéreo, responsável pelo transporte das bagagens que lhe é confiado. A não declaração dos bens ou ainda, a não contratação de seguro de bagagens, não exime a responsabilidade da empresa e cumprir sua obrigação de transportar com segurança, os bens entregues pelo passageiro.

Da informação quanto ao extravio da bagagem

Assevera, ainda a apelante, que o apelado não cumpriu com a determinação da ANAC de informar o extravio de bagagens à ora apelante, não havendo provas dos itens que alega terem sido extraviados.

Neste ponto, tenho que a recorrente age, podendo-se dizer até mesmo, que de má-fé, vez que às fls. 20 dos autos, o autor, ora apelado juntou documento que continha a seguinte informação:

> *"Prezado(a) Passageiro(a),*
>
> *Desde já nos desculpamos por qualquer inconveniência que o senhor(a) tenha vivenciado em consequência do atraso na entrega de seus pertences durante sua viagem conosco. Nosso objetivo primário é localizar o(s) volume(s) extraviados e, a fim de que isso se concretize, faremos todos os esforços necessários para resolver sua situação tão logo quanto possível.*
>
> *Como o(a) senhor(a) concluirá sua viagem com outra companhia aérea até o destino final, informamos que a companhia encarregada pelo último trecho é a responsável pela abertura do processo de irregularidade de bagagem. Esta medida, além de se tratar de um acordo entre todas as companhias aéreas operando em conjunto com a America Airlines, é a única forma de assegurarmos o envio de sua bagagem ao destino final.*
>
> *Desta forma, solicitamos gentilmente que seja aberto o processo de irregularidade de bagagem com a companhia responsável pelo último trecho de sua rota.*
>
> *Obrigado por sua paciência enquanto continuamos firmes na busca de sua propriedade.*
>
> *Atenciosamente,*
>
> *American Airlines / Baggage Service / Aeroporto Internacional de Brasília"*

Ora, por orientação da própria recorrente, vê-se que o autor informou à empresa Tam Linhas Aéreas S/A, sobre o extravio de sua bagagem, não havendo qualquer cabimento a alegação maliciosa da apelante de que não foram cumpridas as determinações da ANAC.

Ao que consta, se há alguma das partes, descumprindo as orientações ou ordens da ANAC, esta não é o recorrido.

Diante disso, afasto a referida legação.

Do *quantum* da indenização por danos morais

Entende que não houve dano moral indenizável e que, se mantida a condenação, deve ser reduzido para não causar o enriquecimento indevido do recorrido.

É sabido que inexiste um parâmetro legal rígido para se quantificar o valor de uma indenização por dano moral. Tal tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, o qual deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade

do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também um sentido punitivo.

Com efeito, somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se mostrar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do STJ:

> *"A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso."* (RESP 203.755/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Acórdão de 27.04.99).

Em face desse contexto, embora o julgador *a quo* tenha considerado os critérios utilizados pela maior parte da doutrina e jurisprudência, valendo-se de razoável prudência e senso de justiça para arbitrar a condenação, tenho que a sentença objurgada merece reparos no que tange ao montante da indenização com sua redução.

Ante todas as peculiaridades que o caso apresenta, hei por bem minorar o valor da indenização por danos morais arbitrada, de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), atendendo assim, ao caráter sancionador, sem causar o enriquecimento sem causa do lesado, que já está, inclusive, sendo indenizado pelos danos materiais causados.

Portanto, entendo como justa a indenização e coerente ao caso em tela,sendo capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a apelante torne-se reincidente, atendendo aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, sem causar enriquecimento excessivo ao apelado.

Do termo de incidência dos juros

Quanto ao termo para incidência dos juros, requer a apelante, o arbitramento da data da prolação da sentença e não do evento danoso.

Quanto ao pedido de alteração da incidência dos juros, tenho que deve ser atendido em parte. Explico.

Diante da relação contratual havida entre as partes, o termo de incidência dos juros deve ser o da data da citação, vejamos:

> *"(...) 2) Na hipótese de condenação em indenização por danos morais, os juros de mora contam-se da citação e a correção monetária é calculada a partir da publicação do acórdão (Súmula nº 362 do STJ). 3) Recurso provido."* (TJDF; Rec. 2009.04.1.0128-2; Ac. 510.036; Terceira Turma Cível; Rel. Des. João Mariosi; DJDFTE 08/06/2011; p.93).

> *"CIVIL COBRANÇA DE DIFERENÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54/STJ DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. 1. Os juros, in casu, contam-se a partir da data em que a seguradora foi constituída em mora para proceder ao pagamento da diferença pleiteada pela recorrente, ou seja, a partir de sua citação. 2. A obrigação de indenizar decorrente do evento danoso, imputada a quem deu causa ao mesmo, não se confunde com a obrigação de pagar a importância segurada devida em razão do acidente, lastreada em contrato de seguro DPVAT. 3. Não sendo a seguradora a causadora dos danos que ensejaram o pagamento do seguro, não há que se cogitar na aplicação de juros de mora contados desde a data do evento danoso, prevista no enunciado da Súmula n. 54/STJ. 4. Dissídio*

não comprovado na forma legal e regimental. 5. Recurso especial não conhecido." (REsp 546392/MG; Recurso Especial, 2003/0087644-5, Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, julgado em 18/08/205, Publicado no DJ 12.09.2005, p. 34)

Referida questão, inclusive, já foi discutida em sede de Recurso Especial Repetitivo, sendo que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que os juros de mora são devidos a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Assim, deve ser provido em parte o referido pedido.

Dos honorários advocatícios

Por fim, a apelante requer a redução dos honorários advocatícios de 20% para 10% sobre o valor da condenação.

No tocante aos honorários advocatícios, entendo que a condenação no patamar de 10% sobre o valor da condenação deve ser mantida, eis que atende precipuamente o que dispõe o artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil. Vejamos:

"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 o seu serviço."

Respeitados os requisitos acima referidos, tem-se como razoável a fixação dos honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Conclusão

Ante o exposto, deixo de conhecer do recurso de Tam Linhas Aéreas S/A e, quanto ao recurso de American Airlines INC, conheço do mesmo e dou-lhe parcial provimento para reduzir o valor do *quantum* arbitrado a título de danos morais de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais) e alterar o termo de incidência dos juros da data do evento danoso para a data da citação, por tratar-se de relação contratual. No mais, mantenho intacta a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso de Tam Linhas Aéreas S/A e deram parcial provimento a apelo de American Airlines Inc, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0801859-33.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIDO POR AUSÊNCIA DE PEDIDO DE APRECIAÇÃO NAS CONTRARRAZÕES – MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DE ENTORPECENTES E PRODUTOS DE ROUBO E FURTO CUMPRIDO EM LOCAL DIVERSO DAQUELE INDICADO NO DOCUMENTO – ARROMBAMENTO DO PORTÃO DA RESIDÊNCIA DOS APELADOS, COM BUSCA NO IMÓVEL COMO SE BOCA DE FUMO FOSSE – DANO MORAL CONFIGURADO – ERRO NO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO EM RELAÇÃO AO MONTANTE INDENIZATÓRIO – 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, não conhecer do agravo retido e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados por Leonardo Lugo Vilalva e Valéria Souza de Paula na ação indenizatória por danos morais e materiais ajuizada, condenou o Estado ao pagamento de indenização por danos morais aos autores, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um, em virtude de terem tido sua residência indevidamente invadida por policiais militares a pretexto de estarem procurando drogas.

O apelante assevera que a sentença não pode prosperar, visto que os apelados não se desincumbiram do ônus de comprovar o dano moral sofrido, tais como perturbações psíquicas, desequilíbrios emocionais, alterações depressivas, prejuízos à imagem, etc, e que não poderia o magistrado de piso presumir um dano que não restou demonstrado.

Argumenta que a presença de policiais militares no domicílio dos apelados durante a averiguação dos fatos não pode ser causa suficiente para ocasionar tamanho trauma, mormente porque os policiais não agiram com excesso ou abuso e estavam agindo no estrito cumprimento do dever legal.

Defende que a abordagem e detenção nestas circunstâncias não podem nem devem gerar indenização, sob pena de se inviabilizar a própria atividade policial investigativa, e, assim, postula o conhecimento e provimento do recurso, com a exclusão da condenação a si imposta.

Contrarrazões às fls. 226-231, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados por Leonardo Lugo Vilalva e Valéria Souza de Paula na ação indenizatória por danos morais e materiais ajuizada, condenou o Estado ao pagamento de indenização por danos morais aos autores, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um, em virtude de terem tido sua residência indevidamente invadida por policiais militares a pretexto de estarem procurando drogas.

O apelante assevera que a sentença não pode prosperar, visto que os apelados não se desincumbiram do ônus de comprovar o dano moral sofrido, tais como perturbações psíquicas, desequilíbrios emocionais, alterações depressivas, prejuízos à imagem, etc, e que não poderia o magistrado de piso presumir um dano que não restou demonstrado.

Argumenta que a presença de policiais militares no domicílio dos apelados durante a averiguação dos fatos não pode ser causa suficiente para ocasionar tamanho trauma, mormente porque os policiais não agiram com excesso ou abuso e estavam atuando no estrito cumprimento do dever legal.

Defende que a abordagem e detenção nestas circunstâncias não podem nem devem gerar indenização, sob pena de se inviabilizar a própria atividade policial investigativa e, assim, postula o conhecimento e provimento do recurso, com a exclusão da condenação a si imposta.

Pois bem.

Primeiramente, deixo de conhecer do agravo retido interposto pelos apelados na audiência de fls. 159-160, por força do art. 523, § 1º, do CPC.

Quanto ao apelo, o recurso não merece prosperar.

Conforme se extrai dos autos e restou consignado na sentença de primeiro grau, muito embora os policiais militares que participaram da operação estivessem em posse de mandado de busca e apreensão para apreensão de substâncias entorpecentes e produtos de roubos e furtos no local denominado "Boca da Juciene" (fl. 21), verifica-se que o referido mandado foi cumprido em imóvel diverso daquele apontado no referido documento, tendo, assim, culminado em busca indevida na residência dos apelados.

Do mandado de fl. 21, é possível verificar que o Juízo Criminal determinou a busca e apreensão *"na residência denominada Boca da Juciene localizada no endereço Rua Victor Urt, quadra 25, s/nº, ao lado do lote 05, Bairro Terra Vermelha, Corumbá-MS"*, ao passo que o imóvel dos recorridos localiza-se à Rua Heitor Paulo de Oliveira, quadra 25, lote 04, Bairro Alta Floresta I, Ladário-MS, consoante documento de fls. 20.

Nesse contexto, tenho que o abalo moral sofrido pelos recorridos é patente, na medida em que os policiais militares cometeram ato ilícito ao adentrar indevidamente na residência dos apelados logo na

primeira hora da manhã e efetuar buscas em todo o local diante dos filhos pequenos, como se lá se tratasse de ponto de venda de drogas e objetos ilícitos, tudo em virtude de identificação errônea do endereço lançado no mandado, fato este que não foi negado pelo Estado apelante.

A respeito do ato ilícito e do dever de indenizar, os artigos 186 e 927 do Código Civil assim estabelecem:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*
>
> *"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Vale destacar, ainda, o teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que assim disciplina:

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

Pela análise do dispositivo retro mencionado, podemos verificar que o direito pátrio homenageou a teoria do risco administrativo, pela qual a Administração Pública deve responder objetivamente por quaisquer danos causados à terceiros, seja por ação ou omissão dos servidores estatais, nessa qualidade, independentemente da confirmação de culpa.

O Superior Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão – Teoria do risco administrativo.*
>
> *Ementa oficial: A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.*
>
> *Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem a) a alteridade do dano, b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal* (RTJ 55/503, RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155 e RTJ 131/417).
>
> *O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 e RTJ 55/50)."* (Recurso Extraordinário nº 109.615-2. RT, 773:130-131)

No caso em tela, em que pese a assertiva do apelante de que os policiais estariam simplesmente agindo no estrito cumprimento do dever legal e exercendo a atividade investigativa que lhes é peculiar, não há como negar a existência do ato ilícito praticado, eis que houve erro no cumprimento do aludido dever legal, com a consequente violação à honra e intimidade dos apelados os quais, de modo algum, guardavam relação com a ordem de busca e apreensão contida no mandado.

Evidentemente, a busca e apreensão indevida em residência como se o local fosse "boca de fumo" por erro na constatação do endereço consiste em mácula à intimidade e à honra das pessoas que moram no local, representando, pois, sofrimento na alma, no espírito, abalo insuscetível, portanto, de comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito para ensejar a indenização por dano moral.

Devo registrar que o delegado de polícia Enilton Pires Zalla, que prestou depoimento como informante e afirma ter participado da operação, inclusive confirmou que houve arrombamento do portão da residência, por haver suspeita quanto ao que seria encontrado além dele, e reconheceu que a presença de policiais militares em ação daquela espécie realmente configura constrangimento às crianças que se encontram no local.

Por estas razões, não vislumbro no recurso interposto qualquer argumento capaz de demonstrar o desacerto da sentença que condenou o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais aos apelados, mormente considerando que o apelo manejado pelo Estado não objetivou a redução do montante indenizatório, tendo se limitado a tão-somente alegar a inexistência de provas do dano moral sofrido pelos recorridos.

Conclusão:

Sem mais delongas, deixo de conhecer do agravo retido interposto pelos apelados e, quanto ao recurso de apelação, conheço do mesmo porém nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do agravo retido e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Reexame Necessário n. 0803337-60.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APROVAÇÃO VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE ENSINO SUPERIOR – PREENCHIDOS OS REQUISITOS – NEGATIVA DE MATRÍCULA POR FALTA DE HISTÓRICO ESCOLAR – ENSINO MÉDIO NÃO CONCLUÍDO – CARGA HORÁRIA COMPLETA ATRAVÉS DE CURSO TÉCNICO – DEVIDA MATRÍCULA DA IMPETRANTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de outubro de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Vieram os autos para Reexame Necessário da decisão de 1° Grau que concedeu a segurança pleiteada por Yris Laine Mendes – assistida por sua genitora Maria de Jesus Aires de Oliveira, determinando a matrícula da impetrante no curso de ciências da computação.

Segundo o que consta dos autos, a impetrante foi aprovada em 5° Lugar no processo seletivo (vestibular) para ingresso no Curso Superiro de Bacharelado em Ciências da Computação, período integral, contudo, teve sua matrícula indeferida, em virtude da não apresentação de seu histórico escolar.

A impetrante alegou em sua inicial que é aluna do Curso Técnico em Informática Integrado ao Ensino Médio, com habilitação em técnico de informática, o qual tem duração de 04 anos, tendo cursado até então até o 3° ano, ou seja, se estivesse realizando o ensino médio regular já teria concluído, cumprindo com a exigência legal.

Não houve recurso voluntário.

Parecer da PGJ, às fls. 195/199, pela manutenção da decisão singular.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Vieram os autos para Reexame Necessário da decisão de 1° Grau que concedeu a segurança pleiteada por Yris Laine Mendes – assistida por sua genitora Maria de Jesus Aires de Oliveira, determinando a matrícula da impetrante no curso de ciências da computação.

Dispõe a Lei de Diretrizes Básicas da Educação:

> *Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:*
>
> *I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:*
>
> *(...)*

No caso dos autos, verifico que a impetrante optou por realizar curso técnico, com duração de 04 anos, sendo que, pelo que consta dos documentos acostados, o período por ela já cursado está totalmente de acordo com a carga horária exigida para o ensino médio.

Ainda que assim não fosse, dispõe a Constituição Federal de 1988, nos artigos 205 e 208, inciso V, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; "*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seu artigo 54, inciso V, prescreve ser dever de o Estado assegurar à criança e ao adolescente:

> *"(...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; "*

Pelo que se depreende da interpretação tanto da Constituição Federal quanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado tem a obrigação de garantir o acesso do educando aos mais elevados níveis de ensino de acordo com a capacidade de cada um.

Neste sentido, aliás, a Lei nº 9.394/96, que é Lei de Diretrizes e Bases da Educação, prevê:

> *Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 5º (...)*
>
> *§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.*
>
> *Art. 47 (...)*
>
> *§ 1º - os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrados por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas do sistema de estudos.*

O art. 24 do mesmo diploma legal prevê hipótese de avanço de etapas "*independente da escolarização anterior*", mediante avaliação feita pela escola que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato, o que pode ser aplicado analogicamente ao caso em tela.

Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, "*o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo*" (in 'Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural', n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27)

Assim, embora não tenha atendido o requisito idade, em virtude de que não possuía 18 anos completos na data da realização da primeira prova do ENEM, o fato é que a impetrante demonstrou ótimo aproveitamento nos seus estudos, o que restou evidenciado nos autos pelo bom aproveitamento no ENEM, pela aprovação em vestibular de curso superior, atingindo a aprovação na 5ª colocação na Universidade Estadual.

Portanto, tal aproveitamento extraordinário, tem o condão de lhe conferir a possibilidade de concluir o ensino médio antes dos 18 anos completos, para o fim de alcançar nível elevado de ensino.

Conclusão

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do presente Reexame Necessário, contudo 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. Sideni Soncini Pimentel

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de outubro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0028803-34.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ISS – LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – AGRAVO RETIDO – TUTELA ANTECIPADA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO E SENTENÇA RATIFICADA.

O ISS é devido ao município do local onde a atividade é desenvolvida, ou seja, para onde direcionaram-se os esforços e trabalho, mesmo quando alguns tenham sido realizados intelectual e materialmente na sede da empresa.

Honorários advocatícios fixados com razoabilidade e equidade devem ser mantidos.

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 agravo retido e, no mérito, negar provimento ao recurso e ratificar a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de setembro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Município de Campo Grande interpõe apelação (f. 250-63) contra sentença (f.242-6) que, na ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário movida por Nota Control Tecnologia Ltda., julgou procedentes os pedidos para: i) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a recorrida a recolher ISSQN pelos serviços prestados ao Município de Mogi das Cruzes-SP; e, ii) fornecer certidão negativa de débitos ressalvada a hipótese de haver dívida não paga referente a outro tributo. Sucumbência pelo recorrente com honorários de R$ 1.500,00.

Em preliminar, requer a apreciação do agravo retido. Sustenta que tem legitimidade ativa para exigir o ISSQN porque a sede da recorrida está localizada nesta Capital e aqui emite notas fiscais quando não possui filial em alguns locais em que é contratada para prestar serviços. Pleiteia, subsidiariamente, redução dos honorários para R$ 500,00 e, ao final, provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 271-6.

O Juiz submete a sentença para reexame.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta contra a sentença em que se julgou procedentes os pedidos para: i) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a recorrida a recolher ISSQN pelos serviços prestados ao Município de Mogi das Cruzes-SP; e, ii) fornecer certidão negativa de débitos ressalvada a hipótese de haver dívida não paga referente a outro tributo. Sucumbência pelo recorrente com honorários de R$ 1.500,00.

Do agravo retido

Este recorrente interpôs agravo retido contra decisão que concedeu a tutela antecipada para suspender a exigibilidade de créditos tributários gerados por notas fiscais emitidas em Mogi das Cruzes-SP (f. 171-80).

A despeito da insurgência, estão presentes os requisitos da medida tanto que a pretensão foi julgada procedente e a sentença, a meu ver, deve ser mantida, de modo que voto por negar provimento ao retido.

Mérito

Consta dos autos que a apelante ajuizou a presente ação defendendo a inexigibilidade do crédito tributário referente à cobrança de ISSQN por serviços prestados em município do interior do Estado de São Paulo.

O artigo 156, III, da CF, dispõe que os municípios possuem competência para instituição de imposto sobre os serviços de qualquer natureza, a serem definidos em Lei Complementar, desde que não compreendidos no artigo 155, II, da mesma Carta, observada a redação dada pela EC 03/93.

Nos termos da Lei Complementar 116/03:

> *Art. 3º. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.*
>
> *Art. 4º. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.*

No caso, a apelada é empresa prestadora de serviços voltados à gestão, organização e controle de sistema informatizado da arrecadação de tributo, com sede em Campo Grande e detém filiais em várias cidades de outros Estados (f. 26), sendo que em algumas delas os serviços são prestados na estrutura da Prefeitura, dentre eles, o caso de Mogi das Cruzes-SP.

Sobre este assunto a seguinte lição doutrinária:

> *Na determinação de qual seja o Município competente para a cobrança do ISS é de grande importância sabermos o que se deve entender por estabelecimento prestador do serviço.*

> *Para esse fim, considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante para caracterizá-lo as denominações – sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato, ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas (Lei Complementar 116/2003, art. 4º).*

Este entendimento prevalece em razão da autonomia política outorgada pela Constituição Federal aos municípios (artigos 1º e 18), não se podendo admitir que o serviço prestado dentro do território de um determinado município seja tributado por outro.

Seria o mesmo que a lei do Município onde se encontra o estabelecimento do prestador do serviço fosse dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território de outro onde foi efetivamente prestado gerando a fonte de movimento econômico.

Nesse contexto, o fato relevante e a ser levado em consideração é o local para onde direcionaram-se todos os esforços e trabalho, mesmo quando alguns tenham sido realizados intelectual e materialmente na sede da empresa.

> *A propósito:*
>
> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE FIM.*
>
> *1. Cinge-se a controvérsia em saber qual Município é titular do crédito de ISSQN: o Município de Cariacica, onde é prestado o serviço desenvolvido pelo contribuinte (lavanderia); ou o Município de Vitória, local da filial administrativa da empresa (captação de clientela, entrega da mercadoria e pagamento).*
>
> *2. Considera-se como local do estabelecimento prestador a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica.*
>
> *3. No presente caso, o Município de Vitória (recorrente) não é o local da prestação de serviços, mas sim onde se executam as atividades de captação da clientela (atividade meio). Portanto, não pode o recorrente ser o beneficiário do tributo.*
>
> *4. A jurisprudência do STJ afirma que, "envolvendo a atividade, bens e serviços, a realidade econômica que interessa ao Direito Tributário impõe aferir o desígnio final pretendido pelo sujeito passivo tributário, distinguindo-se a atividade meio, da atividade fim, esta última o substrato da hipótese de incidência." (REsp 805.317, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ 17.8.2006). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1251753/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j.em 27/09/2011, DJe 04/10/2011)*

Destarte, Mogi das Cruzes-SP, onde se realizou o fato gerador, é o ente público competente para o recolhimento do ISS e não Campo Grande, onde se localiza a sede da empresa prestadora do serviço, sob pena de contrariedade ao que prescreve o artigo 3º combinado com o artigo 4º, ambos da Lei Complementar 116/2003, bem como à autonomia política constitucional.

Assim, deve ser mantida sentença que julgou procedente a declaratória de inexistência, evitando-se a bitributação, bem como terá a recorrida direito à certidão negativa de débitos, ressalvada a hipótese de haver outras dívidas referentes a serviços prestados no Município de Campo Grande ou, ainda, em relação a outros tributos.

De outro lado, a fixação dos honorários advocatícios em R$ 1.500,00 é razoável e atende aos critérios do artigo 20, do Código de Processo Civil, preservando-se a justa remuneração do causídico, sem onerar o ente público.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo, ratificando a sentença reexaminanda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e, no mérito, negaram provimento ao recurso e ratificaram a sentença, 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 Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0053631-26.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PENAL POR ARTIGOS – INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA QUE CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – PROCESSO DE CONHECIMENTO DESNECESSÁRIO – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

A sentença penal condenatória constitui título executivo judicial, de forma que não pode mais ser discutido o *an debeatur* e sim apenas o *quantum*, que deve ser apurado em liquidação por artigos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de setembro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Francisca Bento de Oliveira interpõe apelação (f. 66-73) contra sentença (f. 60-2) que, na liquidação de sentença penal por artigos movida em face de Julio Cesar Mazlun Rocha, indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem resolução de mérito, uma vez que ausente o interesse de agir.

Sustenta que a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial e que um dos efeitos da condenação criminal é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Ao final, pede o provimento do recurso para reformar a sentença e determinar seu regular processamento.

VOTO

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

Trata-se de apelação contra sentença em que indeferiu a inicial e extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de interesse de agir, uma vez que "*a única coisa provada na ação penal condenatória foi a responsabilidade do réu pelo ato ilícito (lesão corporal), contudo, os danos enumerados na inicial, alcance/extensão e a indenização propriamente dita não fora obejto da sentença penal prolatada*". (f. 61).

A recorrente sustenta que a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial e que um dos efeitos da condenação criminal é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Razão lhe assiste.

Conforme orienta a doutrina, o interesse de agir caracteriza-se na necessidade de a pessoa vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar.

De acordo com a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], "[...] *existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe utilidade do ponto de vista prático".*

Destarte, demonstrada a necessidade da providência jurisdicional pleiteada, não há falar em falta de interesse de agir.

No que se refere à questão processual, estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 475-N, que a sentença condenatória criminal constitui título executivo no cível, de sorte que, transitada em julgado, o ofendido pode promover a execução.

Nesse sentido:

> *"Se a sentença penal não contiver o valor do dano causado, deve-se fazer sua liquidação, dispensado, de qualquer forma, o processo de conhecimento"* (RJTJRGS 149/463, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia, ed. Saraiva, 39ª ed., p. 585)

Assim, considerando a existência de um título executivo (f. 35-50), não mais há necessidade e utilidade do processo de conhecimento. Todavia, como a sentença penal, no caso, não contém o valor do dano, deve-se proceder à liquidação.

A propósito:

> *O ilícito penal comumente resulta em prejuízo de natureza civil, porquanto se presume a ilicitude extrapenal da conduta criminosa. Ademais, nos termos do art. 91, I do Código Penal, um dos efeitos da condenação consiste em "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".*
>
> *Assim, conquanto a doutrina afirme que a sentença penal condenatória tenha natureza meramente declaratória, o ordenamento jurídico confere a tal decisão o caráter de título executivo judicial. Nos termos do art. 63 do Código de Processo Penal:*
>
> *Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.*
>
> *Em razão disso, não há que se discutir acerca dos requisitos da responsabilidade civil do réu condenado no juízo criminal. Conforme ensina Rui Stoco:*
>
> *A condenação penal irrecorrível faz coisa julgada no cível para efeito da reparação do dano, não se podendo mais discutir a respeito do an debeatur, mas somente sobre o quantum debeatur. Isso significa que o causador do dano já não mais poderá*

1 Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 9. ed. Ed. RT, 2006, p.436.

discutir no juízo cível se praticou o fato ou não; se houve relação causal entre a sua conduta e o resultado; se ágil culpavelmente ou não. Só poderá discutir a respeito do valor correspondente à indenização. (Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., p. 272).

A esse respeito, já decidiu este Tribunal:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME - INCONTROVÉRSIA - DEVER DE INDENIZAR OS DANOS CAUSADOS PELA PRÁTICA DO CRIME CONFIGURADA. - A existência de sentença penal condenatória transitada em julgado tem como efeito tornar certa a autoria e a materialidade do crime, não sendo mais possível discutir essas questões no juízo cível. Reconhecida a prática do crime pelo réu no juízo criminal, torna-se incontroversa a sua responsabilidade civil pelos danos morais decorrentes do homicídio culposo do filho do autor. (TJMG, 14a Câmara Cível, Apelação Cível nº 477.626-1, Relatora: desembargadora Heloísa Combat, data do julgamento: 5/5/2005)

Em razão disto, a sentença penal condenatória foi incluída no rol dos títulos executivos judiciais (art. 475-N, II, do CPC), ensejando a correspondente liquidação, a fim de reparar o dano que decorre do ilícito penal.

Assim, resta evidente a admissibilidade do procedimento ajuizado pela parte apelante. Neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR - RECURSO CABÍVEL - AGRAVO DE INTRUMENTO - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ACOLHIDA. Um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação quanto à reparação do dano causado pela prática do crime. Contudo, para apuração do quantum debeatur, torna-se necessário o processo de liquidação de sentença. [...]. (Apelação Cível 1.0720.11.001989-3/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/08/2013, publicação da súmula em 02/09/2013) (...) (Apelação Cível 1.0024.11.319816-2/001, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/10/2013, publicação da súmula em 04/11/2013)

As insurgências da recorrente quanto à extensão dos danos materiais, estéticos e morais e a fixação do seu valor são questões a serem discutidas justamente nessa fase de liquidação, conforme se verifica no seguinte voto:

O art. 1525, do Código Civil de 1916, diploma vigente à época dos fatos, reproduzido pelo art. 935 do Novo Código Civil, estatui que:

"A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Não resta dúvida de que a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título executivo judicial. Seja porque esse título está elencado no rol do art. 475-N, seja porque o Código de Processo Penal, no Título IV, em seu artigo 63, preceitua, que "transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros".

Não bastasse, o artigo 91, I, do Código Penal, considera como efeito da condenação criminal, "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

No caso dos autos, o autor busca, desde 1983, a satisfação efetiva do seu direito de propriedade, pretende se ver ressarcido do injusto prejuízo sofrido por atuação criminosa dos réus.

Nesse contexto, sob a ótica do autor e de qualquer ser humano, é inconcebível que, reconhecido seu direito, tenha ele que ingressar com uma actio civilis ex delicto, para aferição dos fatos.

Note-se que a discussão do quantum efetivamente devido é justamente a função da liquidação de sentença.

Daí que a inauguração de um novo processo para viabilizar a execução de um crédito de cuja existência já existe certeza importará, em última instância, em penalização do autor, a única vítima e efetivo prejudicado com todo o desenrolar dos fatos na justiça.

Não bastasse, entendo por perfeitamente adequada a liquidação por artigos pretendida pelo autor porquanto há, sim, fato novo a ser discutido (a evolução do gado roubado).

Segundo Paulo Henrique Ducon "fato novo é aquele integrante do contexto gerador da obrigação, não considerado na sentença condenatória genérica e relevante para a determinação do quantum debeatur. O fato é novo em relação à cognição realizada, isto é, ao contraditório estabelecido no processo cognitivo anterior, podendo não ser necessariamente superveniente à sentença liquidanda. Portanto, o fato é novo não em relação à sua ocorrência, mas ao seu aparecimento no processo".

O fato a ser aferido – evolução do gado roubado – é necessariamente um fato novo, eis que não integrante do contexto gerador da obrigação. Em outras palavras, não houve discussão quanto a isso no juízo penal.

O Ministro Teori Albino Zavascki leciona que:

A sentença penal condenatória transitada em julgado, além do efeito principal de sujeitar o réu a determinada pena, produz efeitos secundários extrapenais, nomeadamente o de 'tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime' (CP, art. 91, I). É efeito automático, que se opera independentemente de menção expressa na sentença e que subsiste ainda que, posteriormente ao trânsito em julgado da condenação, ocorra a extinção da pretensão penal executória.

É pormenor saber se, relativamente a esse efeito civil, a sentença penal tem natureza condenatória ou simplesmente declaratória. O que importa é saber se em seu conteúdo estão presentes os elementos indispensáveis de um título executivo. Ora, 'tornar certa a obrigação de indenizar o dano' não constitui, por si só, definição integral de norma jurídica individualizada. Para que a execução seja viável é necessária a identificação de mais um complemento: o valor do dano, que deve ser apurado em ação de liquidação (CPC, art. 603), pelo procedimento da liquidação por artigos. Caberá ao credor alegar e provar a natureza e o montante dos danos decorrentes do fato criminoso, não se descartando a possibilidade de o devedor sustentar, para o efeito de reduzir o montante indenizatório, a concorrência da vítima no efeito lesivo, matéria a cujo respeito a jurisdição civil não se subordina à penal. O título executivo (ou seja, a representação documental da norma concreta a ser executada) é composto, portanto, pela sentença penal condenatória, mais a sentença civil proferida na ação liquidatória".

> *(...) Daí que, em prestígio aos princípios da celeridade, economia processual e instrumentalidade das formas, que se voltam para a justa composição da lide, deve ser anulada a sentença impugnada. (...)* (Apelação Cível n. 2010.033134-6/0000-00, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, Quarta Turma Cível, julgado em 10.3.2011)

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar provimento ao recurso para tornar insubsistente a sentença objurgada, bem como determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para seu regular prosseguimento.

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. 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 Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0056433-02.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. ANULAÇÃO DE TÍTULO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO – ENDOSSO TRANSLATIVO – BANCO – LEGITIMIDADE PASSIVA – DANOS MORAIS DEVIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

O banco que recebe o título de crédito por endosso translativo é parte legítima para figurar no polo passivo da lide onde se discute o protesto indevido e que gerou danos morais, que devem ser mantidos quando fixados de acordo com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

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, 23 de setembro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Banco Santander (Brasil) S.A. interpõe apelação (f. 276-94) contra sentença (f. 227-42) que, na ação declaratória de inexistência de débito c.c. anulatória de título e reparação por danos morais movida por João Miguel Machado da Silva, julgou procedente o pedido para: I) declarar inexistente o débito referente às duplicatas 3960002 e 3960003 nos valores de R$ 1.320,00; II) condenar o recorrente e José Maria Ferreira de Andrade-ME solidariamente ao pagamento de R$ 8.000,00 por danos morais corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV e juros de mora mensais contados do evento danoso (05/03/2009). Sucumbência pelos requeridos com honorários em 10% sobre a condenação.

Suscita preliminar de ilegitimidade passiva, pois apenas prestou serviço de cobrança simples dos títulos encaminhando-os a protesto e órgãos de proteção ao crédito mediante instrução da empresa cedente, agindo na qualidade de mero endossatário-mandatário. No mérito, sustenta que não foi demonstrada a ocorrência de qualquer dano moral que justifique indenização ou, caso mantido o entendimento, requer a redução da condenação. Ao final, prequestionando dispositivos constitucionais e legais, pleiteia provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 302-12 nas quais argui preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e no mérito pugna pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta contra a sentença em que se julgou procedente o pedido para: i) declarar inexistente o débito referente às duplicatas 3960002 e 3960003 nos valores de R$ 1.320,00; ii) condenar o recorrente e José Maria Ferreira de Andrade-ME solidariamente ao pagamento de R$ 8.000,00 por danos morais corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV e juros de mora mensais contados do evento danoso (05/03/2009). Sucumbência pelos requeridos com honorários em 10% sobre a condenação.

Preliminares em contrarrazões suscitada por João Miguel

Não prospera a arguição, uma vez que as razões recursais atendem perfeitamente ao princípio da dialeticidade, pois o recorrente declinou os motivos pelos quais a sentença deve ser reformada, de modo de que deve ser conhecido.

Assim, voto por se afastar a prefacial.

Apelação do Banco

Preliminar de ilegitimidade passiva

Razão não lhe assiste, isso porque a instituição que recebe o título por endosso translativo é parte legítima para responder pela indenização por protesto indevido, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. A instituição financeira que recebe o título por endosso-translativo é parte legítima para ação de indenização por protesto indevido, mesmo que o tenha procedido para garantir o direito de regresso. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.* (AgRg no AREsp 140530/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 27/04/2012)

A questão encontra-se pacificada conforme Súmula 475 da mesma Corte: "*Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas*".

No caso, o recorrente recebeu o endosso translativo conforme consta nas certidões expedidas pelos cartórios de protesto (f. 25-6), de modo que tem legitimidade para responder pelos danos.

Além disso, não trouxe aos autos quaisquer elementos que permitissem analisar os requisitos da duplicata como o aceite. Assim, ainda que de boa-fé, não tem como afastar sua responsabilidade, porque, ao levar o título a protesto sem as devidas cautelas, assume o risco sobre eventual prejuízo acarretado a terceiros, alheios à relação entre endossante e endossatário.

Logo, voto por se rejeitar a preliminar.

Mérito

Dano moral

Consta dos autos que, mesmo não havendo qualquer relação jurídica entre o recorrido e a empresa credora José Maria Ferreira de Andrade-ME, esta teria emitido as duplicatas 3960002 e 3960003 nos

valores de R$ 1.320,00 com vencimento para 12/01/2009 e 12/02/2009, respectivamente, e as colocado em cobrança bancária, sendo que o Banco as apresentou a protesto, ocasionando a inscrição do nome do sacado na Serasa.

No caso, não restou comprovada qualquer relação comercial que justificasse a emissão dos títulos, de forma que não restam dúvidas que o protesto e a inscrição em órgão de restrição ao crédito foram indevidos.

Assim, ao revés do que argumenta, é incontroverso o dano moral sofrido que nesta situação é presumível, conforme a jurisprudência do STJ: "*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA E REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO IMPROVIDO. (...) O entendimento deste Tribunal inclina-se no sentido de que, nos casos de protesto indevido de título, o prejuízo é presumido"*. (AgRg nos EDcl no Ag 817.316/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 288).

Do *quantum*

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, e nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e à condição social dos envolvidos.

Desse modo, o montante estabelecido na sentença (R$ 8.000,00) mostra-se suficiente para atender suas finalidades e servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida.

Do prequestionamento

Quanto ao prequestionamento, esta Corte tem entendido que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, bastando que as matérias postas tenham merecido sua apreciação.

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, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 23 de setembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000168-62.2010.8.12.0027 - Batayporã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ASSASSINATO DE SERVIDOR PÚBLICO, PERPETRADO POR MÉDICO PRESTADOR DE SERVIÇOS PARA O MUNICÍPIO – FUNCIONÁRIO VÍTIMA DE EMBOSCADA – RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO AFASTADA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E NÃO OBJETIVA – CRIME OCORRIDO FORA DO LOCAL DE TRABALHO E NÃO EM RAZÃO DO SERVIÇO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A responsabilidade objetiva do ente estatal ocorre quando praticada por seu agente e em decorrência do serviço.

Se o servidor público foi vítima de emboscada, em homicídio praticado por outro servidor, mas fora do local de trabalho, aplica-se ao caso a teoria da responsabilidade subjetiva para, eventualmente, responsabilizar o ente estatal. Ausente a prova da culpa do réu pelo ato ilícito que lhe foi imputado, não há obrigação em indenizar os familiares da vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Rosylene Oliveira dos Santos Pimenta, Lucas Oliveira Pimenta dos Reis, Raphael Oliveira Pimenta dos Reis e Beatriz Oliveira Pimenta dos Reis interpõem recurso de apelação visando reformar a sentença que desacolheu pedidos indenizatórios que ajuizaram contra o Município de Taguarussú.

Alegam estar provado nos autos a morte de Ademir Aparecido Pimenta dos Reis, cônjuge e pais dos recorrentes, de edema cerebral causado por ferimento de arma de fogo na Rodovia/MS-473, km 14, no município de Taguarussu-MS., vítima de emboscada preparada por seu colega de trabalho, o médico Miguel porque, segundo depoimento de testemunhas*, "Miguel desejava ocupar o cargo de Ademir"* (f. 283).

Salientam que à época da contratação de Miguel pelo apelado, este "*já respondia processo crime em outras localidades do país, o que se constata pelo inquérito policial anexo"*, o que deixa patente que "*Miguel não era uma pessoa confiável, ainda assim, o Município sem qualquer preocupação com o passado daquele profissional e mesmo com as atitudes incompatíveis de um servidor público nenhuma providência*

foi tomada, a fim de investigar que tipo de pessoa estava prestando serviços para o Município. Inclusive, esse comportamento, no mínimo "estranho", era de conhecimento do prefeito Municipal", conforme depoimento de testemunha (f. 286).

Dizem que o conhecimento entre vítima e ofensor só foi possível porque o apelado contratou este para prestar serviços no Hospital Municipal sem, contudo, "*investigar-lhe a vida pregressa"*, e após, tivesse "*ficado mais atento as atitudes estranhas de Miguel e aos comentários que rondavam os corredores do Hospital, era motivo suficiente para deixar de manter Miguel em seu quadro de funcionários e tudo isso teria sido evitado"* (f. 286), caracterizando culpa *in elegendo* e *in vigilando.*

Destacam que a contratação de um profissional pelo apelado torna-o responsável pela integridade física e moral desse trabalhador, daí a responsabilidade pelo dano impingido aos apelantes em decorrência da morte do cônjuge e genitor, sendo irrelevante o fato de a vítima e algoz não estarem no exercício de suas atividades no momento em que os fatos ocorreram, aplicando-se ao caso o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal e art. 927 e § único do Código Civil.

Contrarrazões às f. 299-307.

Parecer às f. 313-321 pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Rosylene Oliveira dos Santos Pimenta, Lucas Oliveira Pimenta dos Reis, Raphael Oliveira Pimenta dos Reis e Beatriz Oliveira Pimenta dos Reis ingressaram com ação de conhecimento de natureza condenatória, contra o Município de Taquarussu, alegando os seguintes fatos e fundamentos jurídicos:

> *(...) no dia 21 de março de 2007, às 21:05 horas, Ademir Aparecido Pimenta dos Reis, vítima de edema cerebral causado por ferimento de arma de fogo na Rodovia/MS-473, km 14, no Município de Taquarussu-MS.*
>
> *Os fatos que deram causa à morte do médico Ademir Aparecido Pimenta dos Reis, conforme Inquérito Policial e Ação Penal que tramita na Comarca de Bataiporã-MS, trata-se de que o mesmo fora vítima de uma emboscada armada por seu colega de trabalho, também médico, Miguel Angel Carballar Arevalos, que segundo depoimento das testemunhas, Miguel invejava o cargo de Ademir, já que este era Diretor Clínico do Hospital Municipal de Taquarussu, cargo esse que Miguel desejava para si. A partir daí arquitetou o plano para matar Ademir e então ocupar o seu lugar. Enquanto que Ademir, inocentemente, mantinha relacionamento de amizade com aquele que lhe tirou a vida.*
>
> *Resumidamente assim deram-se os fatos: Miguel com a ajuda de uma enfermeira por nome Fátima, também daquele Hospital, e uma terceira pessoa, armaram uma emboscada na Rodovia que liga Taquarussu a Nova Andradina, num final de expediente, quando então Ademir se dirigia para a cidade de Ivinhema, onde também dava plantões no Hospital Municipal daquela cidade. No km 14 da Rodovia MS-473, ainda no Município de Taquarussu, Miguel e seu companheiro, vestidos com roupas camufladas se fizeram passar por policiais e abordaram o carro de Ademir desferindo vários tiros sobre sua pessoa, que o levou a óbito no local. Um crime por motivo torpe.*

Miguel, o assassino, foi contratado pelo Município de Taquarussu para fazer plantões no Hospital Municipal em determinados dias da semana. Todavia, nunca foi uma pessoa bem vista no Hospital e não era de boa índole, já que em seus plantões desapareciam objetos do Hospital, bem como o mesmo andava sempre armado e não escondia isso dos funcionários do Hospital, como consta dos depoimentos das testemunhas... (...).

Ressalta-se que, Miguel (assassino) quando foi contratado pelo Município Réu já respondia processo crime em outras localidades do país, o que se constata pelo inquérito policial anexo (doc. 19-21).

Como se observa, Excelência, Miguel não era uma pessoa confiável, ainda assim, o Município contratou-o para prestar serviços médicos no Hospital Municipal sem qualquer preocupação com o passado daquele profissional e mesmo com as atitudes incompatíveis de um profissional da medicina nenhuma providência foi tomada, a fim de investigar que tipo de empregado estava prestando serviços para o Município. Inclusive, esse comportamento, no mínimo "estranho", era de conhecimento do Prefeito Municipal, conforme se comprova pelo seu depoimento acima transcrito.

Ademais, Ademir não contribuiu nem deu causa ao evento danoso, porém, sua vida foi abruptamente eliminada, restando ao Réu o dever de indenizar os autores, pois que a vítima estava sob a responsabilidade do Município, ainda que já estivesse fora do local de trabalho, não tinha chegado em seu destino final, e o crime ocorreu a 14 km dessa cidade e nesse município.

Tamanha estupidez deixou os Requerentes, a esposa, viúva, precocemente e os filhos órfãos, os quais estão, hoje, com 12 anos (Lucas), 11 anos (Raphael) e 04 anos (Beatriz). (...).

Em 02 de outubro de 2000 Ademir foi contratado pelo Município de Taquarussu para exercer a medicina no Hospital Municipal dessa cidade (doc. 22-26). Inicialmente a contratação deu-se através de Contrato Administrativo e em Janeiro/2003 tinha uma remuneração de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), conforme comprovam os documentos juntados (doc. 27-28).

Em abril de 2006 foi nomeado em virtude de concurso público, conforme Ato de Nomeação (doc. 29-31), quando então Ademir passou a servidor municipal, cujo regime jurídico era o estatutário, conforme art. 68 da Lei Orgânica do Município. (...).

Os fatos acima narrados fazem parte de uma gritante violação dos direitos de um cidadão, infelizmente, acontecimento comum no dia-a-dia dos brasileiros. (...).

In casu, a vítima Ademir, um cidadão jovem, pai de família e no exercício de sua profissão, foi friamente assassinado por pessoas de má índole que se infiltram na sociedade sem quaisquer escrúpulos, e para completar o Poder Público que tem a obrigação de proteger seus cidadãos, não o fez, pior, contribuiu com o bandido, contratando-o para trabalhar junto com sua vítima, já que tal bandido desejava ardentemente ocupar o lugar de trabalho da vítima, e não mediu consequências para concretizar seus planos.

O Município ao contratar um profissional para fazer parte do seu quadro de servidores torna-se responsável pela integridade física e moral desse trabalhador, devendo responder, por quaisquer danos a ele causado, durante seu expediente, inclusive no trajeto de casa para o trabalho e vice-versa.

De outro lado, antes de dar posse a alguem, como empregado ou servidor, o Poder Público tem o dever de investigar-lhe a vida pregressa, para salvaguardar os interesses dos cidadãos comuns, ... (...).

> *A responsabilidade civil do Município torna-se transparente quando se demonstra, de maneira inequívoca, o nexo causal entre o evento danoso e o dano efetivo ocasionado, no caso, a morte de Ademir, provocada por disparo de arma de fogo de colega de serviço, ambos servidores do Município e a tragédia ocorrida dentro do âmbito de trabalho, ficando os dependentes da vítima, desamparados e não recebendo nenhum a ajuda do Município.*
>
> *Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. No caso, a culpa é presumida.*
>
> *A culpa pode ser, in elegendo: decorre da má escolha do representante, do preposto; in vigilando: decorre da ausência de fiscalização; in omittendo: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster. (f. 2-8).*

Formada a relação processual e encerrada a fase instrutória o juiz proferiu sentença, discorrendo sobre a responsabilidade civil, para repelir os pedidos indenizatórios, gerando o presente recurso, visando a reforma da sentença.

Os recorrentes, a rigor, defendem os fatos e fundamentos jurídicos destacados na inicial. Salientam a responsabilidade objetiva do apelado ao negligenciar na contratação do ofensor sem pesquisar sobre sua vida pregressa e cuidados com a integridade de seus servidores.

De ver-se que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal reconhece a responsabilidade dos entes públicos desde que "*seus agentes, nessa qualidade"*, causem dano a terceiros.

Não é o que ocorre na espécie. Segundo os apelantes narraram na inicial, o cônjuge e genitor daqueles foi vítima de emboscada armada por Miguel Angel na rodovia que liga Taquarussu a Nova Andradina "[...] *quando então Ademir se dirigia para a cidade de Ivinhema onde também dava plantões no Hospital Municipal daquela cidade"* (f. 2).

Verifica-se que a vítima estava em deslocamento para prestar serviços em hospital de outro município, o que sequer pode ser aceito como acidente *in itinere*.

Ambos, vítima e ofensor, não estavam mais em horário de expediente.

Carlos Roberto Gonçalves[1], ao discorrer sobre essa modalidade de responsabilidade, salienta que:

> *Não se exige, pois, comportamento culposo do funcionário. Basta que haja o dano, causado por agente do serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar. A jurisprudência nesse sentido, inclusive a do Pretório Excelso, é pacífica. Confira-se:*
>
> *"A responsabilidade civil das pessoas de Direito Público não depende de prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo injustos." (...).*
>
> *O Código Civil de 2002 tratou do assunto no art. 43, verbis:*
>
> *"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".*
>
> *Acrescentou, apenas, a palavra "interno", não trazendo nenhuma inovação, mesmo porque, como já se afirmou, esta matéria é hoje tratada em nível constitucional. (sublinhei).*

1 **Direito Civil Brasileiro**, V. IV, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

É, portanto, imprescindível que o malefício seja causado "*por agente do serviço público agindo nessa qualidade".*

A descrição dos fatos nos leva a concluir sem qualquer dificuldade que a ação do médico Miguel Angel Carballar Arevalos não tem qualquer relação com o serviço público. Ao agir o fez *intuitu personae,* movido por sentimento próprio, individualizado, dissociado do serviço público.

De outro tanto, também inviável admitir a responsabilidade do apelado pelo fato do ofensor exercer atividade no hospital municipal, em razão de também ser exigível que o dano tenha sido praticado no exercício do trabalho.

O doutrinador referido anteriormente neste particular ressalva:

> *(...)"Seja ou não preposto salariado, tenha sido sua escolha feita pelo próprio patrão, ou por outro preposto, o que importa é que o ato ilícito do empregado tenha sido executado ou praticado no exercício do trabalha subordinado, caso em que o patrão responderá em regra, mesmo que não tenha ordenado ou até mesmo ...".*[2] *(...).*
>
> *Para que haja responsabilidade do empregador por ato do preposto, é necessário que concorram três requisitos, cuja prova incumbe ao lesado:*
>
> *1º) qualidade de empregado, serviçal ou preposto, do causador do dano (prova de que o dano foi causado por preposto);*
>
> *2º) conduta culposa (dolo ou culpa* ***stricto sensu****) do preposto;*
>
> *3º que o ato lesivo tenha sido praticado no exercício da função que lhe competia, ou em razão dela.*[3]

Este último requisito não se faz presente na espécie.

Também não é o caso de averiguar a culpa *in vigilando, in eligendo* ou *in omittendo* porque, como ressaltado, estas circunstâncias seriam influenciáveis a partir do momento em que o ato ilícito tivesse sido praticado por Miguel no exercício da função.

Como bem destacou o d. Procurador:

> *Como cediço, a questão da responsabilidade do Estado em razão de seus atos omissivos é matéria objeto de grande divergência doutrinária, existindo posicionamentos que a entendem objetiva, hipótese na qual incidiria independentemente da verificação de culpa por parte da Administração Pública, bem como entendimentos que qualificam-na como subjetiva, devendo os autores de eventual ação de indenização comprovar a existência de culpa.*
>
> *Os que defendem a teoria da responsabilidade objetiva utilizam como fundamento o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Estadual, segundo o qual 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" .*
>
> *Assim, bastaria a demonstração do dano e do nexo causal para que o Estado fosse responsabilizado.*

2 Idem, p. 108.

3 Idem, p. 111.

Noutro norte, a teoria contrária, adotada por autores renomados na seara administrativa, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, ensina que "há largo campo para a responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente".

Diz, ainda, a doutrina, que "a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício de instituição governamental ou de coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em Sociedade".

Consiste em ato comissivo, positivo do agente público, em nome do e por conta do Estado, que redunda em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito.

Já a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.[4]

No caso telado, de acordo com os fatos narrados na inicial, a teoria da responsabilidade a ser aplicada deve ser a objetiva, ou seja, mister a verificação do dano e do nexo causal para que o Estado seja responsabilizado, sendo necessário, ainda, apurar se a conduta lesiva foi praticada pelo agente público, nessa qualidade.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES[5]*, ao discorrer sobre essa modalidade de responsabilidade, preleciona:*

"O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.(...)

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora de sua competência administrativa."

Assim, tem-se que a Administração Pública só terá o dever de indenizar, sob o prisma da responsabilidade objetiva, acaso o agente público tenha praticado o ilícito no exercício de sua função.

4 **Curso de Direito Administrativo.** 20. ed. p. 976.

5 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27. ed. p. 622.

In casu, restou incontroverso que o marido e genitor dos Apelantes faleceu em razão de emboscada arquitetada por Miguel Angel Carballar Arevalos, servidor público municipal, o que inclusive fora reconhecido por sentença penal condenatória.

Da mesma forma, restou evidenciado que o ofensor, na época dos fatos, detinha a qualidade de agente público.

Contudo, muito embora Miguel Angel Carballar Arevalos tenha agido de forma extremamente reprovável, pois, comprovadamente, ceifou a vida de Ademir com o fito de assumir o lugar deste no Hospital Municipal de Taquarussu, aquele não cometeu tal atrocidade na qualidade de servidor público, mas sim movido por um sentimento pessoal, o que, por invariavelmente, obsta a pretensão dos Apelantes.

Como bem trazido pelo Representante Ministerial da instância singela, "o médico Miguel Angel Carballar Arevalos, teve suas atitudes em virtude de sentimento pessoal, qual seja, matar Ademir para assumir a posição deste no hospital municipal e, assim, auferir renda com plantões médicos" (f. 246).

Ademais, conforme a narrativa dos próprios Apelantes, os fatos nem sequer ocorreram dentro do estabelecimento municipal onde os médicos desempenhavam suas funções, mas "na Rodovia/MS-473 Km 14, no Município de Taquarussu-MS" (f. 02), o que corrobora a tese de que o ofensor não agiu na qualidade de servidor, mas na qualidade particular.

Considerando tais aspectos, inobstante toda a argumentação tecida pelos Apelantes, não se pode impor ao município Apelado a obrigação de indenizar, pois, repita-se, o servidor que praticou o ilícito descrito nesses autos não o fez na qualidade de servidor.

Portanto, agiu acertadamente o i. Magistrado a quo ao julgar a ação indenizatória improcedente, nos seguintes termos:

Pois bem. Na inicial, narram os autores que o Sr. Miguel Angel Carballar Arevalos almejava o cargo do falecido e, por isso, teria arquitetado um plano para tirar a vida de seu colega de trabalho.

Segundo me parece, ao levar a cabo seu plano maléfico, o ofensor agiu movido por um sentimento pessoal que denota sua degradação moral, porém não o fez em razão da prestação de um serviço servidor, na qualidade de agente público ou sequer aproveitando-se dessa condição.

Diante disso, não há como imputar objetivamente ao Poder Público a responsabilidade de reparar os danos sofridos pelos autores" (f. 274). (f. 317-320).

A conduta indicada pelos apelantes pelo município sai, portanto, da esfera da responsabilidade objetiva e encontra interface com a subjetiva a partir do momento em que defende que caberia ao apelado preservar a integridade do servidor público.

No entanto, nem com esta roupagem se poderá dar pela culpa do apelado porque em caso tal o ente público só responde pelo ato omisso quando comprovada a falta do serviço, consubstanciada na inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço.

Sobre o assunto, reporto-me aos ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[6], *in verbis*:

> *"Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito – culposo ou doloso – consistente em causar dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.*
>
> *Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção é ultrapassada pela idéia denominada de faute du service entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.*
>
> *(...)*
>
> *É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service), seja qual for a tradução que se lhe dê, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.*
>
> *Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de uma dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva." grifei.*

Também sobre a culpa subjetiva, valho-me da doutrina do Prof. José dos Santos Carvalho Filho[7], confira-se:

> *" A falta do serviço podia consumar-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.*

Em síntese, cabe à vítima comprovar a omissão estatal ou falta do serviço. A ela recai o ônus da prova no sentido de que o serviço público inexistiu, falhou ou funcional mal.

Como no caso versando os disparos de arma de fogo que culminaram com a morte do cônjuge e genitores dos apelante ocorreram fora do local de trabalho, não há como reconhecer a omissão estatal. O cuidado estatal com seus servidores está circunscrita ao local de trabalho.

O STJ, em recente julgamento ponderou:

> *(...)*
>
> *Supostamente, a causa do crime deveu-se ao fato de a professora ter colaborado para que a ex-noiva do Sr. Rossini obtivesse uma bolsa de estudos no Estado do Rio de Janeiro, o que teria causado o rompimento do casal.*

6 **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 25. ed, p. 986-988

7 **Manual de Direito Administrativo.** Lumen Juris. 17. ed., p. 475.

Em que pese a trágica situação em que veio a falecer a professora, penso que na hipótese, não restaram preenchidos os requisitos necessários à configuração da Responsabilidade Civil do Estado.

Não se pode atribuir responsabilidade à UFCG pelo só fato de o homicídio da vítima ter ocorrido no interior da referida instituição de ensino. É imperioso restar demonstrada a omissão jurídica da Administração Pública, que não apenas devia agir, mas tendo meios operacionais para fazê-lo diante da situação concreta posta, optou por omitir-se. (...) O Estado não pode ser equiparado a um segurador universal, nem entregar as receitas da sociedade quando alguém sentir-se lesado por fato de terceiro, ocorrido no interior de uma repartição pública. O que há nos autos é a clara hipótese de fato de terceiro, o que rompe o nexo de causalidade e afasta o dever de indenizar.

Em assim sendo, é imperioso reconhecer presente a causa excludente da responsabilidade do fato de terceiro, cujos efeitos não foram possíveis evitar ou, impedir, consubstanciada no interesse privado movido por sentimento pessoal de vingança do autor do disparo, cujos efeitos o Poder Público não poderia evitar.

Ausente, portanto, a responsabilidade civil do Estado." Assim, é manifesto que a análise da pretensão recursal, com a consequente reversão do entendimento exposto pela Corte a quo, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. A teor da jurisprudência desta Corte Superior:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO MÉDICO. EVENTO MORTE. APLICAÇÃO DE MEDICAMENTOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. REVISÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIDO.

O Tribunal de origem, ao afastar a antijuridicidade do agente público, reconheceu que não houve por parte do profissional médico imperícia, negligência ou omissão, que possibilitasse à condenação do município em danos morais. Assim, para modificar tal entendimento, como requer o agravante, seria imprescindível exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido, por demandar incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte de Justiça.

Afastada a ocorrência de dano moral passível de reparação, assentado no acórdão recorrido, não cabe, por conseguinte, ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as razões de fato que conduziram a Corte de origem a tais conclusões, sob pena de usurpar a competência das instâncias ordinárias, a quem compete amplo juízo de cognição da lide.

Quanto à interposição do recurso especial pela alínea "c", este Tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 438.406/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - APELAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - MAGISTRADO TITULAR QUE PROCEDEU À COLHEITA DE PROVAS CONVOCADO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, RAZÃO PELA QUAL O FEITO FOI SENTENCIADO POR JUIZ SUBSTITUTO - VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INOCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO

DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS DEVIDOS AOS PAIS DO MENOR VÍTIMA DE ACIDENTE - ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE CULPA E INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE - REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N. 7 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA 1.- Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz quando o magistrado titular, que procedeu à colheita das provas, encontrava-se convocado pela Presidência do Tribunal de origem no momento da prolação da sentença, razão pela qual o feito foi sentenciado pelo magistrado substituto.

2.- "Com relação à tese de cerceamento de defesa, a necessidade ou não de produzir provas no curso da instrução é da exclusiva e soberana discricionariedade das instâncias ordinárias, com apoio no acervo probatório, esbarrando, portanto, a questão federal (arts. 330, I, do CPC), neste particular, no óbice da súmula 7/STJ" (AgRg no REsp. 853.943/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 3.12.2007).

3.- "A morte de menor em acidente, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada ou não contribuísse com a composição da renda familiar, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a reparação por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que, futuramente, o filho poderia prestar-lhes" (REsp 1044527/MG, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 01/03/2012).

4.- No caso concreto, a adoção de entendimento diverso quanto à culpa e nexo de causalidade do acidente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pelo teor da Súmula 7/STJ.

5.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 399.412/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013). (STJ, AREsp 467271, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, p. 19/02/2014).

Posto isso, e com o parecer, conheço do recurso e 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. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800524-55.2013.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – ATESTADO DE ÓBITO – ANOTAÇÃO DE BENS A INVENTARIAR – AQUISIÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL PELO FALECIDO – BEM COMO EXPRESSÃO ECONÔMICA, PASSÍVEL DE INVENTÁRIO – INC. III, ALÍNEA '"g" DO ART. 993 DO CPC – INVIÁVEL A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE ÓBITO, PARA EXCLUIR A REFERIDA ANOTAÇÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A posse é direito protegido pela lei civil e tem expressão econômica. Assim, agiu corretamente o notário ao inserir no assento de óbito que o falecido deixou bens a inventariar, até porque a própria cônjuge sobrevivente admite essa assertiva, dizendo de sua pretensão de obter usucapião em relação ao referido bem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Osvaldo Rufino (espólio), representado pela cônjuge sobrevivente, manejou recurso de apelação com intuito de ver reformada a sentença que julgou improcedente pedido de retificação de registro público – atestado de óbito.

Alega ter constatado no registro civil de óbito de Osvaldo Rufino a existência de bens a inventariar. No entanto, este assentamento é equivocado, posto que, conforme documentos juntados aos autos o falecido não possuía nenhum bem registado em seu nome.

Menciona não ter atentado o julgador para a "*impossibilidade de se fazer inventário de um bem do qual não se tem sequer um documento, e que está, junto ao Registro Geral de Imóveis da Comarca registrado em nome de outra pessoa, esta sim, que tem a propriedade do bem"*, corroborado pelo fato de que a legislação (art. 963, CPC) exige o inventário dos bens "*que pudessem ser documentados"* (f. 42).

Diz ter o falecido adquirido apenas direitos de posse de uma residência, tanto que pretende ajuizar ação de usucapião para adquirir a propriedade, afastando a possibilidade desta singela posse ser inventariada,

por via de consequência, a declaração na certidão de óbito de que o *de cujus* deixou bens a inventariar é inconsistente, necessitando o documento de retificação.

O Ministério Público de 2º grau opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A sentença invectivada foi proferida nos seguintes termos:

> *Trata-se de ação de retificação de registro público proposta pelo ESPÓLIO DE OSVALDO RUFINO, representado pela cônjuge sobrevivente, MARTA TOLVAY RUFINO, qualificada nos autos, a qual alega ter sido casada com OSVALDO RUFINO, o qual faleceu em 02.07.2009, sendo que em sua certidão de óbito constou que o falecido teria deixado dois filhos e bens a inventariar, porém sustenta a autora que o de cujus não deixou bens.*
>
> *Argumenta que não sabe quais motivos levaram ao erro e que após o falecimento refez sua vida e pretende contrair novas núpcias.*
>
> *Contudo, a informação inverídica constante da certidão de óbito a respeito da existência de bens a impede, pois não tem como comprovar a conclusão do inventário.*
>
> *Assim, pugna pela retificação do registro civil do óbito de*
>
> *OSVALDO RUFINO para que dele passe a constar que não deixou bens a inventariar. Juntou documentos (f. 04/11).*
>
> *Em audiência foram inquiridas duas testemunhas (f. 35).*
>
> *O Ministério Público opinou favoravelmente ao pedido, uma vez que não há bens devidamente registrados em nome do falecido.*
>
> *É o relatório essencial. Passo a decidir.*
>
> *O pedido de retificação de registro não comporta deferimento.*
>
> *Com efeito, as testemunhas inquiridas em juízo informam ter conhecido o falecido OSVALDO RUFINO, acrescentando que o casal possuía em comum a casa onde residiam com os filhos. Acrescentam que, ao que sabem, o imóvel teria apenas o termo de compra e venda, sem o devido registro.*
>
> *Ainda que os documentos de f. 10/11 denotem que o de cujus não deixou nenhum imóvel registrado no CRI local e nem veículos registrados em seu nome, fato é que outra realidade foi a que se extraiu da instrução processual.*
>
> *A ausência do registro competente não pode afastar a existência de bens do falecido, uma vez que há notícias de que a residência comum do casal era de propriedade de OSVALDO RUFINO e sua esposa.*
>
> *Assim, a prova oral produzida, autoriza inferir que não há erro a ser retificado na lavratura da certidão de óbito de OSVALDO RUFINO, pois existem ao menos direitos, com valor econômico, a serem partilhados, existindo portanto, a necessidade da cônjuge sobrevivente dar partilha aos herdeiros antes de convolar novas núpcias.*

> *Posto isso, julgo improcedente o pedido, ficando extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. (f. 36-37).*

O espólio repreende a sentença em razão de o falecido ter adquirido posse de quem detinha igualmente posse, sem qualquer documento, o que inviabiliza a sucessão.

O parecer da Procuradoria da Justiça é pelo desprovimento do recurso.

A posse, nos termos do art. 1.210, 1.206 e 1.219 do Código Civil, dá direitos a quem a detém, não só em relação aos interditos possessórios, como, também, pelo fato da posse prolongada gerar o reconhecimento do domínio, via usucapião.

Aliás, a própria representante do espólio ressaltou a sua intenção de ingressar com usucapião, obviamente para a obtenção do domínio, numa inequívoca demonstração de que o falecido deixou *bens a inventariar*, ou seja, posse sobre bem imóvel que, a rigor, é verdadeiro bem em sua expressão econômica.

A posse tem, portanto, expressão econômica e, em razão disso, está inserida na alínea "g" do inc. IV do art. 993 do CPC.

Neste sentido veja-se o precedente:

> *(...) II - Dessa feita, os direitos relativos a posse dos bens podem ser objeto de partilha em processo de inventário, resguardando-se a cada herdeiro a transmissão da posse, com as mesmas características originárias, consoante disposição contida no art. 1.206 do Código Civil" (agravo de instrumento n. 2012.075891-9, de itajaí, Rel. Des. Joel figueira Júnior, j. 26-2-2013). (TJSC; AC 2010.009419-4; Itajaí; Sexta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga; Julg. 13/06/2013; DJSC 21/06/2013; p. 87).*

Posto isso, e de acordo com o parecer, conheço do recurso e 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. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0804550-20.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DEMORA NA LIBERAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE RECAI SOBRE VEÍCULO FINANCIADO – DÉBITO QUITADO JUNTO AO BANCO – DEMORA NA BAIXA QUE DIFICULTOU A TRANSMISSÃO DO BEM A TERCEIRO ADQUIRENTE – DANO MORAL MAJORADO – MANTIDO O PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO BANCO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – Tendo o autor quitado a dívida do contrato de financiamento com alienação fiduciária de veículo, restaria ao banco providenciar a baixa do gravame junto ao Detran. Se isso inocorreu, impossibilitando a transmissão do bem a terceiro, manifesta a prática de ato ilícito e o consequente dever de indenizar o consumidor pelos prejuízos injustamente suportados, advindos da falha na prestação de serviço.

II – Há de se majorar o *quantum* indenizatório quando o valor apurado não guardar correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes, mantido o percentual dos honorários fixado pelo juiz singular.

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 de Itaú Unibanco S/A e dar parcial provimento ao apelo de Milton Jayme Rodrigues, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Trata-se de recursos de apelação reciprocamente interpostos por Itaú Unibanco S/A e Milton Jayme Rodrigues, contra a sentença (f. 123-127) proferida nos autos da ação de obrigação de fazer e indenização por danos materiais e morais que tramitou na 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá.

O autor ingressou com a presente ação visando ser ressarcido do defeito que alegou ter ocorrido na prestação do serviço realizado pelo réu, ao argumento de que em julho de 2012 adquiriu o veículo GM Prisma, placa EJI5183, mediante financiamento e, apesar de devidamente quitado, o banco não procedeu a baixa do gravame sobre o veículo, o que lhe ocasionou diversos prejuízos, tendo em vista que efetuou a venda do bem a terceira pessoa e o negócio teve de ser desfeito por conta dessa situação.

O juiz *a quo* julgou procedente o pedido contido na inicial, para o fim de condenar a instituição financeira ao pagamento de indenização no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) pelos danos morais suportados pelo autor.

Em suas razões (f. 129-127), alega o banco que inexiste relação de causalidade entre seu comportamento e o pretenso dano, acreditando que descabe falar em falha na prestação do serviço, uma vez que não existe prova de constrangimento público capaz de gerar a pretensa indenização.

Aduz, ainda, que caso seja mantido o dano, deve haver a minoração do valor arbitrado, levando em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer o provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença, afastando a condenação por danos morais imposta à instituição financeira ou, caso mantida, a redução do importe indenizatório.

O consumidor também recorre da decisão no que tange aos honorários, bem como ao valor da indenização arbitrada, pleiteando a majoração de ambos os valores, por considerá-los insuficientes ao fim a que se destinam.

Requer o provimento do recurso, objetivando a elevação da verba honorária, assim como do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões do banco (f. 137-139) pela manutenção do *decisum*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação reciprocamente interpostos por Itaú Unibanco S/A e Milton Jayme Rodrigues, respectivamente réu e autor, contra sentença (f. 123-127) proferida nos autos da ação de obrigação de fazer e indenização por danos materiais e morais que tramitou na 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá.

O autor ingressou com a presente ação visando ser ressarcido pelos danos morais sofridos em razão da má prestação do serviço do réu.

Alega que em julho de 2012 adquiriu o veículo GM Prisma, placa EJI5183, mediante financiamento e, apesar de ter quitado o financiamento, o banco não procedeu a baixa do gravame sobre o veículo, o que lhe ocasionou diversos prejuízos, tendo em vista que efetuou a venda do bem a terceira pessoa e o negócio teve de ser desfeito pela ausência da referida baixa perante o Detran.

O juiz julgou procedente o pedido contido na inicial, para o fim de condenar a instituição financeira ao pagamento de indenização no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) pelos danos morais suportados pelo autor.

Em suas razões (f. 129-127), alega o banco que inexiste relação de causalidade entre o seu comportamento e o pretenso dano, acreditando que descabe falar em falha na prestação do serviço, uma vez que não existe prova nos autos de constrangimento público capaz de gerar indenização.

Aduz que caso seja mantido o valor de reparação do dano, deve ser reduzido o *quantum* arbitrado, levando em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O consumidor também recorre da decisão no que tange aos honorários, bem como ao valor da indenização arbitrada, pleiteando a majoração de ambos os valores, por considerá-los insuficientes ao fim a que se destinam.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

1. Da existência do dano moral

No caso dos autos, o autor promoveu a presente ação alegando que contratou empréstimo perante o réu e que, mesmo após a quitação do débito, houve a permanência do gravame sobre o veículo.

Pondera o réu, a seu turno, que não decorre dano moral os fatos descritos na inicial, sob o escopo de que não praticou qualquer ato ilícito, bem como não logrou êxito o autor em demonstrar qualquer dano sofrido.

Com efeito, a instituição financeira, após a quitação do débito pelo cliente, teria a obrigação de realizar a baixa no gravame, por força do contrato.

À propósito, a Resolução nº 320/09, do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), editada com o intuito de estabelecer procedimentos para o registro de contrato com cláusula de garantia real e anotação no certificado de registro veículos (CRV), dispõe em seu artigo 9º, que:

> *"Após o cumprimento das obrigações por parte do devedor, a instituição credora providenciará, automática e eletronicamente, a informação da baixa do gravame junto ao órgão ou entidade executivo de trânsito no qual o veículo estiver registrado e licenciado, no prazo máximo de 10 (dez) dias." (gn).*

Restou comprovado que, mesmo havendo o autor adimplido toda a dívida junto à instituição financeira, esta não providenciou a baixa do gravame, como determina a legislação pertinente.

Assim, manifesta a falha na prestação do serviço, nascendo daí o dever de indenizar o consumidor pelos prejuízos injustamente suportados, decorrentes do ato ilícito em questão.

Em situação assemelhada, esta 5ª Câmara Cível teve oportunidade de decidir:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BAIXA DE GRAVAME NO ÓRGÃO ESTADUAL DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCIADOR. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE TER PROCEDIDO À BAIXA APÓS QUITAÇÃO DO BEM. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. (...) 2. Quitado o veículo, deve a instituição financeira proceder à baixa do gravame, não se desincumbido do seu ônus de demonstrar ter cumprido referida diligência. Inteligência dos artigos 2º, 3º e 6º, III, do CDC e do artigo 9º da resolução n. 320/2009. 3. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.* (TJMS; Apelação Cível n. 0800305-58.2013.8.12.0042; 5ª Câmara; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 24/09/2014; Pág. 69).

No caso dos autos o consumidor não procura ser ressarcido por danos morais em razão de pequeno atraso na liberação do gravame sobre o veículo, mormente pelos entraves burocráticos, sem maior repercussão, o que, a princípio, não poderia ensejar reparação moral.

No caso em apreço, devido a não realização da baixa do gravame o autor, após compromissar a venda do veículo, foi impedido de transferi-lo, porquanto ainda constava a alienação fiduciária à margem

do prontuário no Detran, o que certamente arranhou a sua boa imagem junto ao comprador, que se viu impossibilitado de promover a transferência naquela ocasião.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados, in verbis:

> *EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - AQUISIÇÃO VEÍCULO ATRAVÉS DE FINANCIAMENTO - PAGAMENTO INTEGRAL DA DÍVIDA - MANUTENÇÃO DO GRAVAME JUNTO AO DETRAN - FALHA NO SERVIÇO PRESTADO - DEMONSTRAÇÃO DO ILÍCITO PRATICADO PELO BANCO - DANOS MATERIAIS - LUCROS CESSANTES - APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - REPARAÇÃO MORAL - PRINCÍPIOS NORTEADORES - REDUÇÃO DEVIDA.- Somente a prova testemunhal não tem o condão de provar a ocorrência de lucros cessantes, os quais têm que estar cabalmente demonstrados, através de documentos hábeis com valores certos. Estando insuficientemente demonstrados, resta determinar que a apuração seja feita através de liquidação de sentença.- Considerando-se a conduta omissiva do réu, no que se refere à retirada do GRAVAME de alienação fiduciária pendente sobre o veículo do autor mesmo após a quitação do financiamento, o grande lapso de tempo em que o autor foi privado da utilização do caminhão adquirido e os esforços envidados para a sua regularização, mostra-se pertinente a postulação para indenização a título de danos morais.- Na fixação da reparação por DANO MORAL, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar "quantum" que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.* (TJMG – Apelação Cível n. .0144.06.017690-2/001, Rel. Des. Osmando Almeida, 9ª Câmara, j. 20.04.2010).

> *CONSÓRCIO. VEÍCULO QUITADO. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE GRAVAME C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LIBERAÇÃO DO GRAVAME NO DETRAN. MANUTENÇÃO JUNTO AO SISTEMA NACIONAL DE GRAVAMES. SITUAÇÃO QUE IMPEDIU A VENDA ATRAVÉS DE FINANCIAMENTO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. A falta de liberação do veículo no Sistema Nacional de Gravames, embora o plano de consórcio estivesse quitado, impediu a venda do veículo, através de financiamento. Situação que gerou danos morais passíveis de indenização. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJRS – Apelação Cível n. 71002566537, Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengle, 2ª Turma Recursal, j. 17.12.2010, DJ. 12.01.2011).

Demonstrado, pois, o ato ilícito praticado pelo banco, que manteve indevidamente o gravame de alienação fiduciária no veículo do autor, mesmo após totalmente quitado, tem-se demonstrado o dano moral sofrido e o correspondente nexo de causalidade, com consequente dever de indenizar.

2. Do *quantum* indenizatório

Entende a instituição financeira ser o *quantum* indenizatório arbitrado pelo magistrado singular excessivo (R$ 8.000,00), pretendendo sua redução, ao argumento de que tal montante seria desproporcional diante da extensão do dano.

O autor, ao seu turno, considera que o valor arbitrado pelo juiz a quo é ínfimo, pretendendo sua majoração, levando-se em conta o dano causado pela permanência do gravame e da perda do negócio relacionado à venda do carro.

Com efeito, a indenização relativa ao dano moral deve ser arbitrada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser ínfima a ponto de não exercer seu caráter pedagógico e nem tão elevada que promova o enriquecimento sem causa da vítima.

Veja-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

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

O seguinte julgado corrobora este entendimento:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. GRAVAME DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA MANTIDO INDEVIDAMENTE PELO BANCO. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Descumprindo a instituição financeira com seu dever de proceder à baixar do gravame, deve indenizar o consumidor pelos danos morais suportados. 2. É sabido que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio, e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização. (...)* (TJMS; APL 0032336-64.2011.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; DJMS 17/09/2014; Pág. 27).

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Assim, analisadas criteriosamente as razões do ofendido e levando-se em conta os parâmetros mencionados para fixação da reparação, tenho que o valor deve ser fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), mostrando-se assim mais justo e adequado às circunstâncias e repercussão dos fatos.

3. Dos honorários

O autor pleiteia, ainda, a alteração do valor dos honorários sucumbenciais arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, pretendendo sua majoração para 20% (vinte por cento), alegando que não houve equidade quando do arbitramento.

Vale lembrar que a fixação dos honorários também deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Sobre os parâmetros para a fixação dos honorários sucumbenciais, transcrevo os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, para os quais:

> *"São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado."*

Atendendo, então, às diretrizes constantes nas alíneas a, b, e c do § 3º do art. 20 do CPC, reconheço que de fato o patrono da apelante foi zeloso, inobstante tratar-se de causa destituída de complexidade e de pouco tempo de duração, o que impõe a fixação dos honorários no percentual constante da sentença.

Sendo assim, diante das razões expostas e, ainda, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que o percentual dos honorários advocatícios deve ser mantido em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, por ser este percentual justo e coerente com a matéria deduzida em juízo.

Posto isso, conheço do recurso interposto pelo Itaú Unibanco S/A mas nego-lhe provimento.

Com relação ao apelo interposto por Milton Jayme Rodrigues, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para majorar o *quantum* indenizatório para R$ 10.000,00 (dez mil reais), mantidos os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Itaú Unibanco S/A e deram parcial provimento ao apelo de Milton Jayme Rodrigues, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 11 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0002052-72.2010.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO PREVENTIVA - DANOS MORAIS E MATERIAIS – NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRISÃO ILEGAL – AUSÊNCIA DO DEVER INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O dever de indenizar do Estado ocorre somente quando há prisão ilegal, com abuso de poder, excesso ou desvio na execução do ato, hipóteses inocorrentes nos autos. Art.37, § 6.º, da Constituição Federal.

2. A absolvição do autor não acarreta a condenação do Estado ao pagamento de indenização, se a determinação do ato prisional preventivo ocorreu com observância dos ditames legais.

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, 4 de novembro de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Iver Arruda Santa Cruz interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente a presente ação de indenização por danos morais que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que respondeu a processo crime sob a acusação de atentado violento ao pudor e estupro, tendo permanecido preso preventivamente por 05 meses e 15 dias, quando foi absolvido por sentença, e posto em liberdade.

Alega que a culpa do Estado está configurada pelo fato de ter segregado um inocente por meses.

Diz, ainda, que está configurada a desídia do Estado em manter um acusado por estupro junto a outros encarcerados, principalmente sem provas firmes do crime; que vive em uma cidade pequena, onde todos ficaram sabendo do ocorrido e que, em decorrência dos fatos, sofre com o preconceito, tendo sua dignidade e honra para sempre manchados.

Nesse contexto, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para fins de reforma da sentença e julgamento procedente dos pedidos iniciais, e consequente condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f.162-70.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Iver Arruda Santa Cruz contra a sentença que julgou improcedente a presente ação de indenização por danos morais que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que respondeu a processo crime sob a acusação de atentado violento ao pudor e estupro, tendo permanecido preso preventivamente por 05 meses e 15 dias, quando foi absolvido por sentença, e posto em liberdade.

Alega que a culpa do Estado está configurada pelo fato de ter segregado um inocente por meses, bem como pela desídia do Estado em manter um acusado por estupro junto a outros encarcerados, principalmente sem provas firmes do crime, que vive em uma cidade pequena, onde todos ficaram sabendo do ocorrido, e que em decorrência dos fatos, sofre com o preconceito, tendo sua dignidade e honra para sempre manchados.

A controvérsia a ser dirimida na presente demanda versa sobre a existência de danos morais e materiais decorrentes da prisão preventiva por fato do qual o apelado foi posteriormente absolvido.

Extrai-se dos autos que o autor afirma ter sido mantido preventivamente preso por mais de 05 meses, fato que lhe causou abalo moral, além de lesão à sua integridade física.

Analisando detidamente os autos, verifiquei que apesar das alegações do autor, delas não há comprovação.

Sequer há nos autos cópia do processo criminal, ou da sentença que o absolveu.

Como bem destacado na sentença singular, *"cumpre salientar, ainda, que o requerente sequer juntou todos os documentos necessários para comprovar o fato constitutivo de seu direito, eis que não juntou a cópia do inquérito policial que o indiciou (tendo apenas juntado alguns laudos periciais) e sequer juntou cópia da sentença que o absolveu na ação penal que respondeu."* (f. 129).

E o fato de ter sido mantido preso preventivamente e posteriormente absolvido em ação penal não enseja, por si só, a responsabilidade do Estado.

A Constituição da República adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado, que estabelece o dever de indenizar se a atividade estatal causar danos a terceiros, nos termos do artigo 37, parágrafo 6.º, da Carta Magna:

> *"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:*
>
> *(...)*
>
> *§ 6.º - 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."*

O dever de indenizar, entretanto, não é presumido, porquanto exige a comprovação do ato tido por ilícito, a relação de causalidade entre este e o dano, e a lesão causada ao particular.

De fato, o Estado responde objetivamente pelos danos causados ao administrado em razão da injusta acusação em processo criminal e das medidas a ela pertinentes, assim considerada a prisão preventiva, mas a responsabilidade civil pressupõe a existência de um ato ilícito, do qual advenha um resultado danoso, e que entre o dano e a ação haja um nexo de causalidade. Ausente qualquer destes elementos, restará afastada a obrigação de indenizar.

No caso, se haviam indícios consideráveis da autoria e da periculosidade do autor, era cabível a decretação da prisão preventiva, independentemente da conclusão a que se chegou na ação penal, descabendo a indenização ora pretendida.

A absolvição do apelante não implica, necessariamente, em erro do Estado, já que tal circunstância não gera a convicção de culpa do Juiz sentenciante, em qualquer de suas modalidades.

Mais uma vez, como bem fundamentado pelo Juiz singular, *"se, porém, o requerente veio a ser absolvido ao final do processo, isto não quer dizer que o juiz, ao receber a denúncia, ou o promotor, ao oferecê-la, ou o delegado de polícia, ao instaurar o inquérito policial, cometeram erro ou abuso, a não ser que o tivessem feito sem fundamentos de fato ou de direito suficientes, o que não foi o caso, até porque o requerente nada demonstrou em tal sentido."* (f.132-3).

Vale destacar que a prisão cautelar tem natureza distinta da prisão-pena, uma vez que encerra função instrumental, não implicando, por evidente, em antecipação da pena.

Outrossim, o art. 312 do Código de Processo Penal autoriza a prisão preventiva do agente quando houver indícios suficientes da autoria do crime e da periculosidade do agente, para garantia dos elementos inscritos no dispositivo, *in verbis:*

> *Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

Portanto, no presente caso, não se observa nenhum ato ilícito praticado pelo Estado.

A absolvição apontada pelo apelado como prova do ilícito não gera direito a indenização, ao contrário, atesta a lisura da atividade judicial com a imediata reposição da liberdade do réu diante da sentença de absolvição.

Logo, se o recorrente sofreu de fato algum dano, não se vislumbra nexo de causalidade com nenhum ato ilegal ou abusivo por parte do Estado.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso especial não conhecido."* (REsp 911.641/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009).

> *APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE E NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. O dever de indenizar do Estado ocorre somente quando presente prisão ilegal, com abuso de poder, excesso ou desvio na execução do ato, hipóteses inocorrentes nos autos. Art.37, §6º, da Constituição Federal. 2. A absolvição do autor, em sede de apelação, por ausência de provas, não acarreta a condenação do estado ao de indenização, porquanto a determinação do ato prisional ocorreu com observância dos ditames legais. Precedentes. Negaram provimento à apelação.* (TJRS; AC 623424-66.2010.8.21.7000; Ijuí; Quinta Câmara Cível; Relª Desª Isabel Dias Almeida; Julg. 23/02/2011; DJERS 09/03/2011)
>
> *ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE CULPABILIDADE. ABSOLVIÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. TRAMITAÇÃO REGULAR DO FEITO. CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO PROCESSO PENAL. NÃO COMPROVAÇÃO. ABORRECIMENTO INCAPAZ DE CONFIGURAR DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. O art.312 do Código de Processo Penal autoriza a prisão preventiva do agente, quando houver indícios suficientes da autoria do crime e da periculosidade do agente, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da Lei Penal. O Poder Público tem o dever de empregar todos os recursos necessários à garantia da segurança da população, sendo que o fato de ter sido o agente absolvido, não acarreta por si só a responsabilidade civil do Estado, mormente ante a ausência de culpa ou dolo da administração. Constatada a inexistência de ilegalidade na ação criminal, incabível a indenização por danos morais, quando não comprovado que o abalo psicológico suportado pelo autor tenha decorrido de ato do Poder Público.* (TJMG; APCV 0007366-71.2007.8.13.0240; Ervália; Sexta Câmara Cível; Relª Desª Sandra Fonseca; Julg. 24/08/2010; DJEMG 08/10/2010).

Desse modo, não se há falar em indenização por dano moral, se a prisão não fora ilegal e nenhum erro fora apontado pelo apelado, que resultasse na sua manutenção na prisão, razão por que a sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, 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, 04 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0012805-23.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – TRANSPORTE COLETIVO – AGRESSÃO VERBAL DO MOTORISTA CONTRA PASSAGEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – MANUTENÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO EM DESACORDO AO ARTIGO 20, § 3.º, CPC – REDUÇÃO – MULTA DO ART. 538 DO CPC – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

A transportadora deve reparar o dano decorrente da falha na prestação do serviço, independentemente da indagação acerca da ocorrência de culpa que se presume pela aplicação da responsabilidade objetiva ao caso, descabendo, por conseguinte, cogitar-se de discussão sobre a prática de ato ilícito.

Havendo razoabilidade e proporcionalidade na fixação do *quantum* indenizatório, não há motivos para a revisão dos valores.

Arbitrados honorários advocatícios em valor excessivo, impõe-se a sua redução para adequá-los ao disposto no artigo 20, § 3.º, do CPC.

Não preenchidas as condições previstas pelo artigo 538, parágrafo único, do CPC, não cabe a imposição de multa de 1%, prevista para os embargos protelatórios.

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, 4 de novembro de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Expresso Maringá Ltda interpôs apelação cível às f. 131-61 contra sentença que julgou procedente os pedidos realizados por Edgar Pinto Romero na ação de indenização por danos morais, e a condenou ao pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), em decorrência de defeito na prestação de serviço de transporte público, pela atitude de preposto que, indevidamente, retirou o apelado do ônibus e o humilhou perante outras pessoas.

Em suas razões recursais, afirma que seu preposto não praticou qualquer ato ilícito, porquanto teria apenas fiscalizado o embarque dos passageiros que adentravam pela porta traseira do veículo, a qual é destinada ao embarque apenas de beneficiários do passe-livre, agindo, assim, no estrito cumprimento de um dever legal, o que exclui o dever de indenizar, nos termos do art. 188, I, do Código Civil.

Aduz que os fatos narrados pelo apelado configurariam situação de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada por parte do apelado, insuficiente para ensejar o decreto condenatório, mas acaso mantida a responsabilidade, que haja reforma da sentença, pois o valor indenizatório fixado mostra-se excessivo.

Argumenta que o valor da verba honorária arbitrada (R$ 1.500,00) ultrapassa o teto máximo (20%) estabelecido pela lei (art. 20, § 3.º, do CPC), e por fim, assevera que não houve caráter protelatório com a oposição dos embargos de declaração.

Pede o conhecimento de provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito de indenização por danos morais, com inversão dos ônus de sucumbência; ou, eventualmente, que haja a redução da verba indenizatória, bem assim dos honorários advocatícios.

Pede, ainda, o afastamento da incidência da multa prevista pelo artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Expresso Maringá Ltda, na qual pede a reforma da sentença, ao argumento de que seu preposto não teria praticado ato ilícito, porquanto teria apenas fiscalizado o embarque dos passageiros que adentravam pela porta traseira do veículo, a qual é destinada ao embarque apenas de beneficiários do passe-livre, agindo, assim, no estrito cumprimento de um dever legal, o que excluiria o dever de indenizar, nos termos do art. 188, I, do Código Civil.

Aduz que os fatos narrados pelo apelado configurariam situação de mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada por parte do apelado, insuficiente para ensejar o decreto condenatório.

Diz que o valor indenizatório fixado na sentença seria excessivo e pleiteia a sua minoração. Insurge-se, ainda, contra o valor da verba honorária arbitrada (R$ 1.500,00), argumentando que tal valor ultrapassaria quase duas vezes o teto máximo (20%) estabelecido pela lei (art. 20, § 3.º, do CPC). Por fim, pleiteia o afastamento do caráter protelatório imputado ao recurso de embargos declaratórios e, por conseguinte, a exclusão da multa aplicada.

Do que se extrai do caso, o recurso merece parcial provimento.

I. Responsabilidade civil e arbitramento da indenização.

Apenas para reavivar os fatos, eis breve relato sobre o caso.

Edgar Pinto Romero ajuizou ação indenizatória por danos morais contra Expresso Maringá Ltda., sustentando, em síntese, que no dia 16/04/2009, teria sido impedido de embarcar pela porta traseira do

ônibus-circular da empresa ora apelante, que faz o trajeto Dourados/Itaporã, tendo o motorista do coletivo, de forma grosseira, ordenado ao autor que descesse, pois "*não era velho e nem doente*".

Relatou a parte, ainda, que o preposto da apelante prosseguiu impedindo o seu embarque, mesmo sendo ele beneficiário de passe-livre, expondo-o a situação de extremo constrangimento frente aos demais passageiros, causando-lhe humilhação, vergonha e ofensa moral.

Na sentença de f. 106-14, o juiz "a quo" julgou procedente o pedido, e condenou a apelante no pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), além das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Ora, não há dúvidas de que, na espécie, trata-se de relação de consumo na modalidade de prestação de serviços públicos, o que se enquadra na hipótese prevista no art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, que prescreve, *in verbis*:

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

É de se notar, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva em todos os "fatos do serviço" decorrentes de consumo, quer pelo fornecimento de produtos, quer pela prestação de serviços. No caso, trata-se de responsabilidade por prestação de serviços que é prevista no art. 14, do mesmo diploma legal, *verbis*:

> *"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".*

Portanto, como se extrai da redação do dispositivo citado, a responsabilidade a se averiguar firma-se em sua modalidade objetiva, pois fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos serviços prestados aos seus consumidores.

Extrai-se da narrativa do apelado que este, ao tentar embarcar pela porta traseira do ônibus-circular da empresa apelante, foi constrangido pela abordagem abrupta do motorista do coletivo que, de forma grosseira, diante dos demais passageiros, teria ordenado que ele descesse do veículo, pois não houve apresentação da carteira de "passe livre", "*não era velho e nem doente*" e, por isso, não poderia viajar sem pagar a passagem.

Embora a apelante não tenha admitido tal narrativa, verifico que, oportunizada a especificação e produção de provas, em audiência conciliatória (f. 102), optou o apelante pelo julgamento antecipado da lide.

Assim, a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, de provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do apelado e, por essa razão, deve reparar o dano decorrente da falha na prestação do serviço, independentemente da indagação acerca da ocorrência de culpa, que se presume pela aplicação da responsabilidade objetiva ao caso, descabendo, por conseguinte, cogitar-se de discussão sobre a prática de ato ilícito.

A revisão do valor arbitrado como indenização por danos morais pelo juízo de primeiro grau somente se justifica quando se revelar irrisório ou exorbitante, isto é, fora dos padrões de razoabilidade.

Havendo justificativa do julgador para o montante fixado (R$ 4.000,00), ainda que sucinta, e estando ele de acordo com os parâmetros adotados pelo STJ em casos semelhantes, o montante arbitrado deve ser mantido.

II. Arbitramento dos honorários advocatícios.

Relativamente aos honorários advocatícios, sustenta a apelante que o valor arbitrado (R$ 1.500,00) seria excessivo e contrário aos parâmetros estabelecidos pelo § 3.º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Razão lhe assiste neste ponto.

No arbitramento dos honorários advocatícios o julgador deve levar em conta o zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, o tempo exigido do advogado na elaboração de peças, bem como a natureza e a importância da ação, nos termos do que dispõe o § 3.º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

No caso, é inegável a dedicação do advogado da parte apelada e o valor dado à causa (R$ 25.000,00). No entanto, não se pode desconsiderar que a presente ação não é uma demanda com elevado grau de complexidade, motivo pelo qual não se tem como manter o montante arbitrado para os referidos honorários, que foram fixados em quantia equivalente a quase o dobro do valor máximo previsto pela lei, considerando-se os parâmetros estabelecidos pelo aludido artigo (10% a 20% sobre o valor da condenação).

No entanto, também não se deve reduzir o valor da condenação ao mínimo legal (10%), pois o valor resultante desse percentual não se mostra suficiente para remunerar o causídico da parte de forma justa, especificamente por considerar que a presente ação tramita desde o ano de 2010.

Assim, entendo por bem fixar os honorários em 15% do valor da condenação, percentual que melhor atende ao disposto no art. 20, § 3.º, do CPC.

III. Multa embargos de declaração.

Por derradeiro, com amparo nos argumentos acima materializados, considerando que os embargos declaratórios de f. 119-24 objetivavam, exatamente, aclarar o ponto sobre honorários advocatícios fixados na sentença, tenho por não configurado o intuito protelatório na interposição do referido recurso, razão pela qual entendo incabível a incidência da multa prevista no art. 538 do CPC.

Como se sabe, a imposição de tal penalidade depende da demonstração de verdadeiro dolo processual e, no caso dos autos, tenho que o manejo dos embargos de declaração, nada mais representou do que a utilização, pelo requerido, da via processual cabível para a defesa de seus interesses, motivo pelo qual determino seu afastamento.

Isso posto, conheço e dou parcial provimento ao recurso interposto por Expresso Maringá Ltda., para o fim de reformar a sentença apenas no tocante à fixação dos honorários advocatícios, que passam a ser de 15% do valor corrigido da condenação e, ainda, para afastar a multa de 1%, aplicada ao apelante nos embargos declaratórios de f. 119-24.

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. 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, 04 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0835149-60.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – MODALIDADE ESPECIAL URBANO – SENTENÇA DE EXTINÇÃO PELA INÉPCIA DA INICIAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE POSSE "*AD USUCAPIONEM*" – POSSE COM VÍCIOS – SENTENÇA MANTIDA – APELAÇÃO IMPROVIDA.

Para a declaração da usucapião especial urbana, necessário que se comprove a posse por cinco anos ininterruptos e sem oposição, para uso de sua moradia ou de sua família em área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Os imóveis objetos de financiamento imobiliário pelo SFH e gravados com hipoteca gozam de especial proteção e não se submetem a usucapião, notadamente por parte daqueles que assim o adquiriram e não cumpriram com a respectiva obrigação de pagamento, tornando a posse de má-fé.

Evidenciada a posse viciada, não há como caracterizá-la como "*ad usucapionem*", apesar do transcurso do prazo.

Sentença mantida. Recurso conhecido e 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, 4 de novembro de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Samir Feres Azel Dine e Geni Araújo do Carmo contra sentença que indeferiu liminarmente a inicial da ação de usucapião ajuizada contra Carlos Rodrigues Roque Junior e Cristiane de Moraes Anderson.

Referida sentença reconheceu a carência da ação por ausência de possibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a ausência de posse de boa-fé dos apelantes, bem assim posse mansa e pacífica, haja vista a retomada do imóvel pela CEF em 2005, e tramitação de ação de imissão de posse desde 2011, proposta pelos apelados.

Nas razões recursais (f. 77-112), os apelantes sustentam a existência dos requisitos necessários para a declaração da prescrição aquisitiva da propriedade pretendida, uma vez que desde 28/10/2005 e até a presente data, sua posse no bem é mansa e pacífica, nos moldes do artigo 183 da Constituição Federal e 1240 do Código Civil.

Rebateram o entendimento aplicado na ação n.º 0028162-12.2011.8.12.0001 (de imissão na posse, que os ora apelados ajuizaram contra os apelantes), na qual se afirmou inexistir boa-fé dos apelantes, e sobre tal alegaram que referida questão ainda se encontra em grau de recurso.

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, afirmam ofensa à coisa julgada, tendo em vista que houve declaração da posse de boa-fé dos apelados, transitada em julgado em 2003.

Pedem a reforma da sentença para declarar a boa-fé dos apelantes, e decretação da aquisição da propriedade pela usucapião, tendo em vista o abandono do antigo proprietário do imóvel, a CEF.

Pedem a concessão de liminar para serem reintegrados na posse do imóvel até o trânsito em julgado da presente ação e, quanto ao mérito, a reforma da sentença para declarar a posse de boa-fé dos apelantes e consequente decretação de aquisição da propriedade pelo usucapião, pelo decurso do lapso temporal de 5 anos.

Contrarrazões às f. 129-37, com pleito para a não concessão da medida liminar e negativa de provimento da apelação.

É o relatório.

Inclua-se na mesma pauta para julgamento conjunto com a apelação cível n.º 0028162-12.2011.8.12.0001, tendo em vista a conexão das matérias, sem necessidade de revisão, nos termos do artigo 155, § 1.º, do Regimento Interno deste Tribunal, combinado com o artigo 551, § 3.º, do CPC.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Samir Feres Azel Dine e Geni Araújo do Carmo interpuseram apelação cível contra sentença que indeferiu liminarmente a inicial da ação de usucapião ajuizada contra Carlos Rodrigues Roque Junior e Cristiane de Moraes Anderson.

Referida sentença reconheceu a carência da ação por ausência de possibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a ausência de posse de boa-fé dos apelantes, bem assim posse mansa e pacífica, haja vista a retomada do imóvel pela CEF em 2005 e tramitação de ação de imissão de posse em 2011 pelos apelados.

Nas razões recursais (f. 77-112), os apelantes sustentam a existência dos requisitos necessários para a declaração da prescrição aquisitiva da propriedade pretendida, uma vez que desde 28/10/2005 até a presente data sua posse no bem é mansa e pacífica, nos moldes do artigo 183 da Constituição Federal e 1240 do Código Civil.

Rebateram o entendimento aplicado na ação n.º 0028162-12.2011.8.12.0001 (de imissão na posse que os ora apelados ajuizaram contra os apelantes), na qual se afirmou inexistir boa-fé dos apelantes, e sobre tal alegaram que referida questão ainda se encontra em grau de recurso.

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, afirmam ofensa à coisa julgada, tendo em vista que houve declaração da posse de boa-fé dos apelados, transitada em julgado em 2003.

Pedem a reforma da sentença para se declarar a boa-fé dos apelantes, e decretar a aquisição da propriedade pelo usucapião, tendo em vista o abandono do antigo proprietário do imóvel, a CEF.

Como brevemente relatado, o presente feito tramitou em apenso aos autos de imissão de posse n.º 0028162-12.2011.8.12.0001, no qual houve julgamento procedente dos pedidos iniciais e se determinou a imissão daqueles requerentes, aqui apelados, na posse do mesmo imóvel aqui demandado.

Aliás, daquele feito que se extrai o histórico da lide e do qual consta que os ora apelantes também figuraram em outra demanda petitória, ajuizada por outros proprietários do mesmo bem, a saber, autos n.º 0021268-98.2003.8.12.0001.

Naquele referido processo, ajuizado por Edivaldo da Silva Ramos e Ilza Rodrigues Paes Ramos, adquirentes do imóvel por meio de leilão extrajudicial da CEF, entendeu-se que a então ocupante Geni Araújo do Carmo lá se encontrava de boa-fé, em razão de contrato de compra e venda outrora celebrado com a instituição financeira e seu ex-cônjuge, cujo financiamento, porém, foi inadimplido.

Naquele caso, determinou-se a retenção do bem pelas benfeitorias realizadas, ocasião em que Geni Araújo lá permaneceu até que fosse retirada por ocasião da sentença prolatada nos autos de imissão acima mencionado.

Na sentença do feito de imissão em que também litigam as mesmas partes desta ação de usucapião, repassou-se a questão da retenção pelas benfeitorias, observando-se, porém, que a coisa julgada produzida em favor de Geni Araújo não poderia ultrapassar os limites subjetivos impostos naquela demanda.

Referida sentença foi integralmente mantida por ocasião do julgamento da apelação apresentada e analisada por este mesmo relator e a respeito desse ponto, eis o que foi considerado:

> *"(...) No caso em tela, em que pese ter-se reconhecido direito à retenção de bem pelas benfeitorias construídas em pretérito processo, com base no artigo 1219 do Código Civil, deve-se observar duas importantes peculiaridades: a primeira, que o devedor do valor correspondente a essas benfeitorias é o credor hipotecário do imóvel, com quem os ora apelantes, então mutuários, tinham relação jurídica.*
>
> *A segunda particularidade é que naquela demanda ainda não havia sequer a intenção dos ora apelados adquirirem referido imóvel, de forma que inevitavelmente seus termos não devem ser aplicados à relação jurídica envolvendo os ora apelados e a credora hipotecária, Caixa Econômica Federal.*
>
> *O entendimento assim incidente não ofende a coisa julgada, apesar de tal questão ter sido levantada pelos apelantes. E isso porque o instituto da coisa julgada, nos moldes do artigo 472 do Código de Processo Civil, estende-se às partes entre as quais é dada a sentença, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, figura esta em que se enquadra os ora apelados.*
>
> *Nesses termos, aquela determinação não se estende ao presente caso, já que envolve visivelmente outra relação jurídica.*
>
> *Nesses termos, aquela determinação não se estende ao presente caso, já que envolve visivelmente outra relação jurídica e no presente caso, noto que apesar da retenção outrora assegurada para outra demanda, os apelantes mantiveram-se ocupando o imóvel sem qualquer contraprestação, apesar de fixada aluguel pela fruição do bem, o*

que configura a posse de má-fé, ao menos em relação aos atuais proprietários, incidindo ao caso perfeitamente a regra do artigo 1220 do Código Civil[1].

Aliás, quanto à alegada boa-fé dos apelantes, mantenho o mesmo entendimento do magistrado singular, já que a partir do momento em que deixou de cumprir com suas obrigações perante a credora hipotecária (Caixa Econômica Federal), a boa-fé inicialmente presumida simplesmente cessa, sobretudo quando injustamente permanece na pose do imóvel após duas arrematações extrajudiciais, ou seja, quando sabedor que o imóvel estaria na iminência de não lhe pertencer diante de sua incontroversa inadimplência e arrematação pela credora hipotecária, o que já foi igualmente decidido em outros casos[2].

Caracterizada a má-fé e posse injusta dos apelantes, sequer há o que se comentar a respeito de eventual direito de declaração da propriedade pela prescrição aquisitiva, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal e 1.240 do Código Civil, o que aliás será matéria de análise no respectivo recurso (n. º 0835149-60.2013.8.12.0001), e inerente que lhes haja condenação pelo tempo da fruição do bem, o que nada mais configura que a reposição patrimonial pelo uso indiscriminado do bem (...).”

Assim, com o enfoque já debatido acerca da posse dos apelantes, vejo que inexistem fundamentos a garantir o direito vindicado nesta ação de usucapião.

Prescrevem o artigo 183, da Constituição da República, e 1.240, do Código Civil:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Veja-se que para a declaração da usucapião especial urbana necessário o preenchimento dos requisitos referentes a área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados; posse por cinco anos ininterruptos e sem oposição, para uso de sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A sentença guerreada entendeu inexistir possibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a posse exercida pelos apelantes, além de má-fé não se assentava em posse “ad usucapionem”, ou seja, com o ânimo de proprietário, já que sabidamente se encontravam como meros ocupantes de imóvel que compraram e não pagaram.

Outrossim, afirmar que sua posse foi ininterrupta e sem oposição é deixar de observar todo o histórico já analisado, ou seja, primeiro que os apelantes faziam parte de relação jurídica com a Caixa Econômica Federal, como contraentes de financiamento, posteriormente inadimplido; segundo, de que já teriam sido demandados em ação petitória anterior, na qual lhes foi apenas assegurado o direito de retenção pelas benfeitorias construídas; terceiro, de serem novamente demandados em outra ação petitória, agora com clara determinação de desocupação.

1 Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

2 TJMS, AC 0044130-19.2010.8.12.0000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2.ª Câmara Cível, julgamento em 11/06/2013;

Ainda que entre um caso e outro tenha ocorrido o transcurso de prazo de cinco anos, como entendeu haver entre o ano de 2005 até o ajuizamento da ação de imissão de posse de n.º 0028162-12.2011.8.12.0001, certo é que não há qualidade da posse vindicada, ou seja, além de ser evidente o vício da posse, tal jamais levaria à caracterizá-la como posse *ad usucapionem*, requisito essencial para a declaração de usucapião.

Ilustram este entedimento os seguintes julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – DETENÇÃO IMÓVEL URBANO – ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL – AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI – MERA PERMISÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I – Para a declaração do usucapião extraordinário, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos exigidos em lei, quais sejam, posse contínua, inconteste, com justo título e boa-fé. Improcede a pretensão quando restar demonstrada a posse precária. É cabível a reconvenção em sede de usucapião, do proprietário que pretende reaver o bem possuído injustamente pelos autores apelantes. (TJMS, AC 2010.06041-6, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgamento em 29/04/2010)*

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ANIMUS DOMINI – IMPOSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PRETENSÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS, AC 0001869-08.2008.8.12.0034, Rel. Des. Júlio Roberto de Siqueira Cardoso, julgamento em 10/07/2014)*

Não o bastasse, a jurisprudência tem sedimentado, por inúmeras vezes, que o imóvel financiado pelo SFH não está sujeito a posse *ad usucapionem*, notadamente pelos adquirentes inadimplentes, seja porque o art. 9.º, da Lei n.º 5741/71, tipifica como crime a invasão ou ocupação, com fim de esbulho possessório, de terreno ou unidade habitacional construída ou em construção, objeto de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação, seja porque eles detêm natureza pública, sendo imprescritíveis para efeito de usucapião na forma do art. 183, § 3.º, da Constituição da República. Veja-se, a respeito, os autos n.º 0015005-67.2009.4.01.3400, do TRF da 1.ª Região, e n.º 0033603-25.2012.4.03.0000, do TRF da 3.ª Região, entre outros.

A relação obrigacional que permitia a ocupação do bem pelos apelantes e que se caracterizava como de boa-fé, perdeu tal característica quando restou inadimplida, e tornou-se não apenas de má-fé, como caracterizada como violenta face as disposições da Lei n.º 5.471/71, o que afasta, completamente, a possibilidade da usucapião.

Por todo o exposto, a sentença merece ser mantida em sua integralidade, motivos pelos quais conheço da apelação, 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. 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, 04 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0022384-32.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – APELAÇÕES CÍVEIS DOS RÉUS E REEXAME NECESSÁRIO – PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – AFASTADA – HOSPITAL INTEGRANTE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – ERRO MÉDICO – NEXO CAUSAL CONSTATADO – VÍTIMA NASCITURO – SEQUELA IRREVERSÍVEL – PENSÃO MENSAL DEVIDA – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO MANTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR MANTIDO – RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. É sabido que a responsabilidade civil médica, em nosso sistema atual, decorre do descumprimento de um dever genérico de cuidado, e a configuração da responsabilidade exige a presença da culpa, ou seja, da demonstração de que houve falha na prestação do serviço médico, decorrente de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, prevista no art. 186, combinado com o art. 927, ambos do Código Civil e, nos casos de relação de consumo, fundada no art. 14, § 4º, do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva do fornecedor do serviço, no caso o médico, perante o consumidor (paciente) pela prática de ato ilícito. Ilegitimidade afastada.

2. O hospital integrante do Sistema Único de Saúde, como prestador de serviços, responde pelos danos causados aos seus pacientes, sem que se perquira acerca da culpa, incidindo a regra do art. 14, *caput*, do CDC, que prevê a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço. Havendo falha na atuação do médico que nele atua, a responsabilidade do nosocômio é decorrência lógica. Ilegitimidade afastada.

3. A responsabilidade civil do Poder Público por atendimento prestado em estabelecimento sob sua responsabilidade se dá conforme a regra do artigo 37, § 6°, da CF. Na hipótese, restou demonstrado que a sequela apresentada pelo co–autor decorre de erro médico realizado em hospital integrante do Sistema Único de Saúde. Responsabilidade do Município configurada.

4. Pensionamento mensal vitalício devido, desde o evento danoso, sem que haja limitador da expectativa de vida laborativa, eis que a lesão é irreversível. Precedentes do STJ.

5. Verificado o fato (erro médico), a responsabilidade do município, do nosocômio e do profissional, o dano suportado pelos autores e o nexo de causalidade, resta configurado o dano moral *in re ipsa.*

6. O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

7. Na fixação dos honorários, cabe observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelos advogados e o tempo

exigido para o seu serviço (art. 20, §4º, combinado com §3º, 'a', 'b' e 'c', do Código de Processo Civil). Nesta ótica, não se descurou o julgador singular, motivo pelo qual, no ponto, mantém-se a sentença recorrida.

EMENTA – RECURSO ADESIVO DOS AUTORES – ERRO MÉDICO – PENSÃO MENSAL MAJORADA – DANOS MATERIAIS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Em razão da sequela suportada, o co-autor necessitará de cuidados especiais e é pouco provável que venha a exercer, no futuro, atividade laboral que lhe provenha o sustento, motivo pelo qual necessária a majoração do pensionamento mensal para o equivalente a 03 (três) salários mínimos, valor que possibilitará seu sustento e de sua genitora, que não poderá exercer atividade laboral em razão da dedicação exclusiva ao filho, portador de necessidades especiais, assim como possibilitará submeter-se a tratamento que lhe ofereça qualidade de vida, sem ocasionar excessivo ônus aos réus.

2. Dano material. Indenização devida somente quanto àqueles devidamente comprovados.

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, não conhecer do agravo retido, afastar a preliminar, negar provimento ao recursos interpostos pela Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Abreu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande e ao reexame necessário e dar parcial provimento ao apelo de Simone Silva Medina e outro, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Argeu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande, todos qualificados nos autos de ação indenizatória que lhes movem Simone Silva Medina e Nicolas Silva Medina, inconformados com a sentença de parcial procedência proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública de Campo Grande–MS, interpuseram Apelações Cíveis.

A ré Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, em seu apelo (f. 992-1006), sustenta não ser legitimada a responder pelos danos suportados pelos autores, sob o argumento de que os médicos responsáveis pelos procedimentos realizados não possuem vínculo empregatício com a nosocômio, seja como empregados, associados ou integrantes de sua equipe médica. Insurge-se com relação ao valor indenizatório - R$ 100.000,00 à autora e R$ 150.000,00 ao co-autor - a título de danos morais, alegando ser imperioso sua redução para parâmetros compatíveis com a doutrina e jurisprudência aplicáveis à espécie.

Por fim, insurge-se com relação ao valor dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados em favor do patrono dos autores, porque excessivo e arbitrados em dissonância com o artigo 20, § 4º, do CPC.

O corréu João Argeu de Almeida e Silva, argumenta que não houve comprovação do nexo causal entre sua conduta médica e o dano à criança. Suscita ter havido parcialidade na realização do laudo pericial.

Assevera que não houve comprovação do dano à criança, porquanto a paralisia cerebral não restou inequívoca, o que impossibilita a fixação de pensão mensal vitalícia em favor daquela.

Pugna pela redução do valor indenizatório, alegando que não restou considerada sua condição de profissional liberal.

O Município corréu também apresentou recurso de apelação, alegando que sua responsabilidade não é solidária, sendo no máximo subsidiária, porquanto o médico responsável pelo procedimento presta serviço diretamente à pessoa jurídica de direito privado e não de direito público. Sustenta que as sequelas não decorreram de erro médico, mas dos próprios riscos inerente ao parto.

Relativamente ao valor da verba indenizatória a título de danos morais, diz que o valor não é razoável em consonância à jurisprudência pátria. Já no que tange ao pensionamento mensal, refere que deve se dar a partir de quando a vítima completar 16 (dezesseis) anos, pretensa idade em que o menor colaboria ao sustento familiar, correspondente a 2/ (dois terço) do salário mínimo vigente, sendo reduzido para 1/3 (um terço), a partir dos 25 (vinte e cinco) anos da vítima até completar 65 (sessenta e cinco) anos, conforme jurisprudência.

Por fim, pugna pela redução dos honorários advocatícios sucumbenciais de acordo com responsabilidade de cada um dos réus no fato que culminou danos ao autor.

Os autores, apresentaram contrarazões aos recursos de apelação interpostos pelos réus (f. 1.080-1.102), bem como interpuseram recursos adesivo (f. 1.058-1.078) visando a majoração do dano moral fixado em favor dos autores, conforme precedente do STJ. Pugnam, ainda, pela majoração da pensão mensal para 18 (dezoito salários mínimos), a fim de custear o tratamento de saúde a que deverá o co-autor se submeter.

Igualmente buscam a reforma da decisão para que sejam os réus condenados ao pagamento do dano material decorrente de financiamento de veículo e combustível, necessários para atender a locomoção da criança.

Ao final, requerem a majoração da verba honorária sucumbencial, para o patamar de 20% sobe o valor da condenação.

Contrarrazões da Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI à f. 1.106-1.115, do Município de Campo Grande à f. 1.117-1.128 e João Argeu de Almeida à f. 1.171, todos pugnando pelo improvimento do recurso adesivo, tendo o corréu João Argeu alegado preliminarmente sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com fundamento no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Tendo em vista a sucumbência da Fazenda Pública Municipal, necessário o reexame necessário da sentença.

A PGJ, por sua vez, manifestou-se à f. 1.183-1.198 dos autos, opinando pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

VOTO

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

Como relatado, trata-se de reexame necessário e recursos de apelação cível interpostos por Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Argeu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande,

além de recurso adesivo interposto por Simone Silva Medina e Nicolas Silva Medina, todos qualificados nos autos de Ação Indenizatória que os dois últimos promovem contra os primeiros nominados, todos inconformados com a sentença de parcial procedência proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública de Campo Grande–MS à f. 967-986.

Registre-se, de início, que não conheço do agravo retido de f. 694-701, por não haver expresso requerimento para sua apreciação, na forma do artigo 523, § 1º do CPC.

Extrai-se dos autos que a autora Simone Silva Medina dirigiu-se à maternidade ré em 30-10-2007, com dores referentes a trabalho de parto, e foi atendida pela médica plantonista/residente Dra. Michele Sandri Dettmer, estanha à lide, que a submeteu a tentativa de parto normal, sem êxito, em razão de o feto não se encontrar em posição adequada.

A pedido de Dra. Michele, houve a intervenção do médico preceptor, ora réu, João Argeu de Almeida e Silva, que por sua vez, solicitou auxílio ao médico corréu Rubens Marques dos Santos, quem realizou o parto, utilizando-se, para tanto, do manejo de fórceps.

Em decorrência do parto ter ocorrido de forma traumática, o co-autor, Nicolas Silva Medina, aspirou grande quantidade de mecônio, acarretando-lhe falta de oxigenação cerebral, além de sofrer tacotraumatismo e lesão nos olhos, sendo necessário o coma induzido por dois dias, em razão de reiteradas convulsões. Por fim, teria suportado infecção hospitalar em uma das mãos.

Diante desses fatos, os autores teriam suportado prejuízos materiais e morais.

O julgador em primeiro grau acolheu em parte os pedidos dos autores, para o fim de condenar os réus Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Argeu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande, solidariamente, aos seguintes pagamentos (f. 984):

> *a) uma pensão mensal vitalícia em favor do requerente Nicolas, no valor correspondente à 01 (um) salário mínimo, a contar da data do evento danoso (31-10-2007);*
>
> *b) R$ 669,85 (seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), à título de danos materiais, decorrentes das despesas com consultas e medicamentos necessários ao tratamento do requerente Nicolas;*
>
> *c) 100.000,00 (cem mil reais), em favor da requerente Simone Silva Medina, à título de indenização por danos morais;*
>
> *d) R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em favor do requerente Nicolas Silva Medina, à título de indenização por danos morais.*

Preenchidos os pressupostos recursais passo à análise dos recursos voluntários, assim como do reexame, o que faço conjuntamente, a partir das provas constantes dos autos e por ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente: da ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada por Associação Amparo a Maternidade e a Infância e por João Argeu

A ré Associação de Amparo a Maternidade e a Infância sustenta não ser legitimada a responder pelos danos suportados pelos autores, sob o argumento de que os médicos responsáveis pelos procedimentos realizados não possuem vínculo empregatício com o nosocômio, seja como empregados, associados ou integrantes de sua equipe médica.

O corréu João Argeu, de igual forma, suscita em sede preliminar, quando das contrarrazões ao recurso adesivo interposto pelos autores, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com fundamento no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Necessário registrar que a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelos réus Associação de Amparo a Maternidade e a Infância e João Argeu, foi afastada pelo despacho de saneador de f. 600-605, por decisão irrecorrida, eis que ambos deixaram transcorrer *in albis* o respectivo prazo recursal.

Entretanto, ainda que as teses de ilegitimidade novamente suscitadas sejam amparadas por fundamentos idênticos aos afastados em primeiro grau, por tratar-se de questão de ordem pública, que não preclui e poderia ser apreciada, inclusive, de ofício, tornarei a analisá-la.

Os réus não tem razão.

É sabido que a responsabilidade civil médica, em nosso sistema atual, decorre do descumprimento de um dever genérico de cuidado, assim como de deveres específicos relativos ao fornecimento de diagnóstico adequado e prestação de informações ao paciente. Em relação ao profissional liberal, a configuração da responsabilidade exige a presença da culpa, ou seja, exige-se a demonstração de que houve falha na prestação do serviço médico, decorrente de dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

É a denominada responsabilidade por ato ilícito, prevista no art. 186, combinado com o art. 927, ambos do Código Civil e, nos casos de relação de consumo, fundada no art. 14, § 4º, do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva do fornecedor do serviço, no caso o médico, perante o consumidor (paciente) pela prática de ato ilícito.

A relação jurídica estabelecida entre o médico e seu paciente, para fins de identificação da responsabilidade civil do profissional decorre do fato do serviço, podendo ter derivação contratual, quando o paciente livremente faz a escolha do médico que irá tratá-lo ou examiná-lo, compreendendo as relações restritas ao âmbito da medicina privada, e extracontratual, nas hipóteses em que paciente e médico, for força das circunstâncias da vida, são colocados frente a frente, incumbindo ao profissional prestar assistência a quem dela necessita, ou mesmo nas hipóteses em que os médicos, servidores públicos ou não, atendam em instituição que receba os segurados dos diversos institutos de saúde pública, como no caso dos autos.

Portanto, por força do que estabelecem os artigos 186, combinado com o art. 927, ambos do CC e art. 14, § 4º, do CDC, não há como acolher a tese suscitada pelo corréu João Argeu, que está legitimado a responder aos termos desta demanda, a fim de apurar a presença da culpa e/ou falha na prestação do serviço médico, decorrente de dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

De igual modo, sem razão a Associação de Amparo a Maternidade e a Infância corré, que, para afastar sua responsabilidade, afirma que o médico responsável pelo procedimento não é seu associado, empregado e, portanto, consigo não mantém qualquer vínculo empregatício a justificar sua condenação.

Entretanto, nenhuma prova produziu acerca de suas alegações a afastar a incidência do artigo 14, *caput* do CDC.

Acresça-se a isso, que os hospitais, como prestadores de serviços, respondem por danos causados aos seus pacientes, sem que se perquira acerca da culpa, incidindo a regra do citado art. 14, *caput*, do CDC, que prevê a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço. Havendo falha na atuação do médico que nele atua, a responsabilidade do nosocômio é decorrência lógica, mormente porque integrante do Sistema Único de Saúde, por meio do qual houve o atendimento que teria ocasionado os danos alegados na inicial.

Assim, rejeito as teses suscitadas pelos réus acerca da ilegitimidade passiva *ad causam*.

Responsabilidade do Muncípio corréu

O Município, em suas razões (f. 452-464), alegou que sua responsabilidade não é solidária, sendo no máximo subsidiária, porquanto o médico responsável pelo procedimento presta serviço diretamente à pessoa jurídica de direito privado e não de direito público.

Sem razão.

Da atual sistemática constitucional extrai-se que as ações e serviços atrelados ao direto público subjetivo à saúde são organizados de maneira a formar uma rede integrada, regionalizada e hierarquizada, definida com SUS (Serviço Único de Saúde) - art. 198 da CF/8 - cujo serviço está financiado a partir de recurso orçamentários da Seguridade Social, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - o art. 19 da CF/8, em responsabilidade solidária, além de possibilitar a participação complementar da iniciativa privada na prestação dos serviços em comento, mediante contrato de direito público ou convênios - que certamente é o caso da Maternidade corré.

Ainda é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a Saúde Pública consubstancia não só direto fundamental do homem, como também o dever do Poder Público, expressão que abarca, em conjunto, a União, os Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios, nos termos dos artigos 2º e 4º da Lei n.80/190, que trata do SUS.

Logo, em razão dessa responsabilidade solidária de todos os referidos entes (União, Estados e Municípios), cabendo a qualquer um deles a legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demandas que objetivem garantir acesso à medicação ou tratamento médico adequado a pessoas desprovidas de recurso financeiros e, inclusive as relacionadas à indenizatória por erro médico ocorrido em hospitais privados conveniados.

No sentido:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE MUNICIPAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.*
>
> *1. Considerando que o funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária da União, do Estados e dos Municípios, é de se concluir que qualquer um destes entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de quaisquer demandas que envolvam tal sistema, inclusive as relacionadas à indenizatória por erro médico ocorrido em hospitais privados conveniados.*
>
> *2. É entendimento desta Corte que, em sede de recurso especial, não se admite a revisão de danos morais, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ, salvo se o valor fixado for exorbitante ou irrisório, excepcionalidade essa não verificada nos presentes autos.*
>
> *3. Nas condenações indenizatórias posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, deve-se aplicar a taxa Selic, que é composta de juros moratórios e de correção monetária. Precedentes: EDcl no REsp 1.300.187/MS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 26/03/2014; EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 245.218/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 25/11/2013; REsp 1.279.173/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 09/04/2013; EDcl no AgRg no AREsp 109.928/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 01/04/2013; EDcl no REsp 1210778/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 19/12/2011; AgRg no REsp 1.233.030/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/04/2011.*

4. Recurso especial não provido. (REsp 1388822/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 01/07/2014)

Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI).

E, *"relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'"* (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).

Este também é o entendimento desta Câmara Cível:

> *EMENTA - AÇÃO INDENIZATÓRIA - APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO - ERRO MÉDICO - HOSPITAL MUNICIPAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - NEXO CAUSAL CONSTATADO - VÍTIMA DONA DE CASA - TRABALHO COM VALOR ECONÔMICO - PENSÃO MENSAL DEVIDA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - INDENIZAÇÃO MANTIDA - JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO - CORREÇÃO MONETÁRIA À PARTIR DO EFETIVO PREJUÍZO - DANOS MORAIS E ESTÉTICO CONFIGURADOS - QUANTUM MANTIDOS - CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO - JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS - SENTENÇA MANTIDA NA ÍNTEGRA - RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME IMPROVIDOS. 1. A responsabilidade civil do Poder Público por atendimento prestado em estabelecimento sob sua responsabilidade se dá conforme a regra do artigo 37, § 6°, da CF. Na hipótese, restou demonstrado que as sequelas apresentadas pela autora decorrem de erro em procedimento cirúrgico realizado em hospital municipal. responsabilidade do município configurada. 2. Tendo em vista o disposto no art. 950 do Código Civil, a reparação deverá incluir pensão correspondente à depreciação do trabalho sofrida pela vítima. Serviços domésticos tem valor econômico, tanto que a sua falta pode causar prejuízo patrimonial à família. Logo, devida a pensão mensal em um salário mínimo, valor que se mostra suficiente caso seja necessário a contratação de uma pessoa para fazer o trabalho que a autora realizava antes de ficar impossibilitada. Considerando os limites da lide, a pensão deve ser paga até a requerente completar 73 (setenta e três) anos de idade, ou até à morte da autora, como pedido na exordial e determinado na sentença objurgada. Inviabilidade de pagamento em parcela única vez que não se pode saber, de antemão, a data final do pensionamento. 3. Constatado o erro médico torna-se indiscutível a obrigação do Município em ressarcir à autora os valores por ela despendidos. Indenização devida somente quanto àqueles devidamente comprovados. Juros de mora e correção monetária aplicados de acordo com as Súmulas 54 e 43 do STJ. 4. Verificado o fato (erro médico), a responsabilidade do município, o dano suportado pela requerente e o nexo de causalidade, causando danos de ordem imaterial na autora que se vê limitada em sua força de trabalho, além das dores que suporta, resta configurado o dano moral in re ipsa. 5. O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito. 6. Dano estético, em resumo, é qualquer alteração externa da*

aparência humana que, em relação a situação anterior, promova piora estética da pessoa; é a ofensa, culposa ou dolosa, permanente na integridade física do ofendido, logo, invoca a responsabilidade civil para a sua total reparação. Na hipótese, o laudo pericial não deixa dúvidas quanto à existência de dano estético. 7. Para quantificar o dano estético devem ser considerados fatores como a extensão do dano, a localização da lesão e a possibilidade de tratamento, a fim de tornar o problema menos perceptível, e as condições das partes. 8. Em razão da sucumbência recíproca e parcial - art. 21 do CPC - vez que a autora decaiu em parte de seus pedidos - foram proporcionalmente distribuídos os ônus sucumbências em 25% para autora - beneficiária da justiça gratuita, portanto aplicável o art. 12 da lei de Assistência Judiciária - e 75% para o requerido. (TJMS Apelação/Reexame Necessário 0000074-15.2009.8.12.0039 – Água Clara, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson - 3ª Câmara Cível, Data do julgamento: 12/11/2013)

Nesta trilha, não há como afastar a responsabilidade solidária do Município corréu, que deve responder pelo atendimento realizado em hospital, ainda que particular, porém, integrado ao Sistema Único de Saúde.

Fixadas as responsabilidades dos réus, resta verificar, pois, se houve falha na prestação do serviço e a relação de causa e efeito entre a ação e o resultado (a sequela – paralisia cerebral), fundamento do pleito indenizatório.

Mérito: do ato ilícito e dos danos suportados

No caso dos autos, restou suficientemente comprovado o erro médico, bastando, para tanto, analisar o laudo pericial. Em conclusão, a *expert* declarou:

"1. Um equívoco no entendimento dos papéis na assistência médica aos autores da ação, Simone Silva Medina e Nicolas Silva Medina durante o trabalho de parto, uma vez que era responsabilidade da médica residente Dra. Michele Sandri Dettmer informar o médico plantonista preceptor e primeiro réu Dr. João Argeu de Almeida e Silva de todos os atendimentos e procedimentos realizados para que este pudesse supervisionar o diagnóstico e a conduta a ser tomada. Por sua vez, ao primeiro réu Dr. João Argeu de Almeida e Silva cabe, em última instância zelar pela correta condução das pacientes sob sua responsabilidade, sendo de fato a autoridade máxima no plantão e devendo ter atitude proativa, independente da análise, não ficando sua participação condicionada ao acionamento por médicos ainda em fase de primeiro ano treinamento.

2. Não encontramos nos autos elementos que justificasse, por que um trabalho de parto até então conduzido deixasse de sê-lo. Não houve monitoramento dos batimentos cardíacos fetais adequados das 4 h 30 min até a 6 h 30 min (horário do nascimento do autor da ação, Nicolas Silva Medina), que teria garantido uma monitoração da vitalidade fetal e consequentemente evitaria a tempo danos neurológicos ao recém-nascido. No primeiro momento ocorreu participação somente da média R1 Dra. Michele Sandri Dettmer das 4 h 30 mim às 5 h 10 mim e no segundo momento, já com a participação do médico plantonista e primeiro réu Dr. João Argeu de Almeida e Silva, das 5 h 10 min às 6 h 30 min.

3. Foi determinante para evitar a morte do autor da ação Nicolas Silva Medina a participação do segundo réu Dr. Rubens Marques dos Santos, que, fora de seu horário de plantão e atendendo ao pedido de socorro da equipe ativa, recorreu a parto vaginal instrumental (fórceps), conseguindo rapidamente abreviar o período expulsivo (termos médico usado para designar o momento específico do nascimento), evitando complicações maiores, como roptura uterina (quando o útero se rompe durante o trabalho de parto, causando hemorragia interna intensa) e toas as suas consequências, que podem chegar a incluir morte materna. " (f. 758)

Ainda com fundamento no referido laudo pericial, está manifestamente comprovado que a sequela suportada pelo autor Nicolas foi paralisia a cerebral. Senão vejamos:

> *"A causa da paralisia cerebral, diante do que consta dos autos e da documentação encontrada, foi hipóxia (concentração arterial de oxigêncio inferior à normal) decorrente do inadequado acomonhamento do trabalho de parto.*
>
> *Frente a todos esses fatos, estabelece-se uma relação de nexo causal entre o inadequado acompanhamento do trabalho de parto e o desfecho do trabalho de parto, resultando no nascimento de uma recém-nascido asfixiado, o que causou sua paralisia cerebral." (f. 758)*

Diferentemente do que alega o corréu João Argeu, não há elementos nos autos a indicar parcialidade da *expert*.

Desta forma, é conclusiva a perícia no sentido de apontar o nexo causal existente entre as sequelas apresentadas pelo co-autor Nicolas e o imputado erro médico do corréu João Argeu.

Os elementos constantes dos autos revelam, pois, que o médico não agiu mediante a adoção da melhor técnica e com a diligência que lhe era necessária ao submeter a autora ao parto fatídico que ocasionou as sequelas suportadas pelo co-autor Nicolas.

Assim, não há como concluir de forma distinta da sentença, uma vez que evidente a existência de sequelas e que estas decorrem de erro médico, bem como o nexo de causalidade entre o parto mal sucedido e a paralisia cerebral que acomete o co-autor Nicolas.

Da pensão mensal

O julgador monocrático fixou em favor do co-autor Nicolas pensionamento mensal correspondente a 01 (um) salário mínimo, a partir de seu nascimento (data do evento danoso).

Em relação ao pensionamento mensal pugnam os réus por sua redução e limitação a partir da data em que o co-autor iniciasse sua vida laborativa, enquanto os autores pedem que a quantia a esse título seja majorada.

Por oportuno, transcrevo a sentença na parte que interessa:

> *"No que concerne ao valor a ser arbitrado a título de pensão, o e. Tribunal de Justiça, em caso análogo (Apelação n. 0013268-36.2008.8.12.0001), decidiu pela fixação da quantia correspondente à 01 (um) salário mínimo mensal, sendo que referido valor também deve ser adotado neste processo, levando-se em conta, dentre outros fatores, as necessidades decorrentes da idade do ofendido.*
>
> *Tal pensão é devida à partir do evento do evento danoso, e não à partir do momento em que o segundo requerente atingirá a idade de 16 anos (provável início de sua atividade laborativa), pois deve ser considerado o fato de que este necessita cuidados constantes de sua genitora, impossibilitando-a do exercício de trabalho remunerado em período integral, o que culmina em prejuízos à renda daquele lar, atingido, inclusive, o beneficiário da pensão (segundo requerente).*
>
> *Além disso, considerando-se o fato da lesão ser permanente, a pensão deve ser vitalícia, conforme entendimento proferido pelo Superior Trbunal de Justiça no Resp. N. 1168831/SP." (f. 981.)*

Ressalte-se que o pensionamento vitalício é devido, sem que haja limitador da expectativa de vida laborativa, eis que a lesão é irreversível.

No sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. AGRAVO REGIMENTAL. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO. PARALISIA CEREBRAL. POSSIBILIDADE.PAGAMENTO DE PENSÃO. VÍTIMA MENOR DE IDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INCAPACIDADE PERMANENTE. PENSÃO VITALÍCIA.*
>
> *1. Possibilidade de pagamento de pensão nos casos em que a vítima é menor de idade, pertencente a família humilde e sem trabalho remunerado. Precedentes.*
>
> *2. O Tribunal de origem, com base no exame dos fatos da causa e de documentos trazidos aos autos, formou seu convencimento, com relação ao quantum indenizatório.*
>
> *3. Dessa forma, aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implicaria, necessariamente, reexame da matéria fático-probatória, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*
>
> *4. Nos casos de incapacidade permanente, o pagamento de pensão deve ser vitalício. Precedentes.*
>
> *5. Agravo Regimental não provido."* (AgRg no AREsp 388.448/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 06/03/2014)
>
> *"RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ESTADO DE NECESSIDADE.*
>
> *JULGAMENTO ANTECIPADO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA.*
>
> *INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. LESÕES GRAVES. INCAPACIDADE PERMANENTE. PENSÃO VITALÍCIA. MULTA DO ARTIGO 538 DO CPC. INTUITO PREQUESTIONADOR. SÚMULA 98/STJ.*
>
> *1. Acidente de trânsito ocorrido em estrada federal consistente na colisão de um automóvel com uma motocicleta, que trafegava em sua mão de direção.*
>
> *2. Alegação do motorista do automóvel de ter agido em estado de necessidade, pois teve a sua frente cortada por outro veículo, obrigando-o a invadir a outra pista da estrada.*
>
> *3. Irrelevância da alegação, mostrando-se correto o julgamento antecipado da lide por se tratar de hipótese de responsabilidade civil por ato lícito prevista nos artigos 929 e 930 do Código Civil.*
>
> *4. O estado de necessidade não afasta a responsabilidade civil do agente, quando o dono da coisa atingida ou a pessoa lesada pelo evento danoso não for culpado pela situação de perigo.*
>
> *5. A prova pleiteada pelo recorrente somente seria relevante para efeito de ação de regresso contra o terceiro causador da situação de perigo (art. 930 do CC/02). Ausência de cerceamento de defesa.*
>
> *6. Condutor e passageiro da motocicleta que restaram com lesões gravíssimas, resultando na amputação da pena esquerda de ambos.*

> *7. A pensão por incapacidade permanente decorrente de lesão corporal é vitalícia, não havendo o limitador da expectativa de vida. Doutrina e jurisprudência acerca da questão.*
>
> *8. Embargos de declaração opostos com intuito prequestionador, é de ser afastada a multa do artigo 538 do CPC, nos termos da Súmula 98/STJ.*
>
> *9. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA AFASTAR A MULTA DO ART. 538 DO CPC."* (REsp 1278627/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)

No caso dos autos, a prova produzida especialmente o laudo pericial, deixa claro que o co-autor é portador de paralisia cerebral decorrente de hipóxia fetal, ou seja, redução da oxigenação do cérebro.

Ainda que não tenha sido apurado pela *expert* a gravidade e a extensão da paralisia cerebral que acomete o co-autor Nicolas, não se pode deixar de considerar que se trata de sequela irreversível, afinal é definida pelo conjunto de distúrbios que podem envolver as funções cerebrais e do sistema nervoso, como os movimentos, aprendizagem, audição, visão e raciocínio, como bem observado pela Perita à f. 751-752.

Assim, correta a sentença no ponto que determinou o pagamento da pensão mensal, vez que, muito embora o co-autor seja menor e, portanto, não exercesse atividade remunerada, é amplamente majoritária a jurisprudência no sentido de deferimento de pensão em casos como tais, dado que a irreversibilidade da lesão e a necessidade de cuidados especiais são vitalícios.

Do valor do pensionamento mensal.

Nesse ponto, entendo necessária a alteração do *quantum* fixado a esse título. Não para o valor pretendido pelos autores (18 salários mínimos), que se mostra irreal e desproporcional ao padrão de vida das vítimas, considerando a qualificação indicada na inicial e o endereço residencial, afastado da área central desta Capital.

Com efeito, o julgador monocrático fixou o pensionamento mensal em 01 (um) salário mínimo, por entender que esse valor é capaz de atender as necessidades decorrentes da idade do ofendido.

Como já referido, ainda que não fixada a extensão e a gravidade da sequela, sabe-se que o co-autor necessitará de cuidados especiais e é pouco provável que venha a exercer, no futuro, atividade laboral que lhe provenha o sustento.

Ademais, há relato nos autos que sua genitora não poderá exercer atividade laboral, em razão de dedicação exclusiva ao filho, portador de necessidades especiais.

Assim, entendo justo e razoável a majoração do pensionamento para 03 (três) salários mínimos, eis que referido valor revela-se mais adequado a fim de prover o sustento da vítima, assim como lhe possibilitará submeter-se a tratamento que ofereça qualidade de vida, sem mostrar-se elevado ou ocasionar excessivo ônus aos réus.

Nesta parte, portanto, dou parcial provimento ao recurso adesivo, para reformar a sentença e condenar os réus ao pagamento de pensão vitalícia ao autor, correspondente a 03 (três) salários mínimos.

Dos danos morais.

Verificado o fato (erro médico), a responsabilidade dos réus, o dano suportado pelos autores e o nexo de causalidade, resta configurado o dano moral, que no particular é *in re ipsa*.

Inegável, que ambos os autores foram diretamente atingidos pelos danos que o erro médico ocasionou.

Conforme ensina Sérgio Cavalieri filho, tem-se, igualmente, a compreensão da desnecessidade de prova, quando se trata de dano moral puro (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., 2ª tiragem, 2004, p. 100):

> *"...por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível exigir que a vitima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*
>
> *Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. (...) Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das regras de experiência comum".*

Assim, mantém-se a sentença quanto ao reconhecimento dos danos morais.

Do *quantum* indenizatório a título de dano moral

Observa-se que o juiz sentenciante arbitrou os danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor da autora-genitora e R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em favor do co-autor nascituro.

O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho[3] discorre sobre este tema:

> *Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*
>
> *Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.*

3 **Programa de Responsabilidade Civil**, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, pág. 90.

Portanto, a indenização deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, assim como punitivo, visando à compensação ao dano sofrido. Não devendo, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Nesse norte, tenho que o valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) a título de danos morais aos autores mostra-se condizente com os fatos que permeiam a demanda. Levando-se em conta os parâmetros adotados pelo STJ para fixação do *quantum* indenizatório, quais sejam: as condições econômicas do ofensor e do ofendido; o grau da ofensa e suas consequências, não restam dúvidas de que o valor fixado na sentença a título de indenização por dano moral é razoável e proporcional, considerando o grau e resultado do dano efetivamente causado.

Assim, mantida a sentença também nesse ponto.

Danos materiais.

Relativamente à majoração dos danos materiais, entendo que melhor sorte não aguarda os autores-apelantes.

Pretendem, em grau de recurso, seja reforma a sentença na parte em que deixou de acolher o pedido de ressarcimento das parcelas de financiamento de veículo e despesas com combustível, os quais teriam relação direta com o menor.

Como se sabe, os danos materiais devem ser devidamente comprovados por meio de prova documental. Assim, irretocável a sentença que condenou os réus no pagamento de R$ 669,85 (seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), decorrentes de consultas e medicamentos necessários ao tratamento do menor, uma vez que somente esse valor foi devidamente comprovado nos autos.

Ademais, como bem ponderado pelo julgador de primeiro grau, as prestações do financiamento de um veículo adquirido pela família caracteriza um investimento em benefício dos autores e não propriamente um prejuízo a ser ressarcido, além de inexistir prova de que as despesas com combustível para o aludido veículo foram imprescindíveis ao tratamento do menor.

Mantém-se, portanto, a sentença nesse ponto.

Da verba sucumbencial.

Em observância ao disposto no art. 20, § 3º 4º, do CPC, especialmente a complexidade da causa e grau de zelo profissional, correto os honorários arbitrados por equidade em R$ 9.000,00 (nove mil reais).

Os réus pugnam por sua redução, enquanto os autores pretendem sejam majorados para percentual equivalente a 10% sobre o valor da causa.

No particular, como ressabido, tendo o Ente Estatal sucumbido, os honorários advocatícios devem ser arbitrados por equidade, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, que prescreve:

> *"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."*

Ora, se no arbitramento dos honorários, cabe observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado pelos advogados e o tempo

exigido para o seu serviço (art. 20, §4º, combinado com §3º, 'a', 'b' e 'c', do Código de Processo Civil), nesta ótica não se descurou o julgador singular.

A propósito, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que os honorários advocatícios só estão sujeitos à alteração quando se apresentarem insignificantes ou excessivos, o que não é o caso dos autos.

Confira-se nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. VERBA HONORÁRIA. ART. 20, §§ 3º e 4º, DO CPC. MAJORAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. Os honorários advocatícios são passíveis de modificação na instância especial tão-somente quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes. 2. Não sendo desarrazoada a verba honorária, sua majoração importa, necessariamente, o revolvimento dos aspectos fáticos do caso, o que é defeso no âmbito do apelo nobre, a teor da Súmula 7/STJ. 3. Ausentes essas condições, impõe-se a denegação do pedido, nos exatos termos da Súmula 83/STJ, tendo em vista que o acórdão vergastado está em harmonia com a jurisprudência do STJ. 4. A alteração do valor da verba honorária implica na revisão da concretude jurídica fixada pelo Tribunal recorrido, ou seja, do contexto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial. 5. Agravo regimental não provido.* (STJ – AgRg no Ag 1139755/SP – Rel. Min. Castro Meira – Segunda Turma – j. 18/06/2009 – DJe 01/07/2009).

Sendo assim, a sentença também não merece retoque neste particular, mantendo-se a verba honorária como fixada em primeiro grau.

Dispositivo

Posto isso, em parte com o parecer da PGJ, conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários interpostos pelos réus Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Argeu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande, porém nego-lhes provimento. No entanto, conheço do recurso adesivo interposto pelos autores Simone Silva Medina e Nicolas Silva Medina, e dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença recorrida, majorar o pensionamento vitalício em favor do coautor Nicolas Silva Medina para o equivalente a 03 (três) salários mínimos. No mais, mantenho-a inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, não conheceram do agravo retido, afastaram a preliminar, negaram provimento ao recursos interpostos pela Associação de Amparo a Maternidade e a Infância, João Abreu de Almeida e Silva e Município de Campo Grande e ao reexame necessário e deram parcial provimento ao apelo de Simone Silva Medina e outro, 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, 04 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0044930-13.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C PARTILHA DE BENS – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ADQUIRIDO POR ESFORÇO COMUM – REGISTRO APENAS NO NOME DA EX-CONJUGE VAROA – EXTINÇÃO DO FEITO PELO JUÍZO DE ORIGEM – DECADÊNCIA E COISA JULGADA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA NÃO PRODUZ COISA JULGADA MATERIAL – PRETENSÃO QUE SE RESPALDA EM ESCRITURA PÚBLICA NULA – SIMULAÇÃO – AUSÊNCIA DE DECADÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – CORREÇÃO DO PÓLO PASSIVO – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A sentença homologatória de acordo firmado entre as partes litigantes não produz coisa julgada material.

II - O prazo decadencial para pleitear-se a anulação de negócio jurídico viciado é de quatro anos, a contar do dia em que se realizou o negócio jurídico, conforme dispõe o inc. II do art. 178 do CC.

III - Em sendo comprovada a existência de simulação, como alega o demandante e que torna nulo o negócio jurídico (art. 167 do CC), não há falar-se em decadência, à luz do que preceitua o art. 169 do CC.

IV - Se o objetivo da ação é meramente declaratório, de nulidade da escritura pública, o interesse jurídico em discussão deve abranger todas as partes diretamente envolvidas na compra e venda, bem como terceiros que venham a ser prejudicados pela declaração da nulidade.

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, 7 de outubro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

R. de M., inconformado com a sentença terminativa proferida nos autos da ação declaratória de nulidade c/c partilha de bens c/c pedido de adjudicação (feito nº 0044930-13.2011.8.12.0001, da 3ª Vara de

Família desta Capital) ajuizada em face de Gisele Santos Estrela (f. 357-359), interpôs recurso de apelação (f. 363-373).

Afirmou que foi casado com a apelada, sob o regime de comunhão parcial de bens, de 12/07/1993 a 25/09/2006, quando foi homologado acordo judicial, junto à 3ª Vara de Família desta Capital, tendo aquela permanecido na posse exclusiva, para fins de moradia, do imóvel objeto da matrícula nº 86.619 do CRI da 1ª Circunscrição desta Capital.

Mencionou que quando da separação o referido imóvel não havia sido transferido para o nome das partes, alegando que efetuou várias tentativas amigáveis para que as partes realizassem a venda do referido bem para a devida partilha.

Sustentou que em busca no cartório respectivo, verificou que o referido imóvel foi transferido exclusivamente a favor da apelada, por intermédio de escritura pública lavrada em 20/10/2009 (R. 04 da matrícula 86.619).

Alegou que o juízo *a quo* equivocou-se ao extinguir o feito, sob o argumento de que não houve coisa julgada, em função da declaração prestada pelas partes no acordo firmado nos autos da ação de separação das partes, no sentido de que inexistiam bens imóveis a serem objeto de partilha.

Aduziu que quando da separação, ambas as partes, em comum acordo, omitiram a questão do imóvel, adquirido por instrumento particular, que ainda encontrava-se pendente de registro, com vistas a evitar à época os gastos inerentes a esta providência.

Mencionou que a transferência procedida em 20/10/2009 somente ao nome da apelada, violou o direito à meação do apelante, especialmente considerando que a presente ação foi distribuída em agosto de 2011, ou seja, menos de 02 anos da data do registro.

Por isso, argumentou a impossibilidade de reconhecimento da decadência, como concluiu o juízo sentenciante, sustentando que se a decisão prevalecer, o apelante sofrerá flagrante prejuízo, beneficiando a parte apelada, que também concorreu para omitir a existência do imóvel quando da separação.

Argumentou que a pretensão sob julgamento "é anular a descarada falcatrua quando da elaboração de uma nova compra e venda do mesmo imóvel aqui discutido" (f. 371), que, segundo alega, foi realizada de forma desonesta para prejudicar o direito à meação do apelante.

Pleiteia a anulação da sentença, com o retorno dos autos à origem, a fim de que seja determinada a abertura da fase probatória, para que a verdade seja comprovada, à luz do contraditório e ampla defesa.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 377-380), pugnando pela negativa de provimento do recurso do autor.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por R. de M., inconformado com a sentença terminativa proferida nos autos da ação declaratória de nulidade c/c partilha de bens c/c pedido de adjudicação (feito nº 0044930-13.2011.8.12.0001, da 3ª Vara de Família desta Capital) ajuizada em face de G. S. E., que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no inc. V do art. 267 do CPC (f. 357-359).

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo do autor. Entretanto, preliminarmente, faz-se necessário fazer um breve retrospecto dos fatos que permeiam esta demanda.

As partes litigantes foram casadas no período de 12/07/1993 a 25/09/2006, quando foi homologado acordo nos autos da ação de separação judicial consensual, que tramitou perante a 3ª Vara de Família desta Capital (f. 25-29).

No referido acordo, ambas as partes declararam que inexistiam bens imóveis a serem objeto de partilha (f. 27).

Com efeito, o autor, ora apelante, afirma que referida declaração não condiz com a verdade, porque ambas as partes, mediante esforço comum, haviam adquirido o bem imóvel localizado na Rua Theodomiro Faustino Fogaça, nº 07, Campo Grande, MS , objeto da matrícula nº 86.619 do CRI da 1ª Circunscrição, por intermédio de contrato particular de compra e venda, que ficou em poder da ré-apelada.

Segundo a narrativa da inicial, depois de muitas tentativas de realizar a venda amigável do bem, para a devida partilha, o autor constatou junto ao Cartório de Registro de Imóvel respectivo, que o referido imóvel encontrava-se, desde 20/10/2009, registrado apenas no nome da ré.

Requer, por isso, a declaração de nulidade da escritura pública e o consequente registro nº 14, efetuado na matrícula nº 86.619 do CRI da 1ª Circunscrição desta Capital (f. 10).

Em contestação, a ré arguiu preliminares de carência de ação, decadência do pedido e, ainda, incompetência do juízo da Vara Cível Residual. No mérito, afirmou ser inverídica a narrativa do autor, alegando que este sempre tratou-se de pessoa financeiramente desequilibrada e que o casal sempre contou com a ajuda financeira do pai da ré, quem adquiriu o imóvel *sub judice* e os deu em comodato para que as partes pudessem nele residir e que, no ano de 2009, veio a transferir a favor de sua filha, ora apelada.

O juízo da Vara Cível Residual desta Capital declinou a competência ao juízo da 3ª Vara de Família (f. 338-339).

O juízo *a quo* tentou proceder audiência de conciliação, que, entretanto, deixou de ser realizada, em função da falta de energia elétrica naquela data (f. 353).

Posteriormente a sentença recorrida foi proferida, tendo o juízo sentenciante concluído pela existência de coisa julgada, extinguindo o feito, com fundamento no inc. V do art. 267 do CPC, *in verbis*:

> *A pretensão inicial do autor é de declaração de nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 32 34 e do Registro n.º 14 da Matrícula n.º 86.619, ao fundamento de que houve simulação.*
>
> *Inicial porque, pela regra do art. 1.245, § 2º, do CC, "Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".*
>
> *Segundo o autor, houve simulação porque a ré registrou imóvel comum exclusivamente no nome dela.*
>
> *Acontece que o deslinde da questão passa necessária e anteriormente pela análise da validade da sentença de fl. 30, homologatória do acordo de separação pelo qual as partes declararam a inexistência de bens imóveis a partilhar.*
>
> *Eis a declaração constante do documento de fls.26- 29:"Declaram os Requerentes inexistirem bens imóveis a serem objeto de partilha".*

> *Ora, se as partes firmaram declaração nesse sentido, o que foi homologado por sentença transitada em julgado, não é permitido ao autor, em típico comportamento contraditório e sem sequer explicitar qualquer causa de invalidade do acordo ou da chancela judicial, discutir meação de bem de raiz.*
>
> *Ademais, o pleito do autor estaria atingido pela decadência, já que, proposta a ação com base no art. 486 do CPC, incide o disposto no art. 178 do CC, segundo o qual é de quatro anos o prazo decadencial para anular pacto que exige a investigação de vício de consentimento.*
>
> *Afastado o argumento do autor em razão da coisa julgada, a extinção do processo é medida de rigor.*
>
> *Do exposto, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com base no art. 267, inciso V, do CPC.*
>
> *Condeno o autor ao pagamento das custas e dos honorários, estes ora fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), mas a exigibilidade dessas despesas fica suspensa na forma do art. 12 da Lei n.º 1.060/50. (f. 358)*

Inconformado, o autor apela a este Tribunal (f. 363-373), para alegar que o juízo *a quo* equivocou-se ao extinguir o feito.

Aduziu que quando da separação, ambas as partes, em comum acordo, omitiram a aquisição do imóvel, adquirido por instrumento particular, que ainda encontrava-se pendente de registro, com vistas a evitar à época os gastos inerentes a esta providência.

Mencionou que a transferência procedida em 20/10/2009 somente ao nome da apelada, violou o direito à meação do apelante, especialmente considerando que a presente ação foi distribuída em agosto de 2011, ou seja, menos de 02 anos da data do registro.

Por isso, argumentou a impossibilidade de reconhecimento da decadência, como concluiu o juízo sentenciante, sustentando que se a decisão prevalecer, o apelante sofrerá flagrante prejuízo, beneficiando a parte apelada, que também concorreu para omitir a existência do imóvel quando da separação.

Argumentou que a pretensão sob julgamento "é anular a descarada falcatrua quando da elaboração de uma nova compra e venda do mesmo imóvel aqui discutido" (f. 371), que, segundo alega, foi realizada de forma desonesta para prejudicar o direito à meação do apelante.

Pleiteia a anulação da sentença, com o retorno dos autos à origem, a fim de que seja determinada a abertura da fase probatória, para que a verdade seja comprovada, à luz do contraditório e ampla defesa.

Feito este breve retrospecto dos fatos que permeiam a demanda, passo à análise dos fundamentos do presente recurso.

Compulsando os autos, não obstante a alegação do autor, no sentido de que o imóvel *sub judice* foi adquirido pelo esforço comum das partes litigantes enquanto casadas, infere-se que este não foi declarado por eles quando da separação (f. 25-29), cujo acordo foi devidamente homologado em juízo em 25/09/2006 (f. 30 e 94).

Verifica-se que o referido bem imóvel foi vendido, por intermédio de instrumento particular, por O. N. G. e R. C. G. a favor de D. R. da C. em 08/05/2000, com o devido reconhecimento de firma (f. 95-96), que lhe outorga credibilidade.

Com efeito, apenas em 13/10/2009 foi lavrada escritura pública de compra e venda por O. N. G. e R. C. G. a favor da apelada, G. S. E. (f. 32-34), cujo registro restou concretizado em 20/10/2009 (f. 40).

A pretensão autoral reside na anulação deste ato, qual seja, escritura pública que culminou no respectivo registro na matrícula do imóvel nº 86.619 do CRI da 1ª Circunscrição Imobiliária desta Capital, sob o argumento de que eivado de simulação entabulada pela ré e os alienantes O. N. G. e R. C. G., que teriam simulada a compra e venda, visando transferir domínio a favor da apelada, G. S. E. (f. 32-34), mediante conluio, ou seja, trata-se de ato nulo de pleno direito, à luz do que dispõem os arts. 166 e 167 do CC.

O juízo sentenciante, em sua fundamentação, argumentou que para ser dirimida a controvérsia faz-se necessária a análise da validade da sentença homologatória do acordo de separação pelo qual as partes declararam a inexistência de bens imóveis a partilhar, concluindo que *não é permitido ao autor, em típico comportamento contraditório e sem sequer explicitar qualquer causa de invalidade do acordo ou da chancela judicial, discutir meação de bem de raiz.*

Sob outro enfoque, outrossim, a sentença recorrida considerou que o pleito autoral estaria *atingido pela decadência, já que, proposta a ação com base no art. 486 do CPC, incide o disposto no art. 178 do CC, segundo o qual é de quatro anos o prazo decadencial para anular pacto que exige a investigação de vício de consentimento* (f. 358).

Preambularmente cumpre afastar a alegada existência de coisa julgada.

Primeiro porque a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes litigantes, nos autos da ação de separação (f. 30 e 94), não produz coisa julgada material.

Neste sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. EMISSÃO DE JUÍZO SOBRE O CONTEÚDO DA AVENÇA. CABIMENTO DA RESCISÓRIA. PRECEDENTE.* ***1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a decisão judicial homologatória de acordo não produz coisa julgada material****, podendo ser anulada a avença por ação diversa da rescisória. 2. Admite esta Corte, no entanto, o cabimento de ação rescisória na hipótese em que a sentença rescindenda, ao homologar transação entre as partes da relação processual, analisa o conteúdo da avença emitindo sobre ele juízo de valor. 3. Recurso especial provido.* (REsp 1201770/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013) Destaquei.

Não fosse isso, a controvérsia do presente feito recai sobre escritura pública de compra e venda firmada entre a ré, G. S. E., e O. N. G. e R. C. G., desvinculada do acordo firmado entre os litigantes, quando de sua separação, cuja sentença homologatória deu-se em 25/09/2006.

Logo, defeso falar-se em existência de coisa julgada, como concluiu o juízo sentenciante.

Sob outro enfoque, cumpre afastar a alegação de decadência do direito autoral.

De acordo com a narrativa da inicial, inexiste alegação de que houve vício de consentimento que tenha contaminado a sentença homologatória da separação das partes, mas simulação na confecção da escritura pública de compra e venda que deu ensejo ao registro na matrícula do imóvel citado.

Neste aspecto, não se deve confundir vícios de consentimento, ou seja, anuláveis, com os denominados "vícios sociais", nulos de pleno direito, dentre eles a simulação.

O art. 171 do CC cuida dos casos em que há vícios de consentimento, *in verbis*:

> *Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:*
>
> *I - por incapacidade relativa do agente;*
>
> *II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.*

Outrossim, o art. 167, do CC dispõe:

> *Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*
>
> *§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*
>
> *I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

Segundo lições doutrinárias de Venosa:

> *"Dolo consiste em artifício, artimanha, engodo, encenação, astúcia, desejo maligno tendente a viciar a vontade do destinatário, a desviá-la de sua correta direção. (...)*
>
> *O dolo induz o declaratório, isto é, o destinatário da manifestação de vontade, a erro, mas erro provocado pela conduta do declarante. O erro participa do conceito de dolo, mas é por ele absorvido. Entre nós é clássica a definição de Clóvis Beviláqua (1980,p.219): 'Dolo é artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro'.*
>
> *(...)*
>
> *O dolo há de ser essencial, isto é, mola propulsora da vontade do declarante. Deve, em outro conceito, estar na base do negócio jurídico. Caso contrário, será dolo acidental e não terá potência para viciar o ato.*
>
> *A intenção de prejudicar é própria do dolo, mas, em que pese parte a opinião de parte da doutrina, o prejuízo é secundário".*
>
> *"Simular é fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade. Juridicamente, é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes.*
>
> *(...) podemos configurar a simulação quando existe divergência intencional entre a vontade e a declaração, emanada do acordo entre os contratantes, com o intuito de enganar terceiros. (...)*
>
> *Há intencionalidade na divergência entre a vontade e a declaração.*
>
> *(...)*

> *Existe, também, acordo simulatório, concerto, ajuste, entre os contraentes, conforme já dito.*
>
> *(...)*
>
> *Contém a simulação, igualmente, o intuito de enganar terceiros. Não se confunde o intuito de enganar com o intuito de prejudicar.*
>
> *(...)*
>
> *Como a simulação caracteriza-se pelo conhecimento da outra parte (mancomunação, conluio), evidencia-se também a ignorância da artimanha por parte de terceiros. Distingue-se, aí, do dolo, no qual apenas uma das partes conhece o artifício malicioso, geralmente por ela engendrado. Na simulação, existe dolo de ambas as partes contra terceiros".* (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pág. 154-156 e 186-187)

O prazo decadencial para pleitear-se a anulação de negócio jurídico viciado é de quatro anos, a contar do dia em que se realizou o negócio jurídico, conforme dispõe o inc. II do art. 178 do CC, *in verbis*:

> *Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:*
>
> *(...)*
>
> *II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;*

Entretanto, em sendo comprovada a existência de simulação, como alega o demandante e que torna nulo o negócio jurídico (art. 167 do CC), não há falar-se em decadência, à luz do que preceitua o art. 169 do CC, *in verbis*:

> *Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.*

Sobre o tema, pertinente o seguinte julgado:

> *AÇÃO ANULATÓRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO - SIMULAÇÃO - NULIDADE -PRAZO DECADENCIAL - INEXISTÊNCIA - RECURSO PROVIDO.*
>
> *- É nulo o negócio jurídico simulado, consoante determina o art. 167, do Código Civil.*
>
> *- Nos termos do art. 169, do mesmo diploma legal, negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo.* (TJMG - Apelação Cível 1.0592.08.011328-1/001, Relator(a): Des.(a) Tarcisio Martins Costa , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/04/2011, publicação da súmula em 23/05/2011)

Na hipótese, portanto, apesar da inexistência da comprovação de que houve vício de consentimento (dolo) ou simulação na confecção da escritura pública de compra e venda relativa ao imóvel *sub judice*, não há falar-se em decadência do direito autoral, considerando que o ato foi confeccionado em 13/10/2009 (f. 32-34), enquanto a ação foi ajuizada em 05/08/2011 (f. 01).

Como dito alhures, a pretensão autoral sustenta-se em vício que macula de nulidade a escritura pública de compra e venda confeccionada em 13/10/2009 a favor da ré-apelada e consequente registro

(f. 32-34 e 40), por tratar-se de alegado ato simulado, ou seja, que não condiz com a realidade, vez que, segundo afirma a parte autora, o referido imóvel foi adquirido pelo esforço comum das partes, durante a constância do matrimônio que mantiveram no período de 12/07/1993 a 25/09/2006, por intermédio de instrumento particular firmado com O. N. G.

Nesse norte, defeso falar-se em aplicação do disposto no art. 486 do CPC e do art. 178 do CC, como concluiu o juízo sentenciante, porque o marco inicial para cômputo de eventual prazo decadencial, se restar comprovada a existência de vício de consentimento, deve ser da data em que se realizou o negócio jurídico, consoante determina o inc. II do art. 178 do CC.

Outrossim, a controvérsia dos autos necessita de dilação probatória, a fim de que as versões das partes litigantes sejam melhor demonstradas. Ficando ao autor-apelante o encargo de comprovar o fato constitutivo do direito alegado e à ré-apelada o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintitivo do direito do autor, conforme reza o disposto no art. 333 do CPC.

Logo, impõe-se o retorno dos autos à Comarca de origem.

Não fosse isso, incumbe ao juízo *a quo* averiguar a necessidade de se promover a citação de litisconsortes passivos necessários, tendo em vista que se o objetivo da ação é meramente declaratório, de nulidade da escritura pública, o interesse jurídico em discussão deve abranger todas as partes diretamente envolvidas na compra e venda, bem como terceiros que venham a ser prejudicados pela declaração da nulidade.

Sobre a matéria, segue julgado do STJ:

> *CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. INTERVENIÊNCIA DAS AUTORAS COMO ANUENTES. FALSIDADE DAS ASSINATURAS. PROCEDÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DOS VENDEDORES, TITULARES DO REGISTRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIONATO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO INDENIZATÓRIO. DENUNCIAÇÃO À LIDE AFASTADA. EFEITOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS CIRCUNSCRITOS AOS ALIENANTES, PSEUDO INTERVENIENTES, E COMPRADORES. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PROVA PERICIAL. SUFICIÊNCIA. CPC, ARTS. 130, 70 E 267, VI. LEI N. 6.215/73, ART. 28. I. Não se configura o cerceamento da defesa se a peritagem teve acesso a elementos probatórios suficientes ao amparo de sua conclusão no tocante à falsidade das assinaturas das autoras, supostamente anuentes à escritura de venda do imóvel, inclusive em face de tardio pedido dos réus para que fossem trazidos à colação outros documentos para avaliação do expert, sobre os quais o saneador silenciara, com resignação dos recorrentes. II.* ***A legitimação passiva se dá em relação aos fatos narrados na inicial e ao pedido nela formulado, de sorte que em se tratando de ação declaratória que objetiva a nulidade de escritura de compra e venda e atos subseqüentes, devem figurar como réus os vendedores do imóvel, diretamente interessados e atingidos pela pretensão exordial.*** *III. O mesmo não acontece, todavia, quanto ao tabelionato onde lavrada a escritura nulificada, porquanto restrita a ação ao desfazimento do título aquisitivo, portanto com efeitos jurídicos a tanto circunscritos, sem qualquer pretensão, por ora, nem de investigação sobre os responsáveis pela falsificação, nem de postulação indenizatória por ato ilícito decorrente de dolo ou culpa. IV. Recurso especial não conhecido.* (REsp 173247/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2002, DJ 10/03/2003, p. 219) Destaquei.

Confira ainda o seguinte julgado do Tribunal mineiro:

> *EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIÃO - AÇÃO MERAMENTE DECLARATÓRIA - EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE DOS ADQUIRENTES E ATUAIS PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL - IMPOSSIBILIDADE - INTEGRAR A LIDE EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.*
>
> *Se o objetivo da ação é meramente declaratório, de nulidade da escritura pública, o interesse jurídico em discussão se restringe às partes diretamente envolvidas na compra e venda, bem como terceiros que venham a ser prejudicados pela declaração da nulidade, mas não ao tabelião que lavrou a escritura. Desse modo, o tabelião é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de uma ação que tem como escopo tão somente declarar a nulidade da escritura pública, sendo, pois, correta a determinação para sua exclusão da lide. Verificando-se que os litisdenunciados não se tratam de alienantes do imóvel litigioso, mas, ao contrário, são os adquirentes do mesmo, é incabível a sua denunciação da lide, com fulcro no art. 70, inciso I, do CPC. Não obstante, todos aqueles envolvidos na cadeia de negócios jurídicos relacionados a alienação do imóvel devem ser incluídos no pólo passivo da ação na qual se busca a anulação da escritura pública de venda e compra, porque são litisconsortes necessários. Destarte, com base na regra contida no art.47 do CPC, e nos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, incumbe a esta instância determinar que se proceda à citação dos litisconsortes necessários, já que serão atingidas pela tutela jurisdicional reclamada, uma vez que são os adquirentes e atuais proprietários do imóvel objeto da lide.* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0620.11.003920-8/002, Relator(a): Des.(a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/09/2013, publicação da súmula em 13/09/2013)

Repisa-se, portanto, se ficar demonstrada na instrução processual que se trata de ato nulo, não há falar-se em decadência. De igual sorte, se se comprovar vício de consentimento, não há que se reconhecer decaído o direito do autor-apelante, à luz do que prescreve o art. 178, inc. II, do CC, levando-se em conta a data da realização do ato (13/10/2009 - f. 32-34) e do ajuizamento da ação (05/08/2011 - f. 01).

Ante o exposto, conheço deste recurso de apelação interposto por R. de M. e dou-lhe provimento, para tornar insubsistente a sentença recorrida, afastando a alegada ocorrência de coisa julgada e de decadência, e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que se proceda a devida instrução probatória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0071882-63.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA *EX DELICTO* – HOMICÍDIO – AGRAVO RETIDO – COLHEITA INDEVIDA DE TESTEMUNHO – PESSOA OUVIDA NA QUALIDADE DE INFORMANTE – IRRELEVÂNCIA DO RELATO PARA O CONTEXTO CONDENATÓRIO – AGRAVO IMPROVIDO – TESE DE PRESCRIÇÃO REJEITADA – LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE PROVA – CONDENAÇÃO POR DANO MORAL – MONTANTE FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL E CONDIZENTE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* NEGADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Demonstrado que determinada testemunha foi ouvida na qualidade de informante e que a supressão de seu relato não alteraria o quadro condenatório, deve ser rejeitado o agravo retido que argúi tal nulidade.

A prescrição da indenização civil *ex delicto* só eclode a contar do trânsito da condenação penal. Antes desse marco, não há falar em fenecimento para o exercício de tal direito.

A comprovação de legítima defesa para fins de exclusão indenizatória reclama a apresentação de provas cabais de seus pressupostos, sem o que, deve ser afastado o pedido de reconhecimento da eximente.

A indenização pelo dano moral deve ser arbitrada de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo.

Considerando que o dano foi gravíssimo e tendo em vista a condição sócio-econômica do ofensor, que possui um patrimônio considerável, é de ser mantido o arbitramento da indenização realizado no Juízo *a quo*, mormente porque o valor está em consonância com as peculiaridades da causa.

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 agravo retido e afastar a prescrição. Por maioria, vencido o Relator, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Revisor.

Campo Grande, 30 de outubro de 2014.

Des. Marco André Nogueria Hanson – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por João Henrique da Silva de Paula contra decisão proferida pelo juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória de danos morais movida por Luiz Augusto Rodrigues da Silva e Mônica Sahib Proença Hofke, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o réu ao pagamento de reparação no importe de R$ 339.000.00 (trezentos e trinta e nove mil reais), acrescidos de correção e juros mensais de 1% a partir da citação, acrescido de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o montante.

Alega, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido interposto à f. 339-340, na qual contesta a colheita do depoimento da testemunha Wagner Meneguzzi Pinto como informante do juízo, alegando a preclusão consumativa para o ato de sua oitiva.

No recurso de apelação suscita a ocorrência da prescrição da pretensão indenizatória, porquanto já transcorridos 03 (três) anos entre a data do fato lesivo e o dia da propositura da demanda, pouco importando a pendência de ação penal a respeito.

Quanto ao mérito, aduz: a) legítima defesa como excludente da ilicitude pelo assassinato praticado contra o filho dos autores da ação; b) a redução da fixação da indenização por danos morais, tendo em vista as condições financeiras das partes; e c) a alteração do termo inicial para a incidência dos juros e correção, a fim de que passem a correr da fixação indenizatória.

Luiz Augusto Rodrigues da Silva e Mônica Sahib Proença Hofke também apelaram, protestando pela alteração do termo inicial dos juros, para que incidam a partir da data da prática do evento danoso.

Em decisão de f. 492, a juíza do processo deixou de receber o recurso dos autores, declarando-o intempestivo. Tal interlocutória remanesceu preclusa, por falta de interposição de agravo de instrumento.

Contrarrazões (f. 500/534) pelo desprovimento do apelo.

VOTO (EM 14/10/2014)

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por João Henrique da Silva de Paula contra decisão proferida pelo juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória *ex delicto* movida por Luiz Augusto Rodrigues da Silva e Mônica Sahib Proença Hofke.

Inicialmente, alerto que, em decisão de f. 492, a juíza *a quo* deixou de receber o recurso dos autores, declarando-o intempestivo. Tal interlocutória remanesceu preclusa, por falta de interposição de agravo de instrumento, razão pela qual o referido apelo não será analisado por este Tribunal.

Feita tal digressão, num breve resumo, o cerne das razões da presente ação indenizatória cinge-se aos danos causados pelo réu, decorrentes do assassinato praticado por este contra o filho do casal postulante, Diogo Proença da Silva.

Em ordem de prejudicialidade, quanto ao agravo retido, ratificado neste recurso, sob o fundamento de oitiva indevida da testemunha autoral Wagner Meneguzzi, a despeito da preclusão para juntada do correspondente rol, nego-lhe provimento.

Conforme bem analisado pela magistrada de instância singela, cuidou-se de testemunha informante do juízo, ouvida para a apuração da verdade real. Ademais, percebe-se claramente pelo contexto da sentença

que o sobredito relato coletado não se mostrou preponderante para o decreto condenatório. Numa frase, estreme da versão apresentada pelo Sr. Wagner Meneguzzi, o fundamento central da decisão subsistiria, razão pela qual se revela inócua a tese de prejuízo sustentada pela defesa.

Passo a análise da preliminar de prescrição da pretensão indenizatória.

O pedido em análise veicula condenação civil *ex delicto*, fundada em prática de crime, qual seja, homicídio. Nesses casos a orientação da jurisprudência pátria é inequívoca ao apontar o termo inicial para a deflagração da prescrição somente a partir do trânsito em julgado condenatório na esfera penal, *in verbis*:

> *"(...) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO. AÇÃO PENAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Prescrição: tendo sido instaurada ação penal relativa ao acidente de trânsito de que trata a presente ação indenizatória, não corre, no âmbito civil, prescrição, enquanto não transitada em julgado a decisão na esfera criminal. (...). Apelo desprovido.* (Apelação Cível Nº 70048046650, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 11/04/2013)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO PRESCRIÇÃO TRIENAL CONFIGURADA.*
>
> *Com efeito, apesar da relativa independência entre a jurisdição penal e a civil, o art. 200 do Código Civil dispõe que não correrá a prescrição contra os herdeiros da vítima (credores da reparação civil) enquanto não houver sentença criminal definitiva. Contudo, no caso dos autos, sequer foi instaurado processo criminal em face do motorista da empresa demandada, de modo que não há falar na aplicação do dispositivo em tela. (...)"* (Apelação Cível Nº 70040585069, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 24/02/2011)
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, DANOS ESTÉTICOS E DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANTERIOR AÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. Tendo o trânsito em julgado da ação criminal se implementado em 19/9/2008 e tendo a ação cível sido ajuizada em 22/12/2009, não há como ser proclamada a prescrição. O prazo trienal estabelecido pelo art. 206, § 3º, V, do Código Civil passa a correr apenas após a sentença definitiva no crime, por força do que disciplina o art. 200 do mesmo diploma. Agravo Desprovido.* (Agravo de Instrumento Nº 70038998654, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 13/01/2011)
>
> *De igual forma se posiciona a Corte Superior:*
>
> *"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM (EMPREGADOR). ART. 932, II, CC/2002. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR PREPOSTO. FALECIMENTO DO MARIDO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO PENAL. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO. ART. 200 DO CC/2002. OCORRÊNCIA.*
>
> *Impera a noção de independência entre as instâncias civil e criminal, uma vez que o mesmo fato pode gerar, em tais esferas, tutelas a diferentes bens jurídicos, acarretando níveis diversos de intervenção. Nessa seara, o novo Código Civil previu dispositivo inédito em seu art. 200, reconhecendo causa impeditiva da prescrição: "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".*

> *2. Estabeleceu a norma, em prestígio à boa-fé, que o início do prazo prescricional não decorre da violação do direito subjetivo em si, mas, ao revés, a partir da definição por sentença, no juízo criminal, que apure definitivamente o fato. A aplicação do art. 200 do Código Civil tem valia quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal - isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal -, sendo fundamental a existência de ação penal em curso (ou ao menos inquérito policial em trâmite).(...)*
>
> *7. Recurso especial provido."* (REsp 1135988/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013)
>
> *Sendo assim, rejeito a prejudicial de prescrição.*

Passo a análise do mérito recursal.

Da legítima defesa de terceiro.

Afirma o réu que, em meio uma briga coletiva teria desferido golpes no filho dos autores com uma faca de churrasco para proteger um terceiro, amigo seu, de nome Saymon.

Ocorre, porém, que o apelante não trouxe qualquer prova que pudesse embasar a sua alegação, o que deveria ter feito já que inconteste a prática do ato que lhe foi atribuído.

A insígne magistrada de primeira instância elucidou a questão com acertada valoração do direito, razão pela qual transcrevo um trecho da decisão vergastada, *in verbis*:

> *"(...) .dispõe o art. 25 do Código Penal que age em legítima defesa aquele que, utilizando-se moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*
>
> *Com efeito verifica-se que a perpetração de injusta agressão pela vítima ou a seu mando é requisito mínimo necessário à existência da legítima defesa.*
>
> *Não há, nos autos, qualquer comprovação de que Diogo Proença da Silva teria agredido Saymon ou ao menos teria incitado tal ato, enquanto este tentava adentrar o carro.*
>
> *As testemunhas, consoante acima apontado, afirmaram que Saymon realmente foi agredido por 03 (três) ou 04 (quatro) pessoas, mas em nenhum momento apontaram a vítima Diogo como sendo um dos agressores. Contrariamente, sequer sabiam dizer em que local estaria durante o tumulto.*
>
> *De outra sorte, mesmo que seja admitida a possibilidade de legítima defesa contra multidão, pelo evidenciado, o demandado não se utilizou moderadamente dos meios necessários.*
>
> *Claramente, em uma contenda em que ninguém fez uso de qualquer forma de armamento, o emprego de faca de tamanho considerável (faca para churrasco) não se traduz em meio necessário, muito menos em meio único, visto que, como os demais, o réu poderia ter se valido de sua força física.*
>
> *De mesmo modo, descabida a alegação de que a todo momento manteve a arma branca colada em seu braço, visto que para que se atingisse as costas e topo da cabeça da vítima, exige-se que a faca estivesse devidamente apontada para tais partes, restando comprovado que houve a intenção de realizar os ataques.*

> *Outrossim, o número de golpes acertados e as partes do corpo em que foram desferidos também demonstram que a atitude da parte ré não se restringiu a alertar os agressores sobre a existência da arma ou a permitir a saída de seus amigos do local, novamente, afastando-se a moderação.*
>
> *Assim, clara está a inexistência de legítima defesa (...)".*

Após análise dos autos, tenho que não há de se falar em legítima defesa de terceiro, tendo em vista a desproporção do ato lesionador (perfurações por arma branca), eis que, conforme consignado pelo próprio apelante, em síntese, no momento que percebeu a briga apoderou-se da faca de churrasco que carregava em sua bota, segurando-a com a mão direita rente ao antebraço e continuou na luta corporal utilizando as duas mãos (f. 222/224).

Corrobora, ainda, a ausência da legítima defesa a prova testemunhal da irmã do rapaz apontado como terceiro, que elucidou não ter visto o recorrente, *in verbis: "(...) que a declarante afirma que não viu se GUSTAVO, BRUNO e JOÃO estavam brigando com outros rapazes, pois estava olhando para seu irmão e preocupada com este;" (f. 216)*

Portanto, o réu não se desincumbiu de provar que utilizou os meios necessários para repelir a suposta agressão em risco de morte, utilizando-se de arma branca, com potencial lesivo para seifar vidas, não sendo esta a forma menos lesiva que teria à disposição no momento.

Deste modo, ausentes os pressupostos para a configuração da legítima defesa, tal excludente de ilicitude não pode ser amparada no caso concreto, a fim de eximir o réu pela indenização civil *ex delicto.*

Do *quantum* indenizatório.

Preservado o direito a reparação, considero realmente aceitável o pedido de redução da fixação da indenização por danos morais, tendo em vista as condições financeiras das partes.

Em relação à mensuração do prejuízo extrapatrimonial, a orientação do STJ e desta Corte é pela fixação de modo justo e équo, ponderadas as especificidades da hipótese e observadas as condições pessoais dos contendores. "A reparação, por conseguinte, deve servir de lenitivo, sem implicar em locupletamento indevido, tratando-se de um damno vitando e não de um lucro capiendo" (Caio Mário. Instituições, vol. II, RJ: Forense, 7ª ed., p. 235).

Assim, de acordo com os precedentes da Corte Superior, verifico que a apuração veiculada na sentença, ao estipular a indenização total de R$ 339.000,00 (trezentos e trinta e nove mil reais), subdividida em R$ 169.500,00 (cento e sessenta e nove mil e quinhentos reais) para cada um dos autores não foi a mais acertada.

Quando inexistem condições particulares de fortuna dos envolvidos ou dissociação de casos específicos, mesmo em caso de falecimento de filhos, o Tribunal da Cidadania tem orçado a indenização na faixa de R$ 75.000.00 (setenta e cinco mil reais) para cada genitor, conforme se infere do recente julgado, lavrado em 27 de junho deste ano de 2014:

> *"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE FILHO MAIOR EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE DA RÉ PELO EVENTO DANOSO.*
>
> *DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. PENSIONAMENTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO GENITOR. DISSÍDIO*

JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO NO PONTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Nos termos da jurisprudência desta Corte, o quantum indenizatório arbitrado pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.

2 - Pelas circunstâncias delineadas pelo Tribunal de origem, a condenação da ora recorrida no valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos para ambos os autores, a título de reparação por dano moral decorrente do atropelamento e morte de seu filho, mostra-se diminuta.

3 - Não houve a comprovação do dissídio jurisprudencial quanto ao tema referente à necessidade da demonstração da dependência econômica do pai em relação ao filho maior, vítima do acidente, para que fosse concedido ao genitor o pensionamento por danos materiais.

4 - Recurso especial parcialmente provido para majorar o quantum reparatório pelos danos morais sofridos pelos recorrentes para R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em favor de ambos os recorrentes (metade para cada um), com correção monetária a partir desta data e juros de mora desde o evento danoso." (REsp 1034652/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 27/06/2014)

Desta feita, tenho ser mais adequado o reajustamento do valor indenizatório ao *quantum* de R$ 150.000.00 (cento e cinquenta mil reais), subdivididos em R$ 75.000.00 (setenta e cinco mil reais) para cada um dos autores. Tal reparação, além de mais equânime, atenderá de forma razoável o interesse dos envolvidos, sem implicar em estabelecimento de dívida incompatível com as especificidades financeiras das partes.

Do termo inicial dos juros e correção monetária.

Finalmente, no tocante a fixação do termo inicial para o curso de juros e correção, denota-se que a magistrada estipulou os primeiros a contar da citação e a última a partir da prolação da decisão condenatória.

No caso concreto os juros deveriam correr a partir do evento danoso, e a correção a contar da data da condenação, restando remansosa a orientação do STJ nesse sentido:

"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (Súmula n. 362/STJ). (AgRg no AREsp 353.207/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 20/06/2014).

"De acordo com jurisprudência desta Corte...os juros moratórios, em caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ. Aplicação, também, da Súmula 83/STJ" (STJ. AgRg no AREsp 496.581/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014).

Por conseguinte, acertada a estipulação da correção e equivocado o termo inicial apontado para a deflagração dos juros. Todavia, cuidando-se de recurso exclusivo da defesa, não é possível corrigir a fixação destes últimos em obediência à vedação da *reformatio in pejus*, razão pela qual, mantenho a sentença neste aspecto da condenação.

Ex positis, nego provimento ao agravo retido e dou parcial provimento a apelação cível, para o fim de reajustar o valor indenizatório ao *quantum* de R$ 150.000.00 (cento e cinquenta mil reais), subdivididos em R$ 75.000.00 (setenta e cinco mil reais) para cada um dos autores. Mantenho, no mais, a sentença objurgada.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Marco André), após o relator não conhecer do agravo retido, afastar a prescrição e dar parcial provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 21/10/2014)

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

Solicitei vista dos autos para melhor analisar a controvérsia debatida entre as partes.

Trata-se de ação de indenização motivada por homicídio praticado pelo réu, ora apelante, em face do filho dos autores.

Inconformado com a sentença de parcial procedência, que o condenou ao pagamento de indenização no importe de R$ 339.000,00 (trezentos e trinta e nove mil reais), acrescidos de juros legais de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária, pelo IGPM, a partir da sentença (f. 408), o réu apela a este Tribunal, momento em que ratificou o agravo retido interposto na origem, para que seja reconhecida a preclusão consumativa do rol de testemunhas de f. 291 operada em face dos autores, pleiteando, ainda, preliminarmente, a prescrição da pretensão autoral ou a reforma do *decisum* diante da excludente de ilicitude, sob o fundamento de que agiu em legítima defesa e, subsidiariamente, pela redução do valor da indenização (f. 444-477).

I – Agravo retido

Preclusão na apresentação do rol de testemunhas

Sobre a alegada preclusão, o réu, com fundamento no art. 408 do CPC, afirma que os autores não poderiam apresentar novo rol de testemunha à f. 305, porque este já havia sido praticado à f. 291.

Compulsando os autos, infere-se que, instados a especificar as provas que pretendiam produzir (f. 263-264), ambas as partes manifestaram interesse na produção de prova testemunhal (f. 268-271).

Diante deste cenário, o juízo *a quo* designou audiência preliminar (f. 272), tendo os autores apresentado rol de testemunhas (Ana Paula Coelho Velasque e Evelize Morara) (f. 291-292).

Realizada a audiência de tentativa de conciliação, que restou infrutífera (f. 299), a juíza sentenciante fixou os pontos controvertidos, deferiu a produção de prova oral e designou data para audiência de instrução (f. 300).

Os autores apresentaram o mesmo rol de testemunhas (Ana Paula Coelho Velasque e Evelize Marara), mas, porém, acrescentaram o nome de Wagner Meneguzzi Pinto (f. 305-306), daí reside a insurgência do réu.

A juíza sentenciante deferiu a oitiva da referida pessoa na qualidade de informante, sob o fundamento de que "a oitiva do informante mostra-se necessária para se buscar a verdade real, devendo ser observado que o presente feito trata-se de ação *ex delicto*, e em que pese o rol de testemunha ter sido apresentado

em dois momentos não se verifica qualquer prejuízo ao réu posto que já foram colacionados aos autos depoimentos do referido informante prestado no feito criminal" (f. 339).

Na hipótese dos autos, não obstante os autores terem se antecipado na apresentação do rol de testemunhas, antes mesmo da designação da audiência de instrução, à luz do que dispõe o art. 407 do CPC, revela-se extremo apego ao formalismo, considerar precluso o direito da parte demandante de produzir prova oral, com base em novo rol apresentado no prazo disposto no artigo citado acima, qual seja, 10 dias antes da audiência.

Nesse norte, não deve prevalecer o excessivo rigor na técnica processual que não se coaduna com a finalidade do direito processual contemporâneo, que homenageia o princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC).

Ademais, *in casu*, a referida testemunha foi ouvida pela juíza *a quo* na qualidade de informante, a qual foi tempestivamente arrolada pela parte autora, sem ensejar qualquer prejuízo à defesa.

Logo, acompanho, neste aspecto, o voto do e. Des. Relator.

II – Apelação

Prescrição da pretensão autoral

Acerca da prescrição, o réu-apelante alegou que o fato que motivou esta ação ocorreu em 13/08/2005 e que o processo foi ajuizado apenas em 06/12/2010, argumentando que a apuração dos fatos na ação criminal não seria questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil, sendo, por isso, inaplicável o disposto no art. 200 do CC.

A juíza sentenciante concluiu que a ação *sub judice* dependia de apuração de fato na seara criminal, por tratar-se de pretensão *ex delicto*, com o objetivo de reparação de danos, cujo prazo prescricional, por isso, passa a correr apenas da data do trânsito em julgada sentença penal condenatória.

Como já dito, o caso dos autos decorre da morte do filhos dos autores, ora apelados, em decorrência de ferimentos ocasionados por golpes de faca desferidos pelo réu-apelante na cabeça e costas daquele, o que deu origem à ação criminal nº 001.06.001994-9, que tramita perante a 2ª Vara do Tribunal do Júri desta Capital.

Dispõe o art. 200 do CC: *"Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".*

O referido dispositivo legal deve ser aplicado quando houver relação de prejudicialidade, o que ocorre no caso, vez que a apuração da legítima defesa, alegada pelo réu nesta ação, também estava sendo debatida no juízo criminal, o que, inclusive, motivou o pedido de suspensão desta ação cível pelo réu (f. 160-168).

Logo, não prospera a prejudicial arguida pelo demandado.

Neste sentido, segue a orientação do STJ:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO. ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das*

razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual. 2. A existência de processo criminal, no qual se apura a responsabilidade do motorista da empresa de transporte, é causa impeditiva da prescrição, nos termos do art. 200 do Código Civil: "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no REsp 1178803/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 25/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CIDENTE DE TRÂNSITO - SENTENÇA E ACÓRDÃO QUE RECONHECERAM A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, AFASTANDO A PRESCRIÇÃO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DEMANDADA. 1. De acordo com o art. 200 do CC, "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva". 2. "A aplicação do art. 200 do Código Civil tem valia quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal - isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal -, sendo fundamental a existência de ação penal em curso (ou ao menos inquérito policial em trâmite)": REsp 1135988/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 17/10/2013. 3. Considerando que no caso em questão a sentença penal data de 26/07/2006, e que a ação foi ajuizada em 16/01/2007, o prazo prescricional trienal aplicável a esse tipo de demanda não se consumou. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1121295/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014)

Diante destes fundamentos, acompanho o e. Des. Relator, para rejeitar a prejudicial de prescrição da pretensão autoral.

Excludente de ilicitude

O apelante argumenta que os fatos narrados na inicial deram-se em meio a uma briga coletiva e que os golpes desferidos em face do filho dos apelados foram motivados para proteger um terceiro, amigo seu, de nome Saymon.

Todavia, ao contrário do que sustenta o réu-apelado, as provas que permeiam este processo e, ainda, em função do que fora decidido na esfera criminal, não restou caracteriza a alegada legítima defesa de terceiro.

Segundo a votação do Tribunal do Júri, por maioria, foi negada a alegação de que o acusado, ora apelante, teria praticado o fato repelindo agressão à pessoa de Saymon (f. 49 e f. 53-54), cuja sentença, neste aspecto, foi mantida por este e. Tribunal, que, portanto, afastou a tese de legítima defesa de terceiro (f. 581-589), apesar da decisão ainda ter transitado em julgado, por encontrar-se pendente de julgamento de recurso especial (1113349), perante o STJ.

Outrossim, como bem sustentado pela juíza sentenciante, no caso dos autos não evidenciou a alegada legítima defesa, a justificar o pleito recursal *sub judice*, como bem ratificou o e. Des. Relator, seja por conta da desproporção do ato que lesionou e vitimou fatalmente o filho dos demandantes, seja porque a prova produzida nestes autos não corroboram a alegação de legítima defesa.

Assim, sobre este aspecto, acompanho o voto do e. Des. Relator, Fernando Mauro Moreira Marinho.

Quantum indenizatório

Por fim, cumpre analisar o pedido subsidiário de reforma da sentença, formulado pelo réu-apelante, quanto ao valor indenizatório arbitrado a título de danos morais a favor dos autores.

O juízo singular, reconhecendo esse fato, arbitrou indenização a título de dano moral, no importe de R$ 339.000,00 (trezentos e trinta e nove mil reais).

Por outro lado o e. Des. Relator, deu parcial provimento ao apelo do réu, para reduzir o *quantum* indenizatório para o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Como cediço, no ordenamento jurídico brasileiro não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão.

Por isso, a doutrina menciona que o dano moral deve ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo.

Nas hipóteses de falecimento de familiares, consoante doutrina de Arnaldo Rizzardo[1], a reparação deve ser apta a proporcionar a criação de vivências que diminuam o estado interior de sofrimento, *in verbis*:

> *O critério mais apropriado é que seja arbitrável, elevando-se a verba em razão da gravidade, da intensidade, da profundidade do padecimento, seguindo a linha orientadora do Tribunal de Alçada do Paraná: "Na fixação do dano moral, uma vez que a dor verdadeiramente não tem preço, deve-se ponderar sobre as condições sócio-culturais e econômicas dos envolvidos, grau de culpa, trauma causado e outros fatores, como o de servir de desestímulo à prática de novo ilícito, e de compensação amenizadora, de modo que a quantia arbitrada não seja tão irrisória que nada represente e nem tampouco exagerada, que implique em sacrifício demasiado para uma parte e locupletamento para a outra". É seu norte orientador: compensar a sensação de dor da vítima com um bem que traga uma sensação agradável em contrário; ou serve a reparação não para contrabalançar a dor íntima, da alma. Acontece que jamais se esquece um ente querido, e a sensação de vazio, da falta ou ausência, da tristeza por não mais desfrutar de sua companhia não é substituída pela reparação. O que coloca é o oferecimento de outro bem que traz uma sensação agradável ou de satisfação. Ao lado da profunda tristeza pelo golpe sofrido, e aí em qualquer tipo de dor moral, surge um fato que importa em motivo de satisfação. De sorte que não se está neutralizando uma dor, nem anestesiando-a, mas apresentando um fator que traz uma agradável sensação, que leva o ser humana a aproveitar melhor a vida ou a praticar atos e fatos que lhe dão prazer e alegria, a se distrair, a desempenhar atividades que a façam abstrair de um evento, o qual sempre está presente, e conserva igual intensidade quando vem à tona, tendendo a diminuir ou a se atenuar com o passar do tempo, e com o surgimento de novas relações, ou de ocupações, ou de convivências diferentes. Esses os fatores que fazem regredir o padecimento moral, e não a compensação recebida. Todavia, com a reparação proporciona-se a criação de vivências que levam a diminuir o estado interior de sofrimento.*

No caso dos autos, considerando a gravidade do dano noticiada neste processo (morte de um filho com apenas 19 anos de idade) e, ainda, a condição sócio-econômica do ofensor, que se mostrou evidenciada pelas primeiras declarações do inventário de seu genitor (f. 75-137), representado por um patrimônio generoso que contemplará, por consequência, o do réu, tenho que a indenização arbitrada a título de dano moral pela juíza sentenciante deve ser mantida.

Isto porque, ao contrário do que argumenta o apelante, referido valor (R$ 169.500,00 para cada um dos autores) mostra-se mais razoável e condizente com as peculiaridades apresentadas na demanda,

1 **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 3ª edição, pág. 225.

especialmente a forma como deu-se a morte do filho dos demandantes, em função de homicídio doloso praticado pelo réu-apelante, representando um conforto ao inequívoco abalo moral suportado por aqueles.

III – Dispositivo

Pelos fundamentos expostos, peço vênia ao e. Des. Relator, Fernando Mauro Moreira Marinho, para divergir parcialmente de seu voto quanto ao valor indenizatório devido aos autores e, por isso, negar provimento ao apelo do réu, a fim de manter inalterada a condenação fixada pela juíza sentenciante, à luz das circunstâncias que permeiam a demanda, considerando a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades dos ofendidos, a potencialidade do dano e o grau de dolo envolvido no ato lesivo.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do vogal (Des. Eduardo). O relator dava parcial provimento ao recurso e, o revisor, negava-lhe provimento, após ambos terem negado provimento ao agravo retido e afastado a prescrição.

VOTO (EM 30/10/2014)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (vogal):

Trata-se de apelação cível interposta por João Henrique da Silva de Paula em face da sentença prolatada pela Juíza de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Indenização por Dano Moral c/c Dano Material, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o requerido ao pagamento de R$ 339.000,00 (trezentos e trinta e nove mil reais) a título de danos morais à favor dos requerentes.

Irresignado o requerido recorre a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

Em suas razões recursais o apelante requer seja conhecido o agravo retido interposto às fls. 339/340 contra a decisão que afastou as alegações do apelante quanto à violação do artigo 408 do Código de Processo Civil, bem como da preclusão em substituir o rol de testemunhas.

Aduz em preliminar, a ocorrência da prescrição sobre a pretensão dos apelados na reparação civil, uma vez que o fato que motivou o pedido ocorreu no dia 13 de agosto de 2005, enquanto que os apelados ingressaram com a presente demanda somente em 06 de dezembro de 2010.

No mérito, relata que não deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da causa excludente de ilicitude, qual seja, legítima defesa própria e de terceiro.

Assevera que o *quantum* indenizatório fixado na sentença enseja o enriquecimento ilícito dos requerentes, o que é vedado pela lei, por essa razão requer sua redução.

Sustenta que os juros e correção monetária devem incidir a partir da fixação do valor definitivo para a indenização do dano moral.

O relator do feito, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, negou provimento ao agravo retido, rejeitou a preliminar de prescrição e, no mérito deu parcial provimento ao recurso tão somente para reduzir o *quantum* indenizatório para o montante de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), subdividido em R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) para cada um dos autores.

O revisor do feito, Des. Marco André Nogueira Hanson, acompanhou parcialmente o voto do Des. Relator, divergindo tão somente com relação ao *quantum* indenizatório. Desta forma, negou provimento ao recurso de apelação, mantendo inalterada a condenação fixada pela magistrada a quo.

Sendo assim, passo à análise do recurso tão somente com relação ao *quantum* indenizatório, não tendo dúvidas em acompanhar o Revisor.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que o objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

> *"Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido."* (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO "IN RE IPSA" – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *Mantém-se o valor fixado a título de indenização por dano 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."* (Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei)
>
> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.*

> *(...)*
>
> *II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida."* (Agravo Regimental - Nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

A quantia fixada à titulo de dano moral tem por objetivo proporcionar aos autores um lenitivo, confortando-os pela dor terrível de ver ceifada a vida de seu filho de apenas 19 anos de idade e de outro lado serve como fator de punição para que o requerido evite a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito dos ofendidos nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

Neste caso, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelos ofendidos, tenho que o *quantum* indenizatório fixado pela magistrada a quo (R$ 339.000,00 - trezentos e trinta e nove mil reais) subdividido em R$ 169.500,00 (cento e sessenta e nove mil e quinhentos reais) para cada um dos autores deve ser mantido, por se mostrar condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para o requerido, evitando a reiteração de atos análogos.

Ante o exposto, peço vênia ao eminente relator para acompanhar o revisor, Des. Marco André Nogueira Hanson, e negar provimento ao recurso do requerido, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e afastaram a prescrição. Por maioria, vencido o relator, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor.

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, 30 de outubro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0062944-45.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – BEM APREENDIDO – ADULTERAÇÃO NO CHASSI – DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO DEVIDA – ADEQUADO RESSARCIMENTO À VÍTIMA – DANOS MATERIAIS MANTIDOS – RESSARCIMENTO QUE DEPENDE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A reparação dos danos materiais depende da comprovação do efetivo prejuízo. Não existindo nos autos elementos que justifiquem a majoração da quantia estabelecia na sentença, a súplica não procede.

A indenização por danos morais deve ser fixada em quantia suficiente para reparar à vítima dos prejuízos decorrentes da conduta lesiva praticada pela requerida, bem como impor ao agressor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta, de modo que, mostrando-se insuficiente o valor arbitrado, merece ser majorado.

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 de Enzo Veículos Ltda e dar parcial provimento ao de Eliane Silva Queiroz, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Eliane Silva Queiroz e Enzo Veículos Ltda, nos autos de ação de restituição de valores pagos c/c indenização por danos materiais e morais de n. 0062944-45.2011.8.12.0001 ajuizada por Eliane Silva Queiroz em desfavor de Gidomar José da Silva e Silva e Vilela Ltda – ME, oferecem recursos de apelações cíveis.

Enzo Veículos Ltda, em síntese, aduz que:

1 – não realizou qualquer conduta que viesse a desrespeitar a legislação vigente, não restando caracterizado o ato ilícito indispensável para a reparação civil;

2 – não é cabível a denunciação da lide em razão do disposto no artigo 88, do Código de Defesa do Consumidor;

3 – inexiste responsabilidade com os eventos narrados na inicial, pois, apesar de ter vendido o veículo para os requeridos Gidomar José da Silva e Silva e Vilela Ltda – ME., não tem obrigação a ensejar o direito de regresso;

4 – que, ao saber da apreensão do bem, restituiu ao requerido Gidomar José da Silva o valor pago, bem como reembolsou-lhe as despesas pagas com a transferência do veículo;

5 – faltou à autora e aos requeridos diligência necessária para a realização do negócio, não sendo possível atribuir toda a responsabilidade ao apelante;

6 – também não restou comprovado nos autos prejuízo extrapatrimonial, pois, conquanto o acontecimento tenha causado aborrecimento à apelada, não significou ofensa grave a ponto de justificar o reconhecimento de existência de prejuízo moral;

7 – todo o aborrecimento suportado pela consumidora foi causado pelo requeridos denunciantes, os quais a trataram com descaso, pois, ao saberem do problema no veículo, quedaram-se inertes para cumprir o contrato de compra e venda de bem;

8 – a simples apreensão do veículo pelo Detran não pode ser caracterizada como ato ilícito causador de danos morais, pois apenas exerceu seu legítimo poder de polícia; e,

9 – eventualmente, caso mantida a condenação, o termo inicial para incidência da correção monetária e dos juros de mora deve ser a data do arbitramento do valor devido.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido para afastar a condenação da requerida, ora apelante, recaindo sobre os demais requeridos (litisdenunciantes), e, ainda, que a correção monetária incida a partir do arbitramento da condenação por danos morais.

Por sua vez, Eliane da Silva Queiroz, em recurso adesivo, sustenta que:

1 – o valor da indenização por danos morais deve ser majorado para, no mínimo, R$ 15.000,00, a considerar seu caráter disciplinador e o poder econômico das requeridas, bem como reparar os prejuízos suportados pela conduta lesiva narrada na inicial;

2 – aos danos materiais devem ser majorados, visando a completa reparação pelos prejuízos ocasionados com a apreensão do veículo adquirido pela autora e entrega de outro de menor valor, vale dizer, a condenação deve ser fixada em R$ 5.282,00 (conforme se prova dos autos); e,

3 – os honorários advocatícios devem ser fixados em 20%, devido ao recurso de apelação interposto pela requerida Enzo Veículos ser meramente protelatório.

As partes apresentaram contrarrazões.

VOTO

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

Eliane Silva Queiroz e Enzo Veículos Ltda, nos autos de ação de restituição de valores pagos c/c indenização por danos materiais e morais de n. 0062944-45.2011.8.12.0001 ajuizada por Eliane

Silva Queiroz em desfavor de Gidomar José da Silva e Silva e Vilela Ltda – ME, oferece recursos de apelações cíveis.

Para melhor compreensão da matéria posta em discussão, necessário fazer um breve relato dos fatos.

Trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada por Eliane Silva Queiroz em desfavor de Silva e Vilela Ltda – ME e Gidomar José da Silva, visando, em suma, a condenação dos requeridos pelos danos decorrentes da conduta lesiva por eles praticada.

Para tanto, a autora alega que, em meados de fevereiro de 2010, adquiriu da empresa requerida o veículo VW Gol 1.6, 2005/2005, placa HSF 6206, pelo valor de R$ 22.500,00. Como pagamento, entregou o seu veículo Corsa Wind, pelo valor de R$ 7.000,00, além de ter financiado o montante de R$ 15.500,00.

Quando foram realizar a transferência do veículo adquirido, este foi apreendido pelo Detran/MS em virtude de suposta adulteração nos sinais identificadores do chassi.

Com a intenção de resolver a questão, a autora aceitou receber outro veículo da empresa ré (VW Gol 1.0, 2006), no valor de R$ 18.000,00, com a condição de que recuperasse seu antigo veículo (Corsa Wiind) e pagasse a diferença de R$ 3.000,00, para não sair no prejuízo.

Todavia, o requerido não aceitou, ficando a autora no prejuízo de R$ 4.500,00, além do valor equivalente ao aparelho de som que existia no GOL apreendido e não devolvido (R$ 650,00), o que totalizou o montante de R$ 5.150,00, bem como dos prejuízos morais decorrente da conduta dos requeridos.

Em contestação, os requeridos confirmaram os fatos narrados na inicial, porém recusaram qualquer prejuízo que a autora tenha tido, pois esta aceitou veículo mais novo, equivalentes em seus valores, como também repeliram eventual dano moral.

Por terem adquirido o veículo Gol, objeto de apreensão, da empresa Enzo Veículos, denunciaram-lhe a lide, a qual alegou que, ao saber do ocorrido, restituiu os valores pagos pelos requeridos (denunciantes), não tendo qualquer responsabilidade pelo evento narrado nos autos.

Após a instrução processual, o magistrado de primeira instância proferiu sentença com o seguinte dispositivo:

> *"Pelo exposto, julga-se procedente o pedido para o fim condenar solidariamente os requeridos Gidomar José da Silva e Silva e Vilela Ltda - ME ao pagamento de R$ 3.000,00 (três mil reais) à requerente, à título de danos materiais, devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV, contados do efetivo prejuízo, e acrescido de juros de 1% ao mês contados da citação.*
>
> *Condena-se a litisdenunciada Enzo Veículos Ltda ao pagamento de indenização por danos morais à requerente, na quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigida pelo IGPM-FGV a partir da presente sentença e com juros de mora, em 1% ao mês, a partir da citação.*
>
> *Condena-se solidariamente os requeridos e a litisdenunciada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixa-se em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, atendendo aos critérios do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Por conseguinte, declara-se extinto o processo, na forma do art. 269, inciso I, do CPC."*

Passa-se ao exame das súplicas recursais e, por prejudicialidade, analisa-se primeiramente o apelo de Enzo Veículos.

Apelação Cível de Enzo Veículos.

Insiste o apelante que não é a hipótese de denunciação da lide, por força do artigo 88, do CDC. Ainda, que não praticou qualquer conduta lesiva a ensejar a reparação civil, além de não restar caracterizado o dano moral, pois os acontecimentos suportados pela autora, além de serem de exclusiva responsabilidade dos denunciantes, limitam-se ao mero aborrecimento.

A súplica não procede.

Com efeito, é sabido que, nas demandas lastreadas pelo CDC, em regra, não se admite a denunciação da lide. Todavia, no caso em tela, como a decisão que permitiu a intervenção de terceiros foi proferida em 04/10/2012 e a denunciada foi citada em 30/10/2012 (termo de juntada do AR) e não foi interposto recurso, tenho que a questão processual encontra-se preclusa, não cabendo qualquer pronunciamento desta Corte acerca de sua admissibilidade ou não neste feito.

Ademais, a denunciação da lide é proibida nas ações que envolvem relação de consumo para evitar que a parte consumidora seja prejudicada com a formação de uma segunda demanda no processo principal. Ocorre que, ao compulsar os autos, não vejo qualquer prejuízo que a autora possa ter suportado com a intervenção permitida neste feito, razão pela qual não há motivos para afastá-la.

No mérito, também não há razões para acolher a súplica recursal.

Como é sabido, para que haja a obrigação de indenizar os danos morais ocasionados à vítima, é necessário que se façam presentes três requisitos: a prática de um ato ilícito, um dano e o nexo de causalidade entre eles.

Considera-se dano moral quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade, imagem, nome ou em seu próprio corpo físico. O dano moral corresponderia às lesões sofridas pela pessoa humana, consistindo em violações de natureza não econômica. É quando um bem de ordem moral, como a honra, é maculado.

No presente caso, a conduta da requerida/denunciada ao vender o veículo com o número identificador adulterado caracterizou ato lesivo e ocasionou danos morais à autora, pois, a consumidora adquiriu veículo acreditando que poderia dele dispor, todavia, no ato de transferência, foi surpreendida com a notícia de que o bem havia sido apreendido.

Além disso, a instauração de inquérito policial para apuração de eventual crime, com o comparecimento em delegacia de polícia para prestar depoimentos e demais averiguações decorrentes da investigação, são fatores que evidenciam o dano moral.

E mais, as próprias digressões fáticas constantes nos autos e devidamente comprovadas são suficientes para demonstrarem que tais eventos não se resumem a meros dissabores da vida em sociedade, mas atingem a esfera extrapatrimonial da requerente.

Outrossim, o fato de a empresa apelante, ao tomar conhecimento dos fatos, ter recuperado o bem e restituído os valores pagos pela empresa requerida (Silva e Vilela Ltda - ME), não retira a responsabilidade da concessionária requerida frente à consumidora, pois, como já dito, por sua conduta lesiva, a autora suportou eventos que ocasionaram danos morais.

Isso porque, o Código de Defesa do Consumidor coloca todos os participantes da cadeia de fornecimento como responsáveis diretos e solidários pelo vício.

Assim, presentes os requisitos autorizadores, deve ser mantida a decisão que condenou a apelante no pagamento de indenização por danos morais em favor da autora.

Por fim, não tem a parte apelante interesse em recorrer acerca do termo inicial da correção monetária, uma vez que a sentença determinou expressamente a sua incidência a partir de seu arbitramento, ou seja, no mesmo sentido da pretensão recursal.

Quanto ao juros de mora, conquanto este relator tenha entendimento de que o termo inicial no casos de indenização por dano moral extracontratual é a data do evento danoso (Súmula 54, do STJ), mantém-se a sentença que estabeleceu a partir da citação, sob pena de piorar a situação do apelante.

Recurso adesivo.

A apelante Eliane Silva Queiroz pretende majorar o valor da indenização, tanto dos danos morais como dos materiais.

A súplica procede em parte.

No que tange ao pedido de majoração dos danos materiais, a requerente alega que no final da transação para aquisição do veículo automotor, teria suportado um prejuízo de R$ 5.282,00, pela diferença de valores entre o novo veículo e o apreendido, bem como por suposta perda de um aparelho de som que havia colocado no automóvel e não lhe fora restituído quando da apreensão.

Sem razão.

Como já relatado, a autora alegou que adquiriu o veículo VW Gol 1.6, 2005/2005, placa HSF 6206, pelo valor de R$ 22.500,00. Como pagamento, entregou o seu veículo Corsa Wind, pelo valor de R$ 7.000,00, além de ter financiado o montante de R$ 15.500,00. Após a apreensão deste bem, aceitou receber outro veículo da empresa ré (VW Gol 1.0, 2006), no valor de R$ 18.000,00, com a condição de que recuperasse seu antigo veículo (Corsa Wind) e pagasse a diferença de R$ 3.000,00, para não sair no prejuízo. Todavia, o requerido não aceitou, ficando a autora no prejuízo de R$ 4.500,00, além do valor equivalente ao aparelho de som que existia no GOL apreendido e não devolvido (R$ 650,00).

Todavia, como delineado na sentença, em consulta a tabela FIPE, analisando-se o preço médio de mercado à época da negociação, o valor do veículo adquirido corresponderia à aproximadamente R$ 23.000,00, enquanto que o veículo dado em substituição equivaleria à R$ 21.000,00, em média.

Assim, tenho que a quantia estabelecida na sentença a título de reparação por danos materiais (R$ 3.000,00) é suficiente para compensar os prejuízo suportados pela autora em decorrência do evento narrada na inicial, especialmente, porque não restou comprovado o dano decorrente do aparelho de som supostamente instalado pela autora no carro apreendido e que não lhe fora restituído.

Quanto ao valor da indenização por danos morais, é cediço, nesta quantificação, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Ademais disso, saliente-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor,

levando-se em consideração as condições financeiras das partes, de maneira que o dever de reparar faça sentido para ambas.

Assim, na ausência de critérios legais para fixar o valor da indenização por danos morais decorrente da frustração suportada pela autora ante a impossibilidade de dispor do veículo, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade da vítima, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor arbitrado na sentença (R$ 2.000,00) deve ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais), a fim de adequar-se à realidade fática, além de apresentar-se de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como com o entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, não há razões para modificar o percentual estabelecido na sentença a título de honorários advocatícios, uma vez que, atento aos critérios definidos no artigo 20, do CPC, tal quantia é suficiente para remunerar o causídico de forma adequada ao seu trabalho prestado à requerente.

Destacam-se os seguintes julgados:

> *RECURSO - APELAÇÃO - BEM MÓVEL INDENIZAÇÃO - ALIENAÇÃO DE VEÍCULO COM CHASSI ADULTERADO EVICÇÃO. 1. Na compra e venda de veículo o fornecedor é responsável, independentemente de culpa e má-fé, pelos vícios posteriormente apurados, que impossibilitam o uso normal do bem. Logo, de rigor a restituição dos valores desembolsados pelo adquirente. Exegese do artigo 447 e seguintes do Código Civil. 2. Adulteração de chassi. Autor que foi obrigado a indenizar terceiro adquirente do veículo. Comprovação de que o número alterado já se encontrava no documento do veículo no momento em que comprou o automotor do requerido. Indenização devida. Procedência parcial. Sentença reformada. Recurso provido para adequar o valor da indenização, que deve corresponder à integralidade do prejuízo sofrido pelo recorrente.* (TJ-SP - APL: 217556520098260196 SP 0021755-65.2009.8.26.0196, Relator: Marcondes D'Angelo, Data de Julgamento: 20/06/2012, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/06/2012)

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação cível interposto por Enzo e nego-lhe provimento. Ainda conheço de recurso adesivo apresentado por Eliane Silva Queiroz e dou-lhe parcial provimento para fixar o valor da indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo inalterada a sentença nos demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Enzo Veículos Ltda e deram parcial provimento ao de Eliane Silva Queiroz, 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, Juiz Vilson Bertelli e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 14 de outubro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0828509-41.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – PRESCRIÇÃO – NOTAS PROMISSÓRIAS PRESCRITAS – LAPSO PRESCRICIONAL – 05 ANOS – ARTIGO 206, §5º, INCISO I, CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, o prazo prescricional para propositura de ação monitória amparada em nota promissória prescrita é de cinco anos, nos termos do artigo 205, § 5º, I, do CC, iniciando-se a contagem do dia seguinte à emissão estampada na cártula, não se fazendo necessário o esgotamento do prazo para apresentação do título e das demais medidas judiciais cabíveis (ação cambial de locupletamento ilícito ou de execução).

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, 18 de novembro de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Clari Marise de Oliveira Cassol, nos autos da ação monitória de n. 0828509-41.2013.8.12.0001 em que contende com MSMT - Universidade Católica Dom Bosco, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que se consumou o prazo prescricional para os fins do processo monitório de toda e qualquer mensalidade escolar fracionada, ainda que observada a incidência do § 3º, inciso VIII, do artigo 206, do Código Civil.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a reformada a sentença, declarando improcedente o pedido inicial.

O recurso foi respondido, batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Clari Marise de Oliveira Cassol em face da sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nestes autos de ação monitória ajuizada por MSMT - Universidade Católica Dom Bosco.

Na decisão, o magistrado decretou a prescrição da pretensão de cobrança das mensalidades escolares anteriores a 11/08/2008, representadas pelas notas promissórias n. 44188, 44189, 44190, 44191 e 44210, e julgou parcialmente procedente o pedido para constituir, de pleno direito, o título executivo judicial, devendo o crédito de R$ 4.924.38, correspondente às mensalidades de agosto a dezembro de 2008, ser corrigido pelo IGPM e acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a partir de 30/05/2013.

Versa a lide sobre pedido de cobrança fundado em nota promissória sem eficácia executiva, pelo rito da ação monitória. A questão trazida à baila diz respeito, especialmente, a qual dispositivo relativo à prescrição se aplica ao caso em tela e à ocorrência ou não do lapso prescricional de toda a dívida.

O pedido monitório está embasado nas notas promissórias n. 44189, 44190, 44191, 44192 referentes às mensalidades dos meses de 02/2008 a 06/2008, um cheque devolvido e outras duas notas promissórias (n. 36768 e 36759), sendo que estes últimos, conforme se extrai da leitura da inicial, referem-se a negociações de mensalidades mais antigas.

A presente ação, por sua vez, foi ajuizada em 09/08/2013.

Em embargos, a devedora/apelante pugnou pelo reconhecimento da ocorrência de prescrição da pretensão, tese essa acolhida em parte pelo magistrado de primeiro grau.

Neste apelo, a recorrente sustenta que se consumou o prazo prescricional para os fins do processo monitório de toda e qualquer mensalidade escolar fracionada, ainda que observada a incidência do § 3º, inciso VIII, do artigo 206, do Código Civil.

Ressalte-se, inicialmente, inexistir controvérsia referente à possibilidade de cobrança do título executivo prescrito pela via ordinária, no caso, pela presente ação monitória.

O artigo 206, § 3º, VIII, estabelece que a "pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial" prescreve em 3 anos. De outro tanto, o § 5º, I, do mesmo dispositivo estabelece que "a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular" está submetida a prazo prescricional de 5 anos.

Assim, a dúvida pauta-se em saber em qual das situações melhor se enquadra a natureza jurídica da relação que enseja o ajuizamento de monitória fundada em nota promissória prescrita.

Pois bem.

No que se refere à ação monitória amparada em nota promissória prescrita, a jurisprudência do STJ firmou recente entendimento - inclusive, em sede de recurso repetitivo - de que o prazo prescricional é de cinco anos, nos termos do artigo 205, § 5º, I, do CC, iniciando-se a contagem do dia seguinte à emissão estampada na cártula, não se fazendo necessário o esgotamento do prazo para apresentação do título e das demais medidas judiciais cabíveis (ação cambial de locupletamento ilícito ou de execução). Vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. PRAZO QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL.*
>
> *1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título".*

> *2. Recurso especial provido.* (REsp 1262056/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014)

Assim, vez que o título que embasa a ação é uma nota promissória prescrita sem força executiva, e por consequência, com natureza de contrato particular entabulado entre as partes, enquadra-se no caso em tela a disposição legal constante no Código Civil – artigo 206 § 5º, inciso I.

Logo, a natureza de título executivo da nota promissória se perdeu três anos após o vencimento, mas o documento não foi desprovido da qualificação de instrumento particular representativo de dívida. Sendo assim, o prazo prescricional será quinquenal, consoante dispõe o art. 206, § 5º, I, do NCC.

Não existe dúvida quanto à incidência do referido lapso porque as notas promissórias de fls. 31 e seguintes, embora não se constituam em título apto a embasar uma execução, estampam a existência de uma dívida líquida, ou seja, correspondente ao valor nela descrito, a respeito da qual não paira dúvida, atraindo, assim, a incidência do referido dispositivo legal, com afastamento daquele invocado pela apelante, que, como visto, aplica-se exclusivamente ao prazo prescricional para execução, o que já transcorreu, e não à ação ordinária em tela.

Nesse sentido é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO SUBSCRITOR DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. TEMPERAMENTO DA REGRA CONTIDA NO ART. 544, § 1º, DO CPC. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. NOTAS PROMISSÓRIAS PRESCRITAS. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO PARA AJUIZAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.*
>
> *1. Desnecessária a juntada de cópia de todas as procurações outorgadas pela parte agravada se regularmente intimada para contraminutar.*
>
> *2. A ação monitória fundada em notas promissórias prescritas está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos de que trata o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.*
>
> *3. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido.* (Processo AgRg no Ag 1304238/MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0079960-4 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 17/08/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 26/08/2010)

Assim, tenho que o prazo prescricional que rege a matéria é o de 5 anos, tal como aplicado pelo Juízo de primeiro grau.

Por consequência, de acordo com o recente entendimento do STJ firmado em sede de recurso representativo de controvérsia, que, como visto, desvincula a dívida da causa debendi e da relação jurídica base, considerando que a presente ação foi proposta em 09/08/2013 e as notas promissórias que instruem esta monitória têm vencimentos previstos para a partir de 20/08/2008, data para pagamento da primeira dívida em questão, em tese a pretensão exposta na inicial não se encontraria prescrita, vez que não decorrido o lapso de 05 anos.

A respeito, repisa-se:

> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM DUPLICATAS PRESCRITAS AJUIZADA EM FACE DAQUELA QUE CONSTA COMO SACADA. COBRANÇA DE CRÉDITO ORIUNDO DA RELAÇÃO CAUSAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE TRÊS ANOS, RELATIVO ÀS PRETENSÕES DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL. DESCABIMENTO. CÁRTULAS QUE, EMBORA PRESCRITAS, ESTAMPAM DÍVIDA LÍQUIDA, ENSEJANDO O AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA DENTRO DO PRAZO DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DE VENCIMENTO PREVISTA NAS CÁRTULAS, NOS MOLDES DO DISPOSTO NO ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL.*
>
> *1. No procedimento monitório, tendo em vista seu propósito de propiciar a celeridade na formação do título executivo judicial, a expedição do mandado de pagamento é feita em cognição sumária, havendo inversão da iniciativa do contraditório, cabendo ao demandado a faculdade de opor embargos suscitando toda a matéria de defesa, portanto "não faz sentido exigir que o prazo prescricional da ação monitória seja definido a partir da natureza dessa causa debendi"* (REsp 1339874/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012).
>
> *2. Assim, o prazo prescricional para a ação monitória baseada em duplicata sem executividade, é o de cinco anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil/2002, a contar da data de vencimento estampada na cártula.*
>
> *3. Recurso especial provido.* (REsp 1088046/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 22/03/2013)

Entretanto, como apenas a parte ré recorreu e pleiteia a decretação da prescrição de toda a dívida cobrada, o que não ocorreu como demonstrado alhures, impende limitar-se à análise do pedido recursal, não se podendo agravar a situação do recorrente, em atenção ao princípio do non reformatio in pejus.

Por conseguinte, ressalvado o posicionamento acima exposto, impõe-se a manutenção da sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1412529-71.2014.8.12.0000/50000 - Caarapó
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA *ON LINE* – SISTEMA BACENJUD – PREFERÊNCIA DA PENHORA EM DINHEIRO – ORDEM DE PREFERÊNCIA PREVISTA NO ART. 655, DO CPC E ART. 11, DA LEF – POSSIBILIDADE – DISCUSSÃO SEDIMENTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (REsp n. 1.090.898/SP) – ILEGALIDADE DO IMPOSTO DEVIDO – INOVAÇÃO À LIDE E RECURSAL – AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento, em sede de recurso repetitivo (Resp n. 1.090.898/SP), de que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no art. 11, da Lei de Execução Fiscal e/ou no art. 655, do CPC, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, como dispõe o art. 612, do Código de Processo Civil.

A análise da matéria suscitada somente no agravo regimental fere os princípios dispositivos, da concentração e da eventualidade, implicando, outrossim, em inovação da lide, em sede recursal; o que é vedado pelo sistema processual e, em especial, em razão do efeito devolutivo.

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, 4 de novembro de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

LD Construções Ltda, nos autos de execução fiscal de n. 0800270-97.2014.8.12.0031, em que contende com o Município de Caarapó, interpõe agravo regimental em agravo de instrumento.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1- o recolhimento efetuado a título de ISSQN, está em total conformidade com a norma tributária vigente (Lei Complementar n. 116/2003), não sendo devido o pagamento no valor total contratado e, sim, deduzindo-se da base de cálculo o montante referente aos materiais utilizados;

2 - o art. 655, do CPC, estabelece uma ordem preferencial, mas que não necessita obrigatoriamente ser seguida, mormente, em virtude do que dispõem os arts. 615, I, e 620, do CPC, podendo o executado satisfazer a obrigação de modo que lhe seja menos gravoso;

3- a penhora sobre faturamento somente pode ser deferida quando restar demonstrado a inexistência de outros bens;

4- a decisão agravada prejudica o capital de giro da empresa e implica em ostensiva restrição ao exercício de suas atividades comerciais, podendo, inclusive, conduzir ao estado de insolvência;

5- o agravado não terá qualquer prejuízo com o bem móvel oferecido à penhora, posto que em perfeito estado de conservação e com valor superior ao débito em discussão.

Assim, pede a reconsideração da decisão e, caso mantida, que o recurso seja submetido à apreciação da Egrégia Câmara.

VOTO

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

Trata-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por LD Construções Ltda, nos autos de execução fiscal de n. 0800270-97.2014.8.12.0031, em que contende com o Município de Caarapó.

O recurso deve ser conhecido em parte, mas 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, caput, 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, o artigo 652, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, dispõe que:*
>
> *"Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655)".*
>
> *Por outro lado, o art. 655, § 2º, do CPC, também em decorrência da Lei n. 11.382/2006, trouxe reforço à observância da ordem estipulada para a penhora, ao dispor que ela deve ser preferencialmente seguida, mencionando, em primeiro lugar, o "dinheiro", vejamos:*
>
> *"Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:*
>
> **I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira***;*

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos." (Destacado)

Finalmente, prevê o art. 655-A, do CPC:

"Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução."

Da leitura dos dispositivos acima mencionados é fácil perceber que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, o esgotamento de todas as tentativas possíveis de encontrar outros bens do executado não se constitui mais em um requisito imprescindível para que se possa realizar a penhora on-line.

Não há dúvida de que os artigos 655, I, e 655-A do CPC, alterados e incluídos pela Lei n. 11.382/2006, que deu efetividade à execução, afastaram o caráter excepcional da requisição a ser encaminhada pelo magistrado à autoridade supervisora do sistema bancário, não se fazendo mais necessário o esgotamento dos procedimentos hábeis a visualizar a existência de bens em nome do devedor. Também não possui suporte o argumento de que a penhora de dinheiro em conta bancária, ofende o princípio da menor onerosidade do devedor, pois, conforme já fundamentado, as alterações impostas pela Lei n. 11.382/2006, afasta tal ofensa.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. PREFERÊNCIA DA PENHORA EM DINHEIRO. ORDEM DE PREFERÊNCIA PREVISTA NO ART. 655 DO CPC E ART. 11 DA LEF. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE: RESP. 1.090.898/SP, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 12.08.2009. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A penhora eletrônica que tem como exclusivo objeto o dinheiro do devedor e goza de preferência, tornou-se, após o advento da Lei 11.382/06, conforme o consignado, desnecessária a prévia comprovação de esgotamento das diligências e de outros bens classificados em ordem inferior. 2. Na verdade, como se sabe, a constrição de dinheiro da empresa representa um duro golpe nas suas operações normais, trazendo inegáveis prejuízos aos seus desempenhos, podendo acarretar, até mesmo, a sua estagnação***; esse é o*

meu ponto de vista, porquanto privar-se o contribuinte do uso e/ou da aplicação dos seus recursos importa no impedimento da continuidade de suas atividades comuns, por meio das quais poderia, sem a sua cessação ou redução, obter meios para solver as suas dívidas, inclusive as fiscais. **3. Entretanto, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.090.898/SP, de relatoria do eminente Ministro CASTRO MEIRA, julgado como representativo de controvérsia (DJe 31.08.2009), firmou-se no sentido de que a penhora deve ser efetuada conforme a ordem legal prevista no art. 655 do CPC e no art. 11 da Lei 6.830/80.** *4. Agravo Regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1404599/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 30/09/2014). Destacado.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INDICAÇÃO DE BEM PELO DEVEDOR. RECUSA DA FAZENDA. POSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA PELA PENHORA EM DINHEIRO VIA BACEN JUD. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. INVIABILIDADE DA ATIVIDADE DA EMPRESA. NECESSIDADE REEXAME DE PROVAS NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. **1. Na hipótese em exame, o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ, de que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, como dispõe o art. 612 do Código de Processo Civil.** *(...) 3. Agravo Regimental não provido.* (AgRg no REsp 1454404/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 25/09/2014). Destacado.

Portanto, o Diploma Processual Civil, ao mesmo tempo em que dá preferência ao bloqueio de dinheiro (art. 655, I), admite a penhora on-line (art. 655-A), de modo que perfeitamente cabível a medida aplicada pelo magistrado de primeiro grau, pois visa assegurar a efetividade da demanda.

Incabível, outrossim, a alegação de que a penhora on line não poderia ser deferida, porquanto a manifestação do credor seria intempestiva, pois, ao que consta dos autos, o Município de Caarapó não foi devidamente intimado pessoalmente, em conformidade com o art. 25, da Lei 6.830/80, não tendo validade a certidão de publicação de f. 55, realizada via Diário de Justiça, e, por consequência, começado a fluir o prazo para concordar ou não com o bem indicado.

Por oportuno:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTANTE DO ESTADO. INTIMAÇÃO. PUBLICAÇÃO NO ÓRGÃO OFICIAL. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO DISPONDO SOBRE A INTIMAÇÃO PESSOAL. (...). 3. A prerrogativa de intimação pessoal, a ser realizada em cartório, pelo correio ou por mandado, prevista no § 2º do art. 236 e na parte final do art. 237, é conferida aos representantes do Ministério Público pelo art. 41 da Lei 8.625/93, bem como os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador da Fazenda Nacional, de Defensor Público e de Advogado da União (art. 38 da Lei Complementar n. 73/93,art. 18, II, h, da Lei Complementar n. 75/93, art. 44 da Lei Complementar n. 80/94, e art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, art. 6º da Lei 9.028/97). Também a Lei 10.910/2004, em seu art. 17, estendeu aos Procuradores Federais e aos Procuradores do Banco Central do Brasil o privilégio da intimação pessoal. **Há, ainda, na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6830/80), dispositivo que prevê o direito à intimação pessoal dos representantes judiciais das Fazenda Pública (art. 25, caput), regra essa aplicável não só à Fazenda Nacional, mas também dos Estados e Municípios, ficando restrita, todavia, ao processo executivo fiscal. 4. Diante da lacuna legislativa referente à intimação pessoal em todos os processos em que funcionarem procuradores dos Estados e dos Municípios, aplica-se a regra geral do art. 236, consubstanciada na**

intimação via publicação no órgão oficial da imprensa, salvo quando se tratar de execução fiscal. (...). *13. Embargos de declaração acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos modificativos, não conhecer do recurso especial de iniciativa do Estado do Tocantins.* (EDcl no REsp 984.880/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 26/04/2011). Destacado.

De outro vértice, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido de que não incorre preclusão a manifestação extemporânea do exequente em concordar ou não com os bens indicados pelo devedor, pois cumpre ao juiz analisar a prestabilidade da indicação aos fins da execução. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA FEITA PELO EXECUTADO. DESPACHO DETERMINANDO A MANIFESTAÇÃO DOS EXEQUENTES EM DEZ DIAS. MANIFESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA PRECLUSÃO. ART. 183 DO CPC. (...). 2. Referida norma, todavia, a despeito de ser exteriorização expressa do princípio da celeridade, por obstar às partes a injustificada inércia na prática dos atos processuais que lhe incumbem, há de ter sua aplicação relativizada à luz do princípio da instrumentalidade do processo. **Assim, tem-se permitido, em casos excepcionais, que, mesmo fora do prazo estabelecido, a parte pratique determinados atos processuais, desde que o procedimento ainda não se tenha adiantado. 3. In casu, a recusa dos bens nomeados pelo executado à penhora, mesmo estando fundada em manifestação extemporânea dos exequentes, não desatendeu qualquer disposição legal, nem tampouco aos princípios que regem o processo civil, visto que cumpre ao juiz analisar a prestabilidade da indicação aos fins da execução e, ademais, a discussão se encontra atualmente superada, vez que nos termos do art. 656 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 11.382/2006, é dado a parte requerer a substituição da penhora nas hipóteses ali arroladas.** *4. Lição de Cândido Rangel Dinamarco e Nelton dos Santos. 5. Recurso especial provido.* (REsp 373.683/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 22/10/2009). Destacado.

Por fim, cumpre ressaltar que, ainda que houvesse aceite do bem indicado à penhora, é facultado à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, requerer a substituição do bem penhorado por outro de maior liquidez, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n. 6.830/80, de modo que se fosse verificada a existência de outros bens do executado de maior liquidez, mesmo que já tivesse ocorrido a penhora do veículo oferecido, poderia o credor requerer a sua troca.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PERDA DO OBJETO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE FIANÇA BANCÁRIA POR DINHEIRO. POSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA INEXISTENTE. PRECEDENTES. ANUÊNCIA DA FAZENDA. IRRELEVÂNCIA. (...). **3. À luz do art. 15, inciso II, da LEF, a Fazenda pode, a qualquer tempo, requerer a sub substituição da penhora por outro bem de melhor liquidez.** *4. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1077039/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, uniformizou orientação no sentido de que a penhora de dinheiro e a fiança bancária não possuem o mesmo status de liquidez, de modo que a anuência da Fazenda Pública quanto à fiança*

bancária não inviabiliza sua pretensão de substituí-la por dinheiro. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg nos EDcl no Ag 1186554/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013). Destacado.

Assim, não vislumbro motivos para modificar a decisão objurgada.

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, analisando as razões invocadas no regimental em confronto com os fundamentos da decisão atacada, infere-se que aquelas não são fortes o bastante para que seja revisto o entendimento externado, valendo-me dos mesmos argumentos, nela contidos, para mantê-la integralmente, porquanto, como dito anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento - inclusive, em sede de recurso repetitivo (Resp n. 1.090.898/SP) e, como, por exemplo, nos recentes julgados REsp 1404599/MG e AgRg no REsp 1454404/RS - de que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no art. 11, da Lei de Execução Fiscal e/ou no art. 655, do CPC, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, como dispõe o art. 612, do Código de Processo Civil.

Desse modo, o esgotamento de todas as tentativas possíveis de encontrar outros bens do executado não se constitui mais em um requisito imprescindível para que se possa realizar a penhora *on-line,* mesmo nas execuções fiscais.

Quanto à legalidade ou não do valor cobrado a título do imposto de competência do agravado, tal matéria não foi aventada em primeiro grau e tampouco no momento da interposição do agravo de instrumento, de modo que não pode ser conhecida, neste agravo regimental, por se tratar de inovação à lide e recursal.

Diante do exposto, conheço em parte 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. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0009644-71.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS – INVERSÃO DO ÔNUS DE PROVA – ACOLHIDA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL (MÉDICO) – RECURSO IMPROVIDO.

A expressa previsão da inversão do ônus de prova, no inciso VIII[1] do art. 6º do CDC, não tem o condão de modificar a natureza da obrigação subjetiva dos profissionais liberais (art. 114, § 4º[2], do CDC), conquanto atribua a estes o ônus de provar a ausência de culpa pelo resultado.

Não havendo negligência nem imprudência por parte do médico, e tomando todas as medidas necessárias para a situação presente no caso, não há que se falar em responsabilidade civil do profissional liberal, mormente porque não há prova nos autos de que os procedimentos adotados por ele foram inadequados.

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, 7 de outubro de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Reinaldo Brandão Alves e Expedito Alves Filho, interpuseram recurso de Apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande - MS., na ação de ressarcimento de danos morais proposta por ele em desfavor da Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa e de Elzio Tamazato, que julgou improcedentes os pedidos da inicial.

Em razões recursais (f. 507-517) os apelantes alegam que embora o juiz *a quo* afirme que os autores não se desincumbiram de provar a existência do erro médico ou da conduta culposa, sustentam que por faltar aos apelantes o conhecimento técnico para comprovar o erro médico, o ônus de prova deve ser invertido. Argumentam que a negligência e o descaso dos médicos e enfermeiros para, respectivamente, com a mãe e esposa dos apelantes ficaram suficientemente demonstrados pelo depoimento das testemunhas ouvidas na

1 Art. 6º. 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;"

2 "§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

audiência de instrução. Aduzem que durante os quatro dias em que Amélia esteve na enfermaria, o médico apelado, Élzio Tamazato, passou para visitá-la apenas no domingo, dia 28 de março de 2010, no período da tarde, data do seu falecimento (f. 509).Asseveram que não merece prosperar o fundamento do juiz *a quo* de que "as testemunhas ouvidas em juízo, embora relatem que não viram atendimento médico a ela, não ficavam em período integral no mesmo quarto em que ela esteve internada, uma vez que se revezavam com familiares" (f. 498), pois as testemunhas José Eduardo (f. 453) e Nirléia (f. 454) estiveram no quarto nos mesmos dias e se revezavam entre si, fazendo que sempre alguém estivesse no quarto. Ressaltam que o médico responsável, Elzio Tamazato (f. 476), em seu depoimento, afirma que foi constatada a necessidade de cirurgia cardíaca, enquanto a paciente Amélia estava na UTI, porém, apenas conversou com ela, que teria afirmado que não queria ser operada, sendo que não conseguiu entrar em contato com os familiares da paciente. Destacam que se a paciente Amélia necessitava de cirurgia o médico requerido deveria envidar todos os esforços para conversar com os familiares dela, até porque ela ficou internada quatro dias na enfermaria da Santa Casa de Campo Grande-MS. e que o próprio médico confirmou que não visitou a paciente na enfermaria, na medida que afirma que não teve contato com seus familiares, que acompanharam Amélia todos os dias que esteve internada. Aduzem que apesar de todas as provas produzidas no sentido de que houve negligência dos médicos e enfermeiros do hospital, o Juiz de primeiro grau entendeu que não houve nexo de causalidade entre a sua morte e a conduta médica, entretanto, as testemunhas foram uníssonas em declarar que Amélia gemia de dores todo tempo que lá esteve, sem atendimento, mesmo seu médico estando ciente de que ela necessitava de cirurgia cardíaca para sobreviver, tendo falecido de parada cardiorespiratória. Assim, os apelantes acompanharam o sofrimento e agonia de sua mãe e esposa, respectivamente, sofrendo junto com ela, em razão dos descaso e negligência dos médicos e enfermeiros da requerida Santa Casa. Prequestionam o inciso III do art. 1º da Constituição Federal; o artigo 333 do CPC e inciso VIII do art. 6º do CDC. Requerem o conhecimento e o provimento do recurso de apelação, para reformar a sentença e condenar os requeridos a indenizarem os apelantes, pelos danos morais sofridos, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescido de juros e atualização monetária, bem como a inversão do ônus sucumbenciais. Requerem, por fim a intimação da Defensora Pública-Geral, para designar um de seus Defensores de Segunda Instância com atuação junto à Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, para acompanhar este recurso.

A f. 518 foi recebido o recurso de apelação.

A apelada Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa, apresentou contrarrazões (f. 522-528873-889), pugnando pelo improvimento do recurso de apelação.

O Apelado Elzio Tamazato não ofertou contrarrazões de apelação (f. 532).

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Reinaldo Brandão Alves e Expedito Alves Filho, em face da sentença proferida pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, na ação de ressarcimento de danos morais proposta por eles em desfavor da Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa e de Elzio Tamazato, objetivando a reforma da sentença, para condenar os apelados a indenizar os apelantes, pelos danos morais sofridos, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescido de juros e atualização monetária, bem como para a inverter o ônus sucumbenciais.

Confira-se as seguintes partes da sentença (f. 489-502):

"(...).

São elementos essenciais da responsabilidade civil a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pelo vítima.

(...)

A alegação dos requerentes no sentido de que não houve indicação e aplicação de insulina não tem amparo em prova alguma.

(...)

Apesar de os requerentes asseverarem que Amélia Brandão Alves não recebeu a devida assistência médica durante o período em que esteve internada na enfermaria, não comprovaram tal alegação, quando tal ônus lhes cabia.

Não é possível asseverar pela prova testemunhal que Amélia Brandão Alves não recebeu a devida assistência médica, pois as testemunhas ouvidas em juízo, embora relatem que não viram o atendimento médico a ela, não ficavam em período integral no mesmo quarto em que ela esteve internada, uma vez que faziam revezamento com outros familiares.

Ademais, o fato de as testemunhas não haverem presenciado a visita do médico à Amélia Brandão Alves não significa que ela não estava sendo medicada, uma vez que estas seguem as prescrições feitas pelos médicos.

Pelo que se observa nos autos, o segundo requerido nominado emitiu relatórios médicos relativos à paciente alhures indicada entre os dias 26 a 28.03.2010 nos horários das 06:25 às 07:31h, como se nota nos documentos que constam às f. 348-50, o que evidencia que ela não ficou sem assistência médica, sendo que havia prescrição médica em que constava todos os seus medicamentos que eram ministrados pelas enfermeiras.

(...)

Como se observa não há prova do nexo de causalidade entre a causa do óbito de Amélia Brandão Alves e a conduta dos requeridos nominados.

(...)

Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo improcedente o pedido formulado na inicial."

Certo é que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1°, inc. III, da CF), entretanto, no caso dos autos, é importante distinguir, inicialmente, qual é a responsabilidade civil aplicável ao hospital e ao médico demandados, ou seja, impõe-se o exame da questão atinente à extensão da responsabilidade objetiva do hospital e subjetiva do médico, em consonância com o Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, transcrevo parte dos fundamentos utilizados no Recurso Especial 258389/SP, de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, da quarta turma cível do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/062005, DJe n.º 22/08.2005 p. 275[1]:

*"**(...)***

1 STJ. REsp 258389/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento. DJe: 22/08/2005 p. 275.

II. A Responsabilidade civil do hospital e do médico.

Resta indiscutível que a relação estabelecida entre a paciente, o médico e o hospital, consoante descrição fática acima, é de consumo, regida pelas normas do CDC.

Pelo Código do Consumidor, Lei n. 8.078/90, em seu art. 14, a responsabilidade do fornecedor do serviço, no caso o hospital, é objetiva, independente de verificação de culpa. Basta a prova da prestação do serviço defeituoso, do dano decorrente e do nexo causal. A responsabilidade do fornecedor do serviço somente será eximida se ficar comprovado a inexistência do defeito na prestação do serviço ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II).

Já relativamente à responsabilidade dos profissionais liberais, segundo a norma do § 4º, do mesmo dispositivo legal, é subjetiva, ou seja, depende do exame da culpa do profissional nos termos previsto no art. 159 do então CC/16, vigente à época do fato, com equivalentes nos art. 186 e 927 do atual CC/02.

Embora considerada a culpa objetiva do nosocômio, na qualidade de prestador de serviço, nos termos do art. 14 do CDC, conforme visto anteriormente, ***no caso inexiste a responsabilidade objetiva do hospital por erro do preposto, consoante firme entendimento manifestado por RUY STOCO,*** *transcrito por Miguel Kfouri Neto, in Culpa Médica e Ônus da Prova, ed. RT, 2202, p. 152, ao registrar:*

Em conferência proferida no I Seminário Nacional sobre Responsabilidade Civil (IBAJ 24.08.1996, Hotel Glória-RJ), RUI STOCO – com sólido embasamento -, em arremate à exposição, ***afirma inexistir responsabilidade objetiva do hospital, derivada de erro do médico, preposto do nosocômio:*** *Primeiro, porque o Código de Defesa do Consumidor não se afastou do conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, consagrado em nosso Código Civil, pois o art. 1.521 do CCB, assentado no princípio da presunção de culpa***,** *não afasta o dogma da culpabilidade, apenas inverte o ônus da prova. Segundo, porque existe diferença fundamental e ontológica entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade presumida. Terceiro, porque, sendo a responsabilidade do hospital contratual, responderá por ato de seu preposto nos termos do inciso III do art. 1.521 do Código Civil, que prevê a culpa presumida do patrão pelos atos de seus prepostos. Em quarto lugar, porque o serviço prestado pelo hospital, quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia ou acompanhamento médico,* ***de modo que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico, como atividade especializada e restrita àqueles previamente credenciados pelo Conselho Regional de Medicina*** *(...) Por fim,* ***cabe obtemperar que a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.*** *Percebe-se, porque importando, que* ***o caput do art. 14 do CDC condiciona a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de defeitos relativos à prestação de serviços (faute du service). Tal expressão, embora mal posta no preceito, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultados, de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de defeito. Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente de seu causador.***

Nessa linha, O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito,

ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).”

(Destaquei)

Assim, mesmo que incida o Código de Proteção e de Defesa do Consumidor na relação entre as partes, é indispensável analisar como foi o atendimento prestado à paciente pelo profissional da medicina requerido, ora apelado e se, em tal caso, o mesmo agiu de maneira culposa, ou seja, por negligência, imprudência ou imperícia.

Compulsando os autos, verifica-se que a obrigação assumida pelo médico apelado era de meio e não de resultado, de modo que, além da prova do prejuízo e do nexo de causalidade, é necessária a demonstração do agir culposo (em qualquer de suas modalidades) pelo profissional liberal.

Segundo leciona Humberto Theodoro Júnior[2]: “*na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade fim, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo*.”.

Portanto, no caso sob exame, o objeto da obrigação não se constitui na efetiva cura do paciente, e sim no emprego de um tratamento adequado ao enfermo, em consonância com o estágio atual da ciência e, evidentemente, com os recursos disponíveis ao profissional atuante, o qual deve agir, sempre, da maneira mais cuidadosa e consciente possível.

Não fosse isto, não constitui função do Julgador avaliar questões de alta indagação científica, e, tampouco, pronunciar-se acerca do tratamento mais indicado para a cura do paciente.

Ao Magistrado cabe apenas verificar as diligências que os profissionais da medicina poderiam e deveriam ter dispensado ao paciente no caso concreto, de forma a concluir se ocorreu, efetivamente, falha humana a ensejar prejuízos reparáveis ao enfermo.

Após caracterizar o tipo de responsabilidade civil do médico, impõe-se a investigação da ocorrência dos pressupostos do dever de indenizar especificamente na hipótese em exame, repita-se, sendo imprescindível a verificação de falha ou omissão do profissional que atendeu, respectivamente, a mãe e esposa dos apelantes, no hospital apelado, para que, desta forma, seja viabilizada a responsabilização dos mesmos.

Consoante inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, incumbe aos apelantes comprovar o fato constitutivo de seu direito e aos apelados, por sua vez, compete demonstrar circunstância modificativa, impeditiva ou extintiva do direito dos apelantes (inciso II).

Porém, é necessário destacar, que a expressa previsão da inversão do ônus de prova, no inciso VIII[3] do art. 6º do CDC, não tem o condão de modificar a natureza da obrigação subjetiva dos profissionais liberais (art. 114, § 4º[4], do CDC), tal qual o apelado Elzio Tamazato, conquanto atribua a este o ônus de provar a ausência de culpa pelo óbito de Amélia Brandão Alves.

2 Humberto Theodoro Júnior. **Dano moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. P. 33.

3 Art. 6º. 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;”

4 “§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No caso dos autos, verifica-se que o motivo do requerente ter ingressado com a presente demanda constitui-se na alegação de que houve descaso e negligência médica, que levou Amélia Brandão Alves, respectivamente, mãe e esposa dos apelantes a óbito, ao argumento de que durante os quatro dias em que Amélia esteve na enfermaria, o médico apelado, Élzio Tamazato, passou para visitá-la apenas no domingo, dia 28 de março de 2010, no período da tarde, data do falecimento (f. 509).

Da análise dos autos, como bem salientou o Juiz *a quo* na sentença de f. 489-502, referente ao acompanhamento médico à paciente Amélia Brandão Alves, *"(...) o segundo requerido nominado emitiu relatórios médicos relativos à paciente alhures indicada entre os dias 26 a 28.03.2010 nos horários das 06:25 às 07:31h, como se nota nos documentos que constam às f. 348-50, o que evidencia que ela não ficou sem assistência médica, sendo que havia prescrição médica em que constava todos os seus medicamentos que eram ministrados pelas enfermeiras"* (f. 498-499), sendo insuficientes os depoimentos das testemunhas (f. 453-454/498) para infirmar a prova documental, até porque as testemunhas não ficavam em período integral no mesmo quarto em Amélia esteve internada, pois faziam revezamento com outros familiares.

Tenho que as fichas de atendimento ou prontuários médicos de f. 282-354 são suficientes para comprovar que não houve erro de diagnóstico atribuível aos requeridos ou ausência de atendimento e afasta qualquer nexo de causalidade entre a causa do óbito de Amélia Brandão Alves e a conduta dos apelados, até porque o apelado Elzio Tamazato esclareceu em seu depoimento, ao ser perguntado pela Defensora Pública, (f. 476), que "*independente da realização de cirurgia, o paciente cardíaco sempre tem um risco de óbito, em razão da arritmia e edema agudo de pulmão, mesmo medicado*", não tendo sido este esclarecimento recusado ou contestado pelos apelantes nas alegações finais (f. 481-485).

No caso dos autos, não ficou demonstrado que o profissional da medicina que atendeu Amélia Brandão Alves agiu com negligência nem imprudência, ou foi o responsável pelo óbito desta, de modo que não estão presentes os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, mormente porque não há prova nos autos de que os procedimentos adotados pelo apelado Elzio Tamazato foram inadequados, nem mesmo os apelantes comprovaram que em algum momento procuraram o médico responsável (Elzio Tamazato), pelo acompanhamento de Amélia, para obter informações sobre seu estado de saúde.

De consequência, também não há que se falar em responsabilidade da apelada Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, uma vez que, é sabido, que o hospital só responderá por atos técnico-profissionais daqueles médicos que com ele mantenham algum vínculo, e mesmo assim, se comprovada a culpa destes. Não tendo sido comprovado o ato culposo do médico, não se imputa responsabilidade ao hospital.

Prequestionamento

No tocante ao prequestionamento apresentado pelos apelantes, não vislumbro a necessidade de análise de todos os dispositivos apresentados, pois a matéria foi analisada conforme as alegações.

Ressalte-se, ainda, que conforme entendimento dos ministros do STJ ‘’o órgão julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.’’ (STJ - EDcl no RMS 22067/DF).

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por Reinaldo Brandão Alves e Expedito Alves Filho e, no mérito, 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. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0806310-22.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO – PENSÃO POR MORTE – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – FILHA DO FALECIDO CURSANDO ENSINO SUPERIOR – EDUCAÇÃO – ARTIGOS 6º E 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL Nº 9.250/95 – LIMITE DE IDADE – 24 ANOS – RECURSO PROVIDO.

Nos termos do artigo 1º da Lei Estadual 3.545/08, que criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, esta, apesar de ser dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, é vinculada à Secretaria de Estado e Administração, sendo legítima a inclusão do Estado no polo passivo da ação.

Em cumprimento ao que dispõe os artigos 6º e 205 da Constituição Federal e aplicando-se analogicamente o artigo 35 da Lei Federal nº 9.250/95, que prevê a hipótese de o dependente estar cursando estabelecimento de ensino superior, restabelece-se e prorroga o pagamento da pensão por morte ao filho do segurado até que complete 24 anos de idade, se cursar ensino superior.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Juliana Amalia Garcez da Silva interpõe apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível de Dourados/MS, nos autos de ação para restabelecimento de pensão com pedido de antecipação dos efeitos da tutela proposta em desfavor da Agencia de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev/MS e Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e julgou improcedente a ação, condenando a apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios às procuradorias, estes fixados em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), distribuídos na proporção de 50% para cada contestante.

Sustenta a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, que possui responsabilidade solidária pelo pagamento da pensão da apelante é solidária, pois a Ageprev/MS está vinculada à Secretaria de Estado de Administração.

Alega que o fato de estar cursando o ensino superior, legitima a continuidade do pagamento da pensão até que complete 25 anos de idade, ou 24 anos, quando encerra o curso superior.

Assim, requer seja dado provimento ao recurso, para declarar a legitimidade passiva do Estado e julgar procedente a ação, concedendo à apelante o direito de receber pensão até que complete 25 anos de idade, invertendo-se o ônus da sucumbência, com condenação à verba honorária, de acordo com o artigo 20, § 3º e 4º do CPC.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contrarrazões à f. 244/259, alegando que não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, tampouco responsável solidário pelo pagamento da pensão, pois a Ageprev é autarquia estadual, criada por lei, com a finalidade precípua de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado, possuindo personalidade de direito público com autonomia financeira e administrativa.

Quanto ao mérito, afirma que, nos termos do artigo 6º da Lei Estadual nº 2.207/00 e artigos 13 e 15 da Lei Estadual nº 3.150/05, o filho perde a condição de segurado ao completar 18 anos.

Afirma que o artigo 5º da Lei Federal 9.717/98 e a Lei Federal nº 8.213/91, não contemplam a hipótese de pensão para filho até 25 anos que esteja freqüentando curso superior.

A Ageprev apresentou contrarrazões à f. 260/285, requerendo seja mantida a sentença e, caso não seja esse o entendimento, a reforma para pagamento de pensão até os 21 anos da apelante, nos termos da Súmula 37 da Uniformização das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais e da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça.

Os litisconsortes necessários, intimados à f. 242, não apresentaram contrarrazões (f. 288).

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Juliana Amalia Garcez da Silva em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível de Dourados/MS, nos autos de Ação Ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela proposta em desfavor da Agencia de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev/MS e Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e julgou improcedente a ação, condenando a apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios às procuradorias, estes fixados em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), distribuídos na proporção de 50% para cada contestante.

Da legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nos termos do artigo 1º da Lei Estadual 3.545/08, que criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, esta, apesar de ser dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, é vinculada à Secretaria de Estado e Administração, conforme verifica-se:

> *"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:(...)".*

E, de acordo com o inciso I, do artigo 13, da Lei Estadual n. 2.152/2000, conforme verifica-se:

> *"Art. 13. À Secretaria de Estado de Administração compete:*
>
> *I - a concepção de políticas e diretrizes relativas à classificação de cargos, à organização de carreiras, à remuneração e à seguridade social e benefícios dos servidores da administração direta, autarquias e fundações e das empresas públicas dependentes;"*

Hely Lopes Meirelles[1] conceitua autarquia como sendo:

> *"Entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. (...) Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, (...). A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada".*

Assim, a Ageprev compõe a Administração Direta e não possui personalidade jurídica própria, cabendo ao Estado de Mato Grosso do Sul a responsabilidade pelo repasse dos valores referentes às pensões por morte dos servidores público, de modo que resta legítima sua inclusão no polo passivo da ação.

Esse é o entendimento dos Desembargadores deste Tribunal de Justiça.

> *"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - LIMITE DE IDADE 18 ANOS - DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADA - AGEPREV - VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS - SEGURANÇA CONCEDIDA. A AGEPREV tem como finalidade apenas administrar o Regime Próprio de Previdência Social de Mato Grosso do Sul. Observado o caráter amparador inerente à pensão por morte e o direito social à educação, de observância obrigatória pelo ente público, decorre imperativa a prorrogação do benefício até que a dependente do servidor falecido complete 24 anos, aplicando-se, por analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a previsão contida na Lei Federal n.92509/95, de forma a suprir a omissão do regramento estadual e priorizar o Princípio da Supremacia da Constituição e da Interpretação conforme a Constituição."* (1406585-88.2014.8.12.0000 Mandado de Segurança Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 1ª Seção Cível Data do julgamento: 04/08/2014).

> *"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO-PENSÃO POR MORTE-PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO AFASTADA - FILHA MAIOR E INVÁLIDA - INVALIDEZ PREEXISTENTE À DATA DO ÓBITO DO SEGURADO - COMPROVAÇÃO PELA JUNTADA DE LAUDOS PSIQUIÁTRICOS, DECLARAÇÃO DE INTERNAÇÃO E SENTENÇA DE INTERDIÇÃO - INCAPACIDADE DE EXERCER ATIVIDADE REMUNERADA DEMONSTRADA - SEGURANÇA CONCEDIDA."* (4004704-27.2013.8.12.0000 Mandado de Segurança Relator(a): Des. Atapoã da Costa Feliz Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Seção Cível Data do julgamento: 14/04/2014).

> *"EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE - AGEPREV E ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - LEGITIMIDADE*

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35. ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2009. Pg. 347.

> *PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO - PENSÃO POR MORTE - RECURSO REPETITIVO - STJ - CONCESSÃO - LEI VIGENTE NA DATA DO ÓBITO - REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - 21 ANOS - DATA LIMITE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Segundo consta das disposições da Lei 3.545/08, que criou a Ageprev, a competência para rever o ato objurgado, acatar a decisão judicial e atender à pretensão da parte autora é da Secretária de Estado de Administração, nos termos, ainda, do que dispõe o artigo 13 da Lei 2.152/2000. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 12 de junho de 2013, julgou Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Resp n. 1.369.832-SP), e, a partir de então, não há mais espaço para entendimento contrário ao já externado pela Súmula n. 340/STJ, ou seja, "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado" O Regime Geral de Previdência Social, em seu art. 16, inciso I, prevê que: "Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;" O pagamento de pensão por morte ao menor beneficiário cessa quando este completa 21 (vinte e um) anos e não for inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária. Recurso conhecido e parcialmente provido."* (4004535-40.2013.8.12.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva Comarca: Bataguassu Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data do julgamento: 28/11/2013).

> *"EMENTA- MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E CARÊNCIA DA AÇÃO - AFASTADAS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - REJEITADA - MÉRITO - LIMITE DE IDADE - DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR - VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS - SEGURANÇA CONCEDIDA. A AGEPREV, assim como a Secretaria de Estado de Administração, possui apenas poderes de administração e gestão dos valores repassados pelo ente estatal, sendo imperiosa a integração da lide pelo Estado. A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 6º, garante como direito social de todo cidadão, o acesso à educação. Deve-se aplicar analogicamente os dispositivos da Lei Federal n. 9.250/95 que prescreve o limite de 24 anos para a perda da qualidade de dependente quando este estiver cursando ensino superior. A idade limite de 24 anos é estabelecida como uma média razoável para que o jovem dependente tenha condições de concluir o ensino superior e esteja em condições favoráveis de competir no mercado de trabalho"* (0014876-33.2012.8.12.0000 Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues Órgão julgador: 3ª Seção Cível Data do julgamento: 21/01/2013).

Da prorrogação do benefício de pensão por morte até que o dependente complete 24 anos.

Dispondo sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, a Lei Federal nº 9.717/98 em seu artigo 5º estabelece:

> *"Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal* ***não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991****, salvo disposição em contrário da Constituição Federal." (negritei).*

Por sua vez, o inciso I, do artigo 16, da Lei Federal nº 8.213/91 dispõe:

> *"Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:*

> *I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o* ***filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos*** *ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;" (negritei).*

A Lei Estadual nº 1.102/90, referente ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, preconiza:

> *"Art. 213. Acarretará perda da qualidade de beneficiário:*
>
> *(...)*
>
> *IV - a maioridade de filho, irmão, órfão ou pessoa designada, aos* ***vinte e um anos de idade;"***

Por outro lado, a previsão do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV, instituído pela Lei Estadual nº 2.207/00, alterada pela Lei Estadual nº 2.590, de 26/12/2002, é da seguinte forma:

> *"Art. 6º São beneficiários do regime de previdência social de que trata esta Lei, na condição de dependentes do segurado:(...)*
>
> *II - os filhos solteiros,* ***menores de dezoito anos*** *ou inválidos;" (negritei). No mesmo sentido é a Lei Estadual nº 3.150, em 22 de dezembro de 2005, que consolidou e atualizou a Lei n° 2.207, de 29 de dezembro de 2000.*

Vejamos:

> *"Art. 15. A perda da qualidade de dependente ocorre: (...) III - para o filho e o irmão, de qualquer condição,* ***ao completarem dezoito anos de idade****, salvo se inválido ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior;" (negritei).*

Por fim, a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça preleciona o seguinte: *"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".*

Pois bem.

No caso dos autos, a apelante nasceu em 28/05/1995 (f. 17), possuindo hoje, 19 anos de idade.

O óbito de seu genitor ocorreu em 09/12/2004, conforme certidão de f. 20, durante, pois, a vigência da Lei Estadual nº 2.207/00, já alterada pela Lei Estadual nº 2.590, de 26/12/2002, e consolidada pela Lei Estadual 3.150/05, as quais prevêem o encerramento de benefício aos 18 anos de idade do filho do segurado.

Diante disso, recebeu pensão alimentícia até o dia 28/05/2013, quando completou 18 anos e, tendo requerido administrativamente a continuidade do benefício, lhe foi negado nos termos do artigo 13, I, da Lei Estadual 3.150/2005.

Ocorre que o teor do artigo 5º da Lei Federal nº 9.717/98, os regimes próprios dos servidores públicos dos Estado não poderão conceder benefícios distintos dos previstos na Lei nº 8.213/91, que prevê o pagamento de benefício previdenciário até o limite de 21 anos de idade, independente de cursar nível superior ou escola técnica.

Por seu turno a Constituição Federal em seus artigos 6º e 205 prevê a educação como direito social de todos, estabelecendo que:

> *"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*
>
> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*

Neste sentido os ensinamentos de José Afonso da Silva[2]:

> *"A norma – assim explicitada: 'A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, (...)' (art. 205; v. também art. 227) – significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição sobre educação e ensino hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização(...)"*

Assim, dando cumprimento ao que dispõe a Constituição Federal sobre educação, à hipótese dos autos é aplicável, por analogia o § 1º do artigo 35 da Lei Federal 9.250/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas, considera como dependente, para fins de dedução do imposto de renda, o filho (a) até 24 anos de idade, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.

Confira-se:

> *"Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:*
>
> *(...)*
>
> *III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;(...)*
>
> *V - o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;(...)*
>
> ***§ 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.*** *(negritei).*

Destaco que a decisão do Superior Tribunal de Justiça no em Incidente de Recurso Repetitivo no REsp nº 1.369.832-SP, em que pese ter estabelecido, em síntese, que a pensão por morte deve-se aos filhos menores de 21 anos, aplicando-se o limite da Lei Federal 8.213/91, não analisou a questão sob o enfoque trazido nesta decisão, qual seja, aplicação analógica da Lei Federal nº 9.250/95 em consonância com o que dispõe a Constituição Federal sobre a educação.

2 DA SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição.** 5 ed. São Paulo. Melheiros. 2009. Pg. 184.

Também não se desconhece a decisão do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no MS 4012453-95.2013.8.12.0000 – Relator Des. Divoncir Schreiner Maran, em 20/08/2014, que procederam revisão de posicionamento, aplicando a Lei Federal nº 8.213/91, resguardando a percepção de pensão previdenciária por morte, até que o dependente complete 21 anos de idade, embora o voto vista lançado pelo Desembargador Sideni Soncini Pimentel, 3º Vogal, tenha concedido o benefício até os 24 anos, sendo acompanhado pelo 1º, 4º, 7º e 8º, respectivamente os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Dorival Renato Pavan, Claudionor Miguel Abss Duarte e Oswaldo Rodrigues de Melo. Confira-se:

> *"Frise-se que os artigos 4º e 8º fazem referência aos dependentes para fins de dedução do imposto de renda. Ora, se o maior de até 24 anos, desde que dependente economicamente e cursando nível superior, pode ser deduzido para fins de abatimento do imposto de seu genitor ou responsável legal, o que, aliás, constitui em benefício ao contribuinte, atentaria contra a lógica negar ao filho de até 24 anos que cursa nível superior o benefício da continuidade do recebimento de pensão por morte, pois, se vivo estivesse seu genitor, estaria este aferindo o abatimento de valores em razão dessa mesma dependência econômica.(...)*
>
> *Daí que, estando a impetrante a cursar nível superior, mostra-se razoável garantir a continuidade do pagamento da pensão por morte, mesmo já tendo completado 18 anos, uma vez que desta forma estar-se-ia dando cumprimento ao que dispõe o art. 205 da CF, e, por analogia, o disposto no art. 35 da Lei 9.250/95, sem que com isso possa se falar em ofensa a Lei Estadual, já que a extensão do benefício deve-se à manutenção da sua condição de dependência econômica. Ademais, não se pode olvidar que uma vez completado os estudos, estará a autora apta a competir no mercado de trabalho, cada vez mais exigente, o que certamente lhe assegurará uma vida mais digna (art. 1º, III, da CF).*

Após a revisão do posicionamento, antes mencionado resguardam o direito do recebimento de pensão por morte ao estudante de curso superior até que complete 24 anos de idade, os julgados abaixo:

> *"EMENTA - AGRAVO INTERNO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - ENSINO SUPERIOR - POSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS - RETORNO DOS AUTOS PARA REAPRECIAÇÃO - ART. 543-C, § 7º, INCISO I, DO CPC - JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. Tendo em vista que os fundamentos utilizados na decisão monocrática, mantida por esta Câmara, de aplicação analógica da Lei Federal 9.250/95 e observância aos artigos 6º e 205 da Constituição Federal, não foram objeto de análise no Recurso Especial paradigma 1.369.832/SP, não há de ser exercido o juízo de retratação."* (0060598-24.2011.8.12.0001 Agravo Regimental Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 09/09/2014).
>
> *"EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PREVIDENCIÁRIO. MSPREV. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. EX-POLICIAL MILITAR ESTADUAL. DEPENDENTE QUE COMPLETOU 21 ANOS E ESTÁ CURSANDO ENSINO SUPERIOR. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO QUE IMPOSSIBILITA O PRÓPRIO SUSTENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESÃO DA TUTELA ANTECIPADA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. RECURSO PROVIDO. Para a concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela é necessária a comprovação dos requisitos da plausibilidade do direito alegado e perigo na demora do provimento jurisdicional não surtir efeito, caso seja concedido somente ao final. A plausibilidade do direito reside no fato do ordenamento jurídico estabelecer, em diversas situações, v.g. art. 35, § 1º, da Lei 9.250/95 (IRPF), art. 7º, inciso I, alínea 'd', da Lei n. 3.765/60 (Pensões Militares), arts. 6º e 205 e ss., da Constituição Federal, a proteção do dependente econômico até a conclusão de seus estudos. O risco de ineficácia do provimento está consubstanciado no fato da agravante, dependente econômica, deixar de*

dar continuidade aos seus estudos, enquanto pendente a lide" (1410071-81.2014.8.12.0000 Agravo de Instrumento Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data do julgamento: 16/09/2014).

Diante do exposto, com fulcro no § 1º do art. 35 da Lei nº 9.250/95, c/c os artigos 6º e 205 da Constituição Federal, conheço do recurso e lhe dou provimento para, alterando a sentença, reconhecer a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e restabelecer o pagamento do benefício de pensão por morte, prorrogando-o até que a requerente, dependente do servidor falecido complete 24 anos de idade, se cursando nível superior.

Nos termos do § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, fixo os honorários advocatícios em R$ 5.000,00, e, ante o provimento do recurso de apelação, condeno os apelados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0810584-32.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – TERMO DE PENHORA POSTERIOR AO REGISTRO DE ALIENAÇÃO DO BEM – SÚMULA 375 DO STJ – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos da Súmula 375 do STJ, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de novembro de 2014.

Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Cristina Maria Cerbino Silva e Silva interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Marcelo Andrade Campos Silva, Juiz da 16ª Vara Cível desta Capital, que julgou procedente os embargos de terceiros opostos por Omilton Jacob Silva e liberou a constrição no imóvel matriculado sob o n. 263 no CRI 1º Ofício de Bonito/MS.

Nas razões do recurso, arguiu ausência de representação do embargante/apelado pelo advogado peticionante, ao argumento de que a procuração de f. 18 não possui outorga de poderes e o prazo para regularização é preclusivo, passado tal prazo a ação deve ser considerada inexistente. Requer, portanto, o acolhimento da preliminar de irregularidade da representação processual.

Aduz que tenta há 15 anos receber seus direitos confirmados em sentença com trânsito em julgado no ano de 2000 (autos n. 0005378-66.1996.8.12.0001) e, em cumprimento de sentença, tentou por diversas formas e vezes localizar bens passíveis para a satisfação do crédito, sem obter êxito. Quando foi localizado bem para solver o crédito requereu a penhora ora deferida pelo juízo monocrático, mas que após a publicação da penhora no Diário da Justiça, o executado efetuou negócio jurídico fraudulento e tornando-se insolvente.

Assevera a fraude à execução do negócio jurídico realizado pelo executado Alberto Jorge Rondon Oliveira e Omilton Jacob Silva, foi constatada através de decisão proferida por este TJMS, no agravo de instrumento n. 2011.027036-4 proposto em face de decisão exarada nos autos de execução de sentença n. 0005378-66.1996.8.12.0001, sendo mantida a penhora.

Contudo em dia anterior à realização do segundo pregão o embargante/apelado opôs embargos de terceiro, alegando ser terceiro de boa-fé, com o objetivo de desconstituir a constrição no bem e rediscutir à fraude à execução já reconhecida no agravo de instrumento acima indicado. Os embargos foram julgados procedentes.

Sustenta que os efeitos do reconhecimento de fraude à execução não podem ser modificados, em razão do trânsito em julgado, requerendo a reforma da sentença, para que seja mantida a constrição sobre o imóvel com matrícula de n. 263 no CRI 1º Ofício de Bonito/MS.

Contrarrazões à f. 292-307.

VOTO

O Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Tratar-se de recurso de apelação interposto por Cristina Maria Cerbino Silva e Silva, em face da sentença proferida pelo Juiz da 16ª Vara Cível desta Capital, que julgou procedente os embargos de terceiros opostos por Omilton Jacob Silva e liberou a constrição no imóvel matriculado sob o n. 263 no CRI 1º Ofício de Bonito/MS.

Confira-se:

> *"Inicialmente, afasto a preliminar de irregularidade da representação processual alegada pela EMBARGADA, eis que esta se encontra sanada pelo documento de fl. 240.*
>
> *Rejeito, também, a preliminar de inadequação da via eleita, posto que os presentes versam acerca de desconstituição de penhora determinada por este juízo que, nos termos do artigo 1.049, do Código de Processo Civil, possui competência para julgá-los.*
>
> *No mérito, a solução do litígio depende da análise quanto à configuração ou não de fraude à execução, com a ressalva de que a decisão proferida na execução apensa não produz efeitos perante o EMBARGANTE, que não é parte daquele processo.*
>
> *O artigo 593 do Código de Processo Civil prevê três situações de fraude à execução, por alienação ou oneração de bens:*
>
> *"Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:*
>
> *I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;*
>
> *II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;*
>
> *III – nos demais casos expressos em lei."*
>
> *A situação prevista no inciso I ocorre quando o adquirente do bem tenha conhecimento da existência da ação, o que se constata com a averbação desta na matrícula do imóvel, ou ainda se o exequente provar que o comprador já tinha ciência dessa demanda.*
>
> *O inciso II contempla situação mais complexa, pois exige, além do conhecimento de demanda judicial por parte do adquirente, que a alienação ou oneração de bens seja hábil a deixar o devedor insolvente.*

Por sua vez, o inciso III cuida de situação de fraude atrelada à disciplina de outro diploma normativo, como ocorre na hipótese prevista no artigo 185, caput, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa."

Nesse ponto, cabe registrar que a execução apensa está fundada nas normas disciplinadas no Código de Processo Civil, o que impede a configuração de fraude à execução no caso em tela com base nessa última situação.

A par das hipóteses legais, a jurisprudência atual, firmada na Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, exige o registro da penhora do bem alienado ou a prova da má-fé do terceiro adquirente.

Nesse quadro, afora a situação prevista no inciso III do artigo 593 do CPC (a qual, como visto, não se aplica aqui), observa-se que, tanto pelas demais hipóteses legais quanto pelo entendimento jurisprudencial dominante, a ciência da execução pelo adquirente afigura-se como requisito imprescindível para caracterizar a fraude à execução.

Nesse passo, havendo ação pendente e sua averbação no registro de imóveis, há presunção absoluta quanto ao conhecimento do adquirente sobre a existência dessa demanda, conforme dispõe o artigo 615-A, caput e § 3º, do CPC:

"Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (artigo 593)."

De igual modo, sendo penhorado o bem e procedida a devida averbação no ofício imobiliário, a presunção de conhecimento por terceiro acerca da execução tem caráter absoluto, como prevê o §4º do artigo 659 do CPC:

"Art. 659. (...)

§ 4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, §4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial."

Portanto, no caso de alienação do bem após a averbação da certidão comprobatória da existência da execução ou da penhora junto ao cartório imobiliário, revela-se tranquila a tipificação da fraude à execução.

Por outro lado, também é possível o reconhecimento dessa fraude quando o ofício imobiliário não foi informado a respeito da existência da ação, mas ainda sim torna-se necessário que o adquirente do bem tenha conhecimento da execução pendente.

Nessas circunstâncias, diversamente do que ocorre quando há prévia averbação imobiliária, deve-se prestigiar a boa-fé do terceiro adquirente, pois aqui não se mostra suficiente a publicidade gerada pela instauração de demanda judicial.

Com efeito, sem anotação no ofício imobiliário, a obrigação de conhecer ação judicial envolvendo o bem negociado ou seu alienante não pode ser atribuída ao adquirente, até porque isso demandaria o acesso a certidões negativas dos cartórios distribuidores espalhados pelo país inteiro, o que não se mostra razoável.

Dessa forma, ante a inexistência de informação no registro de imóveis, presume-se lícita a aquisição do bem pelo terceiro, de modo a preservar a segurança nos negócios jurídicos e a confiança nos registros públicos.

Por tais razões, constitui tarefa do exequente demonstrar que, quando da aquisição do bem, o comprador sabia da existência da ação, pois, do contrário, deve ser protegida a boa-fé do terceiro adquirente.

Com base nessas considerações, entendo que a pretensão do EMBARGANTE merece ser tutelada. Explico.

Em 29/10/1991, o EMBARGANTE negociou o imóvel em questão com Alberto Jorde Rondon de Oliveira e Regina Maria Barbosa de Oliveira, sendo o primeito parte passiva na execução apensa (fls. 22/24).

Ou seja, a negociação do imóvel objeto dos presentes ocorreu cinco anos antes do ajuizamento dos autos principais (fl. 04, autos n.º 001.96.005378-2).

Registre-se que o negócio se deu por meio de escritura pública de compra e venda que, devido sua própria natureza, é dotada de fé pública e, portanto, presume-se verdadeira.

Neste ponto, mostra-se irrelevante a declaração negativa posta no referido instrumento, mormente por ter sido emanada pelo executado, ora vendedor.

Além disto, os pedidos constantes da ação regressiva ajuizada pelo EMBARGANTE em face do executado, em 01/08/2013, foram julgados procedentes pelo juízo da 12ª Vara Cível desta capital, se encontrando atualmente em grau de recurso, conforme consulta realizada por este magistrado junto ao SAJ.

Outrossim, mostra-se equivocada a alegação de que o EMBARGANTE estaria contribuindo para a ocultação do executado, posto que, em se tratando de negócio firmado por meio de escritura pública de compra e venda, torna-se desnecessária a presença do vendedor junto ao CRI para realizar a transferência da propriedade, nos termos do artigo 146 e seguintes, da Lei n.º 6.015 de 1973.

Ademais, infere-se que o negócio entabulado entre o EMBARGANTE e o executado compreende apenas parte da fazenda Santa Luzia (fls. 22/25), o que afasta a tese inerente à falsidade do endereço constante da ação regressiva.

Outrossim, ainda que se considerasse que a aquisição tivesse ocorrido à época em que a execução apensa já estivesse tramitando, não há prova hábil que indique que o EMBARGANTE soubesse da existência dessa ação, até porque não havia no ofício imobiliário registro nesse sentido.

Em vista desses dados, tem-se que o EMBARGANTE adquiriu o imóvel objeto dos presentes no ano de 1991, recaindo sobre o EMBARGADO o ônus de provar o contrário.

Todavia, a própria EMBARGADA não manifestou interesse em produzir provas, limitando-se sua defesa ao campo das alegações (fls. 244/245).

Nesse contexto, a conclusão a que se chega é que a EMBARGANTE adquiriu o bem com absoluta boa-fé, o que afasta a configuração de fraude à execução nesse caso.

Por outro lado, na execução apensa foi reconhecida a ineficácia da venda do bem ao EMBARGANTE, possibilitando a constrição e o correspondente registro na matrícula do imóvel.

Contudo, cabe pontuar que essa ineficácia declarada em outra ação judicial não tem efeito erga omnes, até porque não se trata de nulidade e nem de anulabilidade, beneficiando apenas o credor da execução onde reconhecido o ato fraudulento.

Dessa forma, a alienação mostra-se perfeita e eficaz em relação a qualquer outra pessoa, produzindo efeitos jurídicos até mesmo entre as partes que dela participaram.

Nesse sentido, ensina Marinoni:

"Caracterizada a fraude à execução, o ato praticado – embora válido e eficaz entre as partes que o celebraram – não surte qualquer efeito em relação à execução movida, podendo o bem ser penhorado normalmente. É como se, para a execução, a alienação ou a oneração do bem não tivesse ocorrido. (Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil v. 3 – Execução, 2007, p. 262.)"

Nessa esteira, mesmo sendo declarada a ineficácia do aludido negócio jurídico na execução apensa, o EMBARGANTE não poderia ser prejudicado por essa decisão, sobretudo porque quando celebrou a compra e venda não havia na matrícula do imóvel anotação a respeito da demanda em comento.

Sendo assim, a procedência dos presentes embargos é medida que se impõe, de modo a liberar o imóvel em litígio da constrição judicial efetuada na execução apensa.

ISTO POSTO, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar procedente o pedido inicial, para os fins de liberar de constrição o imóvel matriculado sob o n. 263 no CRI 1º Ofício da Comarca de Bonito – MS. Condeno a EMBARGADO ao pagamento integral das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que seguem fixados por equidade em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil."

No que se refere à falta de representação alegada pela agravante não há falar-se em nulidade do feito, uma vez sanada à f. 240.

Tenho que não merece reforma a bem lançada sentença recorrida.

Inicialmente, ressalte-se que a fraude à execução reconhecida na ação de execução n. 0005378-66.1996.8.12.0001, apenso ao presente feito, não faz coisa julgada a terceiro, como preceitua o art. 472 do Código Civil, confira-se:

"Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."

Da análise dos documentos acostados aos autos de execução n. 001.96.005378-2, verifica-se a intimação pelo Diário de Justiça do deferimento da penhora do bem apresentado pela exequente/apelante, em 12/6/2008 (f. 235-v), sendo expedido o termo de penhora da propriedade, em 3/7/2008 (f. 236).

A alienação da propriedade ao embargante/apelado Omilton Jacob Silva, restou registrada em 27/6/2008 (f. 32), após a publicação do deferimento da penhora do bem de matrícula n. 263 no CRI de Bonito/MS e pouco antes da expedição do termo de penhora do bem em comento.

Não obstante referido registro, ter sido efetuado em data próxima ao do termo de penhora (27/6/2008), depreende-se dos embargos de terceiro que Omilton Jacob Silva, de fato firmou a compra do imóvel executado Alberto Jorge Rondon de Oliveira, em 29/10/1991, como comprova com a cópia da escritura pública de compra e venda do imóvel realizada em 29/10/1991 (f. 22-25), contudo o registro da venda não foi realizado à época, em razão da existência de hipoteca e penhora junto ao Banco Sudameris o bem estava na iminência de ser leiloado em hasta pública, motivo pelo qual quitou os débitos no valor de R$ 200.000,00 para que pudesse registrar o bem adquirido e ajuizou ação regressiva (autos n. 0017131-29.2010.8.12.0001).

A ação foi julgada procedente, condenando os requeridos Alberto Jorge Rondon de Oliveira, Regina Maria Barbosa de Oliveira, espólio de Yone Rondon de Oliveira, Marco Antônio Rondon de Oliveira e Jane Mascarenhas de Oliveira, ao pagamento dos débitos quitados por Omilton Jacob da Silva. O processo encontra-se em grau de recurso, concluso ao Relator, Des. Sérgio Martins, desde 20/03/2014 (autos n. 0017131-29.2010.8.12.0001).

Diante da referida documentação juntada aos autos restam comprovadas as alegações do embargante/apelado de que o imóvel foi adquirido de boa-fé em momento anterior (1991), cinco anos antes, ao ajuizamento da ação de execução (1996).

O termo de penhora foi expedido em data posterior ao registro de alienação do bem, neste sentido a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe: *"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova* ***de má-fé*** *do terceiro adquirente."*

Dessa forma, apesar da irresignação da embargada/apelante, fato é que a caracterização de má-fé deve ser comprovada, o que não ocorreu no caso em questão.

Assim, não desincumbindo a apelante em fazer prova de suas alegações, mantenho a sentença proferida em primeiro.

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 04 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0046574-25.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO – AÇÃO MONITÓRIA – COBRANÇA DE CHEQUE DEVOLVIDO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS – TERMO INICIAL PARA OS JUROS DE MORA – DATA DA DEVOLUÇÃO DO TÍTULO SEM A DEVIDA COMPENSAÇÃO – MORA EX RE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão que, de plano, negou seguimento ao recurso de apelação, determinando a incidência dos juros de mora desde a data da devolução do cheque sem a devida compensação.

O vencimento de um título de crédito sem o respectivo pagamento constitui em mora o devedor, tratando-se da denominada mora *ex re* que justifica a incidência dos juros moratórios desde então.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Luis Fernando de Britto Moreira Costa e Wanessa da Fonseca Costa, irresignados com a decisão desse relator que, de plano, negou seguimento ao recurso de apelação manejado em face de Associação Beneficente de Campo Grande, interpõem recurso de agravo regimental.

Sustentam, em síntese, que o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os juros de mora, em ação monitória de cheque prescrito, deve incidir a partir da citação válida.

Relatam que somente a citação válida constitui o devedor em mora e interrompe a prescrição.

Ao final, pugnam pela reconsideração da decisão agravada, dando provimento ao recurso de apelação e fixando o termo inicial para a incidência dos juros de mora na data da citação válida.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Luis Fernando de Britto Moreira Costa e Wanessa da Fonseca Costa, irresignados com a decisão desse relator que, de plano, negou seguimento ao recurso de apelação manejado em face de Associação Beneficente de Campo Grande, interpõem recurso de agravo regimental.

Sustentam, em síntese, que o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os juros de mora, em ação monitória de cheque prescrito, deve incidir a partir da citação válida.

Relatam que somente a citação válida constitui o devedor em mora e interrompe a prescrição.

Ao final, pugnam pela reconsideração da decisão agravada, dando provimento ao recurso de apelação e fixando o termo inicial para a incidência dos juros de mora na data da citação válida.

Conforme restou consignado na decisão recorrida, o termo inicial para a incidência de juros de mora na ação monitória de cheque prescrito é a data da devolução do título por insuficiência de crédito para sua compensação.

Inicialmente, faz-se mister transcrever a decisão ora agravada, a qual foi proferida nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *A hipótese em exame dispensa a análise do Órgão Colegiado, por questão de economia processual, haja vista que o artigo 557, caput, do CPC, permite que o relator, de plano, negue seguimento ao recurso que for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.*
>
> *A vexata quaestio posta em discussão cinge-se em saber qual o termo inicial para a incidência dos juros de mora em ação monitória lastreada em cheque prescrito.*
>
> *Como é cediço, o procedimento monitório encontra-se disciplinado nos artigos 1.102a e seguintes do CPC. É possível que o autor reclame, pela via monitória, o pagamento de determinada quantia de dinheiro, estando legitimado a propô-la aquele que se intitule credor, devendo figurar como ré a pessoa à qual se atribua a condição de devedora.*
>
> *Conforme se infere das razões recursais, os recorrentes pretendem a fixação do dies a quo para a cobrança dos juros na data da citação válida, a qual foi realizada por edital (f. 130), sendo que o magistrado de primeira instância determinou sua incidência desde a data da devolução do título (25.06.2007 – f. 13).*
>
> *Sobre a mora, o artigo 394, do Código Civil é translúcido ao discriminar que o devedor estará moroso quando, por culpa sua, deixar de cumprir a obrigação no tempo, lugar e forma convencionados, respondendo pelos prejuízos a que der causa, mais juros e correção monetária, conforme inteligência do artigo 395, do Código Civil.*
>
> *Referida mora ex re encontra-se disposta no Código Civil, como se vê:*
>
> *"Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor".*

Assim, existindo estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação e não havendo o adimplemento na data avençada, estará o devedor em mora.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que, nestes casos, "o só fato do inadimplemento constitui o devedor, automaticamente em mora. Para tanto é preciso que a obrigação seja positiva, líquida e com termo certo de vencimento" (Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 397).

In casu, cuidando-se de dívida oriunda de cheque não compensado, configurar-se-á a mora da recorrente a partir da primeira apresentação das cártulas ao sacado, seguida da posterior devolução do título por falta ou insuficiência de fundos, uma vez que os cheques constituem uma ordem de pagamento à vista e obrigação positiva e líquida.

Conclui-se que, a partir da data da devolução do título emitido pelos recorrentes, estes foram automaticamente constituídos em mora em relação às obrigações oriundas do cheque, razão pela qual os juros de mora são devidos desde a respectiva devolução.

Nesse sentido, confira-se precedentes deste Tribunal, de minha relatoria:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – COBRANÇA DE CHEQUES PRESCRITOS – CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO VENCIMENTO DO TÍTULO (DATA DA EMISSÃO) – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – DATA DA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO NO BANCO SACADO SEM A RESPECTIVA COMPENSAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

- A correção monetária serve apenas para a recomposição do valor da moeda corroída pela inflação, razão pela qual é devida desde o vencimento do título de crédito.

- O termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da apresentação do título ao banco sacado sem a sua respectiva compensação, haja vista que somente nesta oportunidade o devedor é constituído em mora" (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2007.034614-1/0000-00 - Três Lagoas. - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 28.1.2008).

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CHEQUES NÃO COMPENSADOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DA EMISSÃO DO TÍTULO – JUROS DE MORA – OBRIGAÇÃO CONSTITUÍDA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL – APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 1% PREVISTO NO ARTIGO 406 DO DIPLOMA CIVILISTA – TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DOS JUROS – MORA AUTOMÁTICA QUE INDEPENDE DE INTERPELAÇÃO PELO CREDOR – MORA CONFIGURADA A PARTIR DA DATA DA PRIMEIRA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO NO BANCO SACADO SEM A RESPECTIVA COMPENSAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO" (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2006.012363-6/0000-00 - Campo Grande. - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 28.8.2006).

(...)

Ante o exposto, com supedâneo no artigo 557, caput, do CPC, de plano, por ser manifestamente improcedente, nego seguimento ao recurso.

(...)".

No mérito, conforme ficou consignado na decisão recorrida, a incidência dos juros de mora é devida a partir da devolução do título de crédito sem compensação por insuficiência de fundos.

Isto porque o artigo 397, do CC impõe que a estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação dispensa que o credor utilize qualquer medida para a constituição em mora do devedor. Assim, o simples inadimplemento de um título de crédito constitui em mora o devedor, passando a incidir, a partir de então, os consectários legais.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo regimental 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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800915-52.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRECLUSÃO – MÉRITO – BENFEITORIAS – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333, DO CPC – INDENIZAÇÃO POR USO DO IMÓVEL – DEVIDA – VALOR DO ALUGUEL – APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Em conformidade com o disposto no artigo 471, do CPC, as questões discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores.

Nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, é da parte-autora o ônus da prova com relação ao fato constitutivo de seu direito, e à parte-ré, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na petição inicial.

É possível o pagamento de indenização por lucros cessantes pelo uso do bem quando comprovada a posse injusta do imóvel por certo período, sob pena de enriquecimento ilícito.

Cabível que o percentual a ser devolvido seja apurado em liquidação, sobretudo porque a liquidação tem por função gerar uma decisão declaratória do *quantum debeatur*, respeitados os limites definidos na sentença meritória do processo de conhecimento.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Andréa Medeiros Pache, contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de indenização por benfeitorias com pedido liminar proposta em face de Maria de Lourdes Araújo Moreira, Apparecido Moreira, bem como parcialmente procedentes os pedidos formulados por estes, em reconvenção.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 419-438), argui preliminar de cerceamento do direito defesa, uma vez que indispensável a realização da perícia técnica requerida e deferida pelo juízo.

Menciona que *"o próprio juízo entendeu pela necessidade da prova pericial, contudo, de forma contraditória suprimiu a perícia dos autos, ao que parece por um grave equívoco."*

No mérito, destaca que todas as notas fiscais e recibos apresentados nos autos tratam-se de prova das benfeitorias indenizáveis realizadas pela autora no imóvel, destinadas à conservação do bem para evitar o seu perecimento.

Sustenta que não deve prevalecer a condenação, em sede de reconvenção, ao pagamento de indenização por lucros cessantes, *"primeiro porque não há que se falar em posse precária e injusta do imóvel em período algum, e em segundo, porque o valor atribuído como suposto valor de aluguel dos meses compreendidos como de pose precária e injusta, ou seja, de 30/05/2012 a 13/02/2013, não tem substância legal. Não condizem com a realidade dos valores praticados pelo mercado imobiliário local e não se funda em avaliação técnica, mas ao contrário, em valor atribuído aleatoriamente pelos Apelados à sua oportunidade e conveniência."*

Alega que o direito de retenção do imóvel por benfeitorias nasceu da realização destas e não da decisão judicial que lhe reconheceu tal direito.

Ressalta que presentes os requisitos de possuidor/detentor da coisa, boa-fé e benfeitorias, é possível reter o imóvel, usando e gozando de suas vantagens.

Aduz que não há justificativa plausível para valoração do aluguel do imóvel, não havendo provas que concedam guarida aos valores apresentados pelos apelados, por haver evidente discrepância com os valores praticados pelo mercado imobiliário local.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do apelo para acolher a preliminar suscitada, decretando a nulidade do processo. No mérito, pede a reforma da sentença para julgar totalmente procedentes os pedidos de indenização por benfeitorias e improcedentes os pedidos contidos na reconvenção.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso (f. 442-451).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Andréa Medeiros Pache, contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de indenização por benfeitorias com pedido liminar proposta em face de Maria de Lourdes Araújo Moreira, Apparecido Moreira, bem como parcialmente procedentes os pedidos formulados por estes, em reconvenção.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 419-438), argui preliminar de cerceamento do direito defesa, uma vez que indispensável a realização da perícia técnica requerida e deferida pelo juízo.

Menciona que *"o próprio juízo entendeu pela necessidade da prova pericial, contudo, de forma contraditória suprimiu a perícia dos autos, ao que parece por um grave equívoco."*

No mérito, destaca que todas as notas fiscais e recibos apresentados nos autos tratam-se de prova das benfeitorias indenizáveis realizadas pela autora no imóvel, destinadas à conservação do bem para evitar o seu perecimento.

Sustenta que não deve prevalecer a condenação, em sede de reconvenção, ao pagamento de indenização por lucros cessantes, *"primeiro porque não há que se falar em posse precária e injusta do imóvel em período algum, e em segundo, porque o valor atribuído como suposto valor de aluguel dos meses compreendidos como de posse precária e injusta, ou seja, de 30/05/2012 a 13/02/2013, não tem substância legal. Não condizem com a realidade dos valores praticados pelo mercado imobiliário local e não se funda em avaliação técnica, mas ao contrário, em valor atribuído aleatoriamente pelos Apelados à sua oportunidade e conveniência."*

Alega que o direito de retenção do imóvel por benfeitorias nasceu da realização destas e não da decisão judicial que lhe reconheceu tal direito.

Ressalta que presentes os requisitos de possuidor/detentor da coisa, boa-fé e benfeitorias, é possível reter o imóvel, usando e gozando de suas vantagens.

Aduz que não há justificativa plausível para valoração do aluguel do imóvel, não havendo provas que concedam guarida aos valores apresentados pelos apelados, por haver evidente discrepância com os valores praticados pelo mercado imobiliário local.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do apelo para acolher a preliminar suscitada, decretando a nulidade do processo. No mérito, pede a reforma da sentença para julgar totalmente procedentes os pedidos de indenização por benfeitorias e improcedentes os pedidos contidos na reconvenção.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso (f. 442-451).

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar de cerceamento do direito de defesa arguida nas razões do apelo interposto pela parte autora.

Da preliminar.

Da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

A recorrente afirma que foi cerceada em seu direito de defesa porque o juiz singular, embora tenha deferido o pedido de realização de perícia técnica no imóvel para apuração das benfeitorias realizadas, revogou a própria determinação.

Pois bem. Infere-se dos autos que na decisão de f. 129-135, o juiz *a quo* determinou a realização de perícia técnica para *"constatação, levantamento e avaliação de eventuais benfeitorias realizadas no imóvel"*, designando o dia 21/03/2013, às 17h, a realização da perícia, bem como conferiu ao perito o prazo de 30 (trinta) dias para a entrega do laudo (f. 163).

Entretanto, certificado nos autos que o perito e as partes não foram intimadas da perícia designada, em virtude da necessidade de intimação do *expert* para apresentação de proposta de honorários (f. 164), o magistrado *a quo* tornou sem efeito as determinações anteriores (contidas no despacho de f. 163) e determinou o cumprimento do que restou decidido anteriormente, com a intimação do perito e demais atos subsequentes (f. 165).

Assim, intimado o perito (f. 351), este apresentou proposta de honorários às f. 364-366, todavia, em ato posterior (f. 378), o juiz *a quo* designou audiência para o dia 07/11/2013, às f. 16h10, para eventual conciliação entre as partes, decidir sobre as questões preliminar e delimitar os pontos controvertidos.

Em audiência (f. 389-388), foi rejeitada pelas partes a proposta de conciliação, afastadas as questões preliminares e esclarecido que: *"Pelos patronos das partes foi requerida a prolação de sentença, uma vez que as provas necessárias já se encontram encartadas nos autos."*

Assim, em que pese o magistrado *a quo* ter deferido o pedido de produção de prova pericial, os patronos de ambas as partes requereram a prolação da sentença, desistindo, tacitamente, da realização da perícia.

Com isso, resta preclusa a discussão acerca da realização de perícia, porquanto a própria apelante, em audiência, pugnou pela prolação da sentença com base nas provas já produzidas nos autos.

Ora, em conformidade com o disposto no artigo 471, do CPC, as questões discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores.

Sendo o processo um desencadeamento de atos sucessivos, pode-se apresentar preclusão como sendo a perda da faculdade de praticar o ato. A preclusão tem dois sentidos, quais sejam, (a) objetivo, por ser um impedimento ao retrocesso, assegurando o impulso do processo avante, conferindo rigidez ao procedimento; e (b) subjetivo, ao ser considerada como a perda de um direito ou faculdade processual que impede o retrocesso dentro do processo. Nesse sentido, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio cruz Arenhart:

> *"Para que o processo possa seguir sempre adiante, é preciso que se criem mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou o retorno da fase e atos já praticados, evitando-se, com isso, contradições (entre os atos já praticados e outros a serem praticados) e círculos viciosos na tramitação processual.*
>
> *De outra parte, vários princípios processuais contribuem para que as partes se comportem no processo de forma a expor, integral e completamente, o conflito de interesses que desejam ver solucionado pela jurisdição (...) A impossibilidade de se retornar a fase e atos já praticados (como regra) tem também o escopo de impedir a má-fé processual, pois impede que as partes venham a surpreender uma a outra, justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados, prejudicando, com isso, a prova dos fatos, a concatenação das razões e das defesas.*
>
> *Por todos esses motivos, é necessário pensar em mecanismos que auxiliem o processo a sempre avançar, permitindo uma ordenação simplificada, coordenada e racional da atividade jurisdicional, possibilitando àquele atingir o mais rapidamente possível seus objetivos. Daí a importância do instituto da preclusão. É precisamente esse instituto que permite ao processo desenvolver-se adequadamente, dirigindo-se ao seu objetivo final, à sua conclusão".*[1]
>
> *Em conformidade, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça, in verbis:*
>
> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRECLUSÃO – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – MÉRITO – SEGURO DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS – AUSÊNCIA DE PROVA DA INVALIDEZ PERMANENTE – ÔNUS QUE INCUMBE AO AUTOR – ARTIGO 333, INCISOS I E II DO CPC – PERÍCIA QUE*

1 **Manual do Processo de Conhecimento**, 2. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 653.

CONSTATOU INEXISTÊNCIA DE INVALIDEZ PERMANENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO ALEGADO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

Em conformidade com o disposto no artigo 471, do CPC, as questões discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores.

É da parte-autora o ônus probatório quanto aos fatos por ele afirmados na inicial, incumbindo à parte-ré o ônus de provar os fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.

Não há que se falar em pagamento de indenização decorrente do contrato de seguro de vida se a parte autora não produziu provas suficientes para demonstrar que as sequelas decorrentes do acidente de trânsito são de natureza permanente." (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.012093-8/0000-00 - Campo Grande; Terceira Câmara Cível; Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; julgado em 22.5.2012 – grifei)

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS – INÉRCIA – PRECLUSÃO TEMPORAL – ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESUAL – ATENÇÃO AO ART. 407 DO CPC – PRAZO DE 10 DIAS ANTES DA AUDIÊNCIA – REGRA SUBSIDIÁRIA – DECISÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Por ocasião da audiência preliminar, foram as partes intimadas para, no prazo de 20 dias, indicar as testemunhas cujo depoimento gostariam fosse colhido. Tanto agravante como agravadas quedaram-se inertes e, então, depois da prova pericial, o magistrado singular declarou encerada a instrução processual.

Não há qualquer ilegalidade ou cerceamento de defesa nesse comando, porquanto facultada às partes a prática do ato processual, viabilizando a garantia constitucional da ampla defesa, elas, voluntariamente, deixaram fluir o prazo legal sem fazê-lo, operando-se a preclusão temporal.

Outrossim, a regra do artigo 407 do Código de Processo Civil de que o rol de testemunha deverá ser indicado 10 dias antes da audiência de instrução é subsidiária, ou seja, somente tem cabimento se o juiz não estabelecer outro momento para tanto. Isso é o que se extrai da expressão "omitindo-se o juiz"." (TJMS; Agravo Regimental – Nº 140293-60.2014.8.12.00/500 – Campo Grande; 1ª Câmara Cível; Relator Des. Divoncir Schreiner Maran; julgado em 25/03/2014 – grifei)

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DAS MATÉRIAS SUSCITADAS PELA APELANTE – REJEITADA – QUESTÕES DEVIDAMENTE ANALISADAS – MÉRITO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA NÃO RECOLHEU CORRETAMENTE O ICMS APURADO – INOCORRÊNCIA – AUTOS DE LANÇAMENTO NÃO ELIDIDOS PELA CONTRIBUINTE – PRECLUSÃO QUANTO À DECISÃO QUE ENTENDEU SER DESNECESSÁRIA A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – APELAÇÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Não há cerceamento do direito de defesa, em razão de suposta ausência de apreciação quanto às matérias objeto da demanda, na hipótese de essas questões haverem sido devidamente analisadas na sentença.

Se a parte pretendia comprovar a existência de erros na contabilização dos tributos (ICMS) devidos e alegadamente não pagos, segundo as informações constantes nos Autos de Imposição de Multa, mas não recorre da decisão que entendeu ser desnecessária a prova pericial a esse respeito, deve arcar com o ônus da preclusão.

Quando o agravante não apresenta qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada, inviável a retratação do posicionamento exarado, devendo ser mantido o decisium que negou seguimento ao recurso ante a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça respectivo." (TJMS; Agravo Regimental - Nº 00406-19.209.8.12.004/500 – Amambai; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; julgado em 10/12/2013 – grifei)

Por essa razão, deixo de conhecer da matéria, passando a enfrentar o mérito do recurso.

Do mérito

De início, fazem-se necessários alguns registros acerca dos fatos que deram ensejo ao ajuizamento da presente demanda.

Conforme consta da inicial, a recorrente ajuizou a presente ação de indenização por benfeitorias do imóvel de matrícula n.º 127.304, registrado no Cartório do 1º Ofício de Campo Grande - MS, sito à Rua Naviraí, n.º 1203, Vila Carolina, nesta Capital, em razão da perda da sua posse em outras demandas judiciais.

Os apelados apresentaram reconvenção, alegando o exercício da posse injusta pela autora pelo período de mais de 10 anos, razão pela qual entendem que esta deve indenizá-los, com lastro em avaliação locatícia.

Na sentença de f. 400-416, o juiz *a quo* assim decidiu:

"Posto isto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, julgo, com resolução do mérito, parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta Ação de Indenização por Benfeitorias com Pedido Liminar ajuizada por Andréia Medeiros Pache em face de Apparecido Moreira e Maria de Lourdes Araújo Moreira, e parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos réus/reconvintes contra a autora/reconvinda, na Reconvenção apresentada, para:

- condenar os réus/reconvintes à indenização das benfeitorias realizadas pela autora no imóvel, comprovadas pelos recibos de f. 36, 1º da página 38, 40, 45, 46, 48, 50, 51, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 87, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 104, 109, 117, que deverão ser atualizados pelo índice IGPM desde o efetivo desembolso, incidindo juros de mora a partir desta sentença;

- condenar a autora/reconvinda ao pagamento do valor de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) mensais a título de lucros cessantes aos réus/reconvintes, valor este que deverá ser computado pelo período em que exerceu a posse precária e injusta do imóvel entre 30/05/2012 a 13/02/2013, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês do ato ilícito (permanência injusta – 30/05/2012 – Súmula 54, STJ) e correção monetária pelo IGPM do ajuizamento da ação (§ 2.º, do art. 1.º, da lei n.º 6.899/816).

Será observado o art. 1.221 do Código Civil quando do cumprimento desta sentença.

Face à sucumbência recíproca, custas e despesas processuais bem como honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor das condenações (art. 20, § 3º do CPC), na proporção de 50% a autora e 50% ao réus.

Revogo a liminar concedida à autora."

As questões deduzidas nas razões recursais apresentadas pela autora, cingem-se em saber se: a) resta provada a indenização de todas as benfeitorias que alega ter a autora realizado no imóvel descrito nos autos; b) possuem os apelados/reconvintes direito à indenização por lucros cessantes pelo período em que a autora exerceu a posse do imóvel (entre 30/05/2012 a 13/02/2013), e; c) deve ser levado em consideração o valor atribuído pelos apelados a título de aluguel.

Da indenização por benfeitorias

Sobre a indenização por benfeitorias, prevê o art. 1.219 do Código Civil:

"Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis."

Veja que o dispositivo trata das benfeitorias realizadas durante a posse de boa-fé, questão superada na sentença, uma vez que assim consignou o magistrado sentenciante em breve escorço acerca dos fatos:

"Em decisão de janeiro de 2002 (f. 28/29, daqueles autos), foi deferida liminar à autora, nos autos supracitados, concedendo-lhe reintegração da posse do imóvel até sentença. Esta, proferida em junho de 2010 (f. 347/347 daqueles autos), julgou improcedente a demanda, revogando a liminar concedida. Entretanto, em janeiro de 2011, foi recebido recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 387, daqueles autos), obstando-se o cumprimento da sentença. Não provido o recurso, houve interposição de REsp e Agravo, que transitaram em julgado em 29/05/2012 (f. 501). Mandou-se cumprir a sentença, portanto (f. 550), todavia, os mandados voltaram sem intimação da parte, porque o imóvel estaria desocupado, com placa de Aluga-se (certidão de f. 553/557). Sobreveio então a liminar concedida pela reforma da decisão interlocutória destes autos (f. 593/600 daqueles autos, publicada em 14/02/2013), que concedeu a retenção do imóvel à autora até solução deste litígio, obstando o exercício da posse pelo cessionário dos direitos de propriedade do bem.

Constata-se, portanto, que a autora exerceu posse justa do imóvel em virtude de concessão de tutela de cognição sumária desde janeiro de 2002, quando recebeu liminar de reintegração de posse, até o trânsito em julgado da decisão de mérito daquele processo, em 29/05/2012.

Neste sentido, portanto e até aquele momento, não há que se falar em depósito do bem em nome da autora, ao argumento dos réus. O depositário judicial é auxiliar da Justiça destinado a guardar, custodiar ou administrar o objeto litigioso até a resolução da controvérsia. No caso concreto, foi concedida, inicialmente, a posse à autora, ainda que precária, como liminar face à constatação de elementos suficientes para formação da cognição sumária.

Após, como vimos, houve decisão de AI que concedeu liminar para retenção do bem, publicada em 14/02/2013. Assim, qualquer que tenha sido a natureza da manutenção do imóvel com a autora, se posse precária, detenção forçada ou outra, foi indevida, posto que já declarado o direito dos réus e constituído título judicial. De 14/02/2013, até esta data, já não se trata de posse, mas direito de retenção concedido em liminar à autora.

> *Conclui-se, destarte, que de fevereiro de 2002 a 29/05/2012, a autora tinha a posse precária do imóvel litigioso, em virtude de liminar; de 30/05/2012 a 13/02/2013, nenhum direito sobre o imóvel; de 14/02/2013 até hoje, direito de retenção (cuja natureza é de depósito, portanto detenção e guarda do objeto), também em virtude de liminar, sobre o bem."*

Pois bem, sendo a posse de boa-fé, surge o direito à indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas no imóvel, autorizando, inclusive, o direito de retenção da coisa, opondo-se à sua restituição, até ser paga a referida indenização.

In casu, é de se ver que os elementos probatórios carreados aos autos permite concluir que realmente as benfeitorias foram realizadas, como restou reconhecido pelo juiz *a quo*. Contudo, este entendeu que apenas os recibos de folhas *"36, 1º da página 38, 40, 45, 46, 48, 50, 51, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 87, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 104, 109, 117, se demonstraram aptos à comprovar a realização de benfeitorias indenizáveis, uma vez que referenciam gastos realizados pela autora com a manutenção, conservação e melhoramento do imóvel."*

Assim, foram desconsiderados os demais recibos colacionados aos autos pela parte autora.

Lembre-se que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de comprová-lo para que dele possa derivar algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

> *"(...) a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória".(La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.)*

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

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

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

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida, enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento, o veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo, portanto, o ônus suma importância.

No ponto, entendo que agiu com acerto o magistrado de primeiro grau ao desconsiderar os demais recibos apresentados pela recorrente. Isto porque, os documentos de f. 41, 42, 43, 44, 52, 53, 54, 56, 57, 68, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 89, 105, 110, 111, bem como os de f. 37, 2º da f. 38, 39, 47, 49, 74, 75, 76, 80, 81, 82, 86, 88, 96, 101, 102, 106, 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, são insuficientes para demonstrar que se referem a gastos realizados no imóvel em litígio, porquanto, ou referem-se a gastos realizados por terceiro em outro imóvel ou, ainda, estão em branco, não servindo de prova para a questão em comento.

Aliás, tais provas sequer foram elididas pelos recorridos, o que me leva a concordar com apenas os documentos admitidos pelo magistrado *a quo* como prova da realização de benfeitorias no imóvel objeto dos autos, não havendo que se falar em inclusão daqueles que não foram levados em consideração para a apuração da indenização devida à autora, ora apelante.

Da indenização por lucros cessantes

Pleitearam os apelados, em reconvenção, o direito à indenização por lucros cessantes e perdas e danos pelo tempo que a autora, ora apelante, ficou na posse injusta e precária do imóvel.

Ficou reconhecido na sentença que, em virtude de julgados anteriores relacionados ao presente litígio, a autora, no período de 30/05/2012 a 13/02/2013, exerceu a posse injusta do bem, uma vez que em tal período não teve nenhuma decisão favorável para ser mantida na posse do imóvel.

No ponto, por importar ao deslinde da questão, abro parênteses para colacionar breve excerto doutrinário sobre o enriquecimento sem causa:

> *"(...) não é admissível que a ordem jurídica brasileira tolere o enriquecimento sem causa, autorizando relações jurídicas desequilibradas, transferências de bens desprovidas de contraprestação, enfim, circulação de riquezas e acréscimo patrimonial sem a devida causa"* (NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 162).

De fato, a constatação de ter a apelante usufruído do imóvel por um lapso de tempo sem estar na posse justa do bem leva a conclusão que o não pagamento de uma contraprestação, ensejaria o enriquecimento sem causa da mesma.

Assim, é evidente que pelo período supracitado, o qual a autora não infirma, gera o dever de reparação aos apelados, judicialmente reconhecidos proprietários do imóvel.

E nem há que se falar que em tal período possuía o direito à retenção do bem, uma vez que obteve liminar favorável para ser mantida na posse do bem, fulcrada em direito de retenção, somente em 14/02/2013 (f. 371-376).

Logo, deve ser mantida a sentença também nesse ponto.

Do *quantum* indenizatório (aluguel do imóvel)

Contudo, tenho que assiste razão à apelante no que tange ao valor da prestação a título de eventual aluguel mensal do imóvel.

Ora, os apelados colacionaram aos autos o documento de f. 219, o qual unilateralmente avalia o aluguel do imóvel objeto dos autos no valor de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), o qual foi levado em consideração pelo magistrado *a quo*.

Nesse ínterim e buscando prestigiar a verdade real, tenho que a melhor solução que se apresenta é determinar que o valor a ser devolvido seja apurado por meio do incidente de liquidação.

A propósito, relativamente à liquidação, cumpre trazer à baila o escólio de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, segundo os quais: *"(...) O objetivo da fase de liquidação é constituir liquidez e determinar o 'valor devido' ao demandante" (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 454).*

Vê-se, pois, que a função da liquidação é apenas gerar uma decisão declaratória do *quantum debeatur*, respeitados os limites definidos na sentença meritória do processo de conhecimento. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou a jurisprudência deste Tribunal, senão vejamos o aresto de minha relatoria:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – RESSARCIMENTO DE BENFEITORIAS – NECESSIDADE DE QUE A LIQUIDAÇÃO SE DÊ POR ARBITRAMENTO E NÃO POR MERO CÁLCULO ARITMÉTICO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A função da liquidação é apenas gerar uma decisão declaratória do quantum debeatur, respeitados os limites definidos na sentença meritória do processo de conhecimento. Assim, se na decisão exequenda constou expressamente que o valor devido seria apurado em liquidação de sentença, a toda evidência tal valor somente poderá ser aferido por meio de liquidação por arbitramento e não por mero cálculo aritmético, notadamente por se tratar de pedido indenizatório de benfeitorias"* (TJMS - Agravo - N. 2009.015803-0/0000-00 - Campo Grande - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 24.8.2009).

Diante disso, tenho que pertinente determinar que a apuração do valor devido seja realizada por meio de liquidação, por arbitramento, onde o perito realizará os cálculos devidos, apurando o que a autora/apelante deverá pagar aos apelados, autorizada a compensação, pelo juiz a quo, quanto ao valor das benfeitorias realizadas por esta.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para, tão somente, determinar que o valor da condenação da autora/reconvinda, ora apelante, seja apurado por meio de liquidação, por arbitramento, cabendo ao perito apurar o valor do aluguel imobiliário devido aos apelados Aparecido Moreira e Maria de Lourdes Araújo Moreira, no período de 30/05/2012 a 13/02/2013.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0819199-45.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C COBRANÇA DE MULTA CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – INEXECUÇÃO – MULTA CONTRATUAL – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – ARRAS – RETENÇÃO DEVIDA – ART. 418, CC – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Os Tribunais Superiores entendem ser possível a redução da multa contratual quando estipulada em montante excessivo, conforme o artigo 413, do CC.

Na rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, as arras ou sinal são passíveis de perda pela parte que deu causa à inexecução.

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.

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 ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Patrícia Gonzales Figueiredo Grinnan, Eduardo Grinnan, irresignados com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse proposta em face de Orlando Moura, Delmor Vieira, interpõem recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 112-122, os recorrentes esclarecem que as partes firmaram um contrato particular de compromisso de compra e venda de um imóvel, no qual ficou estipulado o pagamento total de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), pagando-se, a título de sinal, o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, posteriormente, 20 parcelas de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir de 22/04/2011 até 22/11/2012.

Destacam que formularam pedido de rescisão contratual em razão do inadimplemento dos recorridos.

Mencionam que a sentença não deve prevalecer no tocante a redução da multa contratual de 10% sobre o montante efetivamente pago pelos requeridos, bem como quanto ao perdimento do sinal (arras) em favor do autores.

Alegam que *"o douto magistrado entendeu que a multa contratual fixada era manifestamente excessiva e contrária à boa-fé contratual, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio"*.

Aduzem que a multa convencional é critério para fixação de indenização por parte daquele que de alguma forma deixou de cumprir suas obrigações de maneira absoluta ou relativa, não se admitindo a sua redução.

Ressaltam que *"o magistrado a quo entendeu que os Apelantes não faziam jus às arras tendo em vista a não estipulação no contrato quanto a natureza destas, inexistindo previsão de perdimento do sinal em caso de o comprador dar causa à rescisão, o que milita a favor dos Apelados, não procedendo ao pedido de retenção do respectivo valor."*

Obtemperam que *"a inclusão dos juros em desfavor dos Apelantes na devolução da quantia devida cria uma obrigação pela qual os mesmos não deram causa e favorece totalmente o devedor"*.

Pede, ao final, seja conhecido e provido o recurso, reformando-se a sentença vergastada, para o fim de: aplicar a multa convencional no percentual de 10% sobre o valor do contrato; declarar o perdimento do sinal em favor dos autores e; caso contrário, pela isenção de juros moratórios em eventual devolução das arras aos requeridos. Pede, ainda, o prequestionamento dos dispositivos legais previstos no recurso.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 129-135, pugnando pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de recurso interposto por Patrícia Gonzales Figueiredo Grinnan, Eduardo Grinnan, contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse proposta em face de Orlando Moura, Delmor Vieira.

No apelo de f. 112-122, os recorrentes esclarecem que as partes firmaram um contrato particular de compromisso de compra e venda de um imóvel, no qual ficou estipulado o pagamento total de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), pagando-se, a título de sinal, o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, posteriormente, 20 parcelas de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir de 22/04/2011 até 22/11/2012.

Destacam que formularam pedido de rescisão contratual em razão do inadimplemento dos recorridos.

Mencionam que a sentença não deve prevalecer no tocante a redução da multa contratual de 10% sobre o montante efetivamente pago pelos requeridos, bem como quanto ao perdimento do sinal (arras) em favor do autores.

Alegam que *"o douto magistrado entendeu que a multa contratual fixada era manifestamente excessiva e contrária à boa-fé contratual, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio"*.

Aduzem que a multa convencional é critério para fixação de indenização por parte daquele que de alguma forma deixou de cumprir suas obrigações de maneira absoluta ou relativa, não se admitindo a sua redução.

Ressaltam que *"o magistrado a quo entendeu que os Apelantes não faziam jus às arras tendo em vista a não estipulação no contrato quanto a natureza destas, inexistindo previsão de perdimento do sinal em caso de o comprador dar causa à rescisão, o que milita a favor dos Apelados, não procedendo ao pedido de retenção do respectivo valor."*

Obtemperam que *"a inclusão dos juros em desfavor dos Apelantes na devolução da quantia devida cria uma obrigação pela qual os mesmos não deram causa e favorece totalmente o devedor"*.

Pede, ao final, seja conhecido e provido o recurso, reformando-se a sentença vergastada, para o fim de: aplicar a multa convencional no percentual de 10% sobre o valor do contrato; declarar o perdimento do sinal em favor dos autores e; caso contrário, pela isenção de juros moratórios em eventual devolução das arras aos requeridos. Pede, ainda, o prequestionamento dos dispositivos legais previstos no recurso.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 129-135, pugnando pelo improvimento do apelo.

De início, fazem-se necessários alguns registros acerca dos fatos que deram ensejo ao ajuizamento da presente demanda.

Conforme consta da inicial que, na data de 23/02/2012, os autores, ora apelantes, realizaram um contrato particular de compromisso de compra e venda com os requeridos, referente a um imóvel situado a Rua Petúnias, n.º 159, inscrição imobiliária n.º 0644009019-0, Bairro Cidade Jardim, em Campo Grande-MS, de matrícula n.º 73.018, do CRI do 1º Ofício desta Capital.

Destaca que o contrato foi firmado na quantia de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), sendo R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de arras, e o restante em 20 (vinte) parcelas sucessivas de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir de 22/04/2012 até 22/11/2012.

Contudo, alegam os recorrentes que após os recorridos pagarem o sinal e a 1ª parcela, descontando-se os honorários do corretor de imóvel, não cumpriu com suas obrigações contratuais e não efetuou o pagamento de qualquer outra parcela, incorrendo, portanto, em mora, circunstância que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação de rescisão contratual.

Na sentença, o magistrado *a quo* assim decidiu (f. 94-101):

> *"Posto isso, julgo, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, com resolução de mérito, PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por EDUARDO GRINNAN e PATRÍCIA GONZALES FIGUEIREDO GRINNAN nesta AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO NA POSSE E PERDAS E DANOS movida em face de DELMOR VIEIRA e ORLANDO MOURA, para:*
>
> *- rescindir o contrato (f. 10-15) e reintegrar, definitivamente, os requerentes na posse do imóvel;*
>
> *- determinar que os requerentes devolvam aos requeridos o valor correspondente às prestações pagas, de uma só vez, acrescidas de correção monetária pelo índice IGMP/FGV, a partir dos respectivos desembolsos, e juros de mora de 12% ao ano a partir da citação, deduzindo-se do total devido o percentual equivalente a 10% (dez por cento), à título de multa contratual, bem como o importe relativo ao pagamento do corretor (f. 11), a fim de evitar enriquecimento indevido.*

> *Face a sucumbência mínima, condeno os requeridos no pagamento das custas e despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC."*

Referida sentença foi assim complementada (f. 107-109):

> *"Posto isso, DOU PROVIMENTO a estes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por EDUARDO GRINNAN e PATRÍCIA GONZALES FIGUEIREDO GRINNAN em face da sentença prolatada a f. 94-101, para fins de retificar parte de seu dispositivo e constar expressamente que: "- determinar que os requerentes devolvam aos requeridos o valor correspondente às prestações pagas, de uma só vez, acrescidas de correção monetária pelo índice IGMP/FGV, a partir dos respectivos desembolsos, e juros de mora de 12% ao ano a partir do trânsito em julgado da sentença, deduzindo-se do total devido o percentual equivalente a 10% (dez por cento), à título de multa contratual, bem como o importe relativo ao pagamento do corretor (f. 11), a fim de evitar enriquecimento indevido."*

A questão posta à apreciação, cinge-se em saber se deve prevalecer a redução da multa contratual de 10% sobre o montante efetivamente pago pelos requeridos, bem como se deve prevalecer o perdimento do sinal (arras) em favor do autores-recorrentes.

Da multa contratual

O recorrente ainda se insurge contra a parte da sentença que reduziu a multa contratual prevista em 10% do valor do contrato para 10% do montante pago pelos requeridos.

Pois bem. A cláusula penal ou pena convencional tem como uma de suas funções a fixação prévia do valor das perdas e danos em caso de inadimplemento do contrato.

Leciona Washington de Barros Monteiro que, quanto a este aspecto a cláusula penal fixa:

> *"[...] antecipadamente, o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui assim liquidação à forfait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença. Estipulando-as, como diz GIORGI, deixam os contratantes expresso que desejaram, por esse modo, furtar aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa"* (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª Parte, 9ª ed., Saraiva, p. 201).

Analisando o pedido de pagamento da multa de 10% do valor do contrato, o douto magistrado de primeira instância aplicou a regra do artigo 413, do Código Civil para o fim de reduzir a multa para 10% do valor pago pelos requeridos.

Entretanto, o entendimento dos Tribunais Superiores vem sendo no sentido de admitir a redução da multa contratual fixada em patamar excessivamente oneroso para a parte que deu causa à rescisão contratual, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. MULTA COMPENSATÓRIA. 50%. EXCESSO. REDUÇÃO. CC, ART. 413. POSSIBILIDADE. 1.- Constata a excessividade pelo magistrado, é possível a redução da multa compensatória nos termos do artigo 413 do Código Civil. 2.- Agravo Regimental improvido."* (STJ; AgRg no AREsp 456602 / SP; Terceira Turma; Ministro SIDNEI BENETI; julgado em 18/03/2014)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE LEGALIDADE DE CLÁUSULA EM APELAÇÃO SEM QUE A QUESTÃO TENHA SIDO APRESENTADA EM RECONVENÇÃO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DEDUZIDA COM MESMO EFEITO PRÁTICO EM CONTESTAÇÃO. INEXECUÇÃO DO CONTRATO. CONFUSÃO ENTRE ARRAS E CLÁUSULA PENAL. AFASTAMENTO DAS ARRAS. CLÁUSULA PENAL. BASE DE CÁLCULO. MULTA CONTRATUAL. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL A SER RETIDO PELO PROMITENTE VENDEDOR.

(...)

III - É abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas, no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor.

IV - Em caso de resilição unilateral do compromisso de compra e venda, por iniciativa do devedor, que não reúne mais condições econômicas de suportar o pagamento das prestações, é lícito ao credor reter parte das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelos custos operacionais da contratação.

V - Majoração desse percentual de 10% para 25% das prestações pagas que se impõe, em consonância com a jurisprudência do Tribunal. Recurso especial parcialmente provido" (STJ; REsp 907.856/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 01/07/2008).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUTAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPROMISO DE COMPRA E VENDA – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – INADIMPLEMENTO – DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS – AUSENTE PREVISÃO DE MULTA CONTRATUAL PARA DESCUMPRIMENTO PELO PROMITENTE VENDEDOR - FIXADA EM 10% DO VALOR DAS PARCELAS PAGAS - IMPORTÂNCIA RAZOÁVEL - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O inadimplemento contratual, por si só, mostra-se insuficiente para gerar o direito à indenização por danos morais. A condenação só é imposta em situações excepcionalíssimas, demonstrado o dano efetivamente ocorrido.

Para o caso de inadimplemento do contrato, não se afigura razoável estabelecer multa superior a 10% do valor das prestações pagas." (TJMS; Apelação Nº 0572-94.209.8.12.001 - Campo Grande; 2ª Câmara Cível; Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues; julgado em 9.4.2013)

Desse modo, deve ser mantida a sentença recorrida que promoveu a redução da multa contratual para 10% do valor pago aos recorrentes.

Da retenção das arras

No que diz respeito à perda das arras, entendo que deve prosperar o pleito recursal.

Ora, é cediço que as arras constituem-se dados para demonstrar que as partes contratantes estão com propósitos sérios a respeito do contrato, com a verdadeira intenção de contratar e manter o negócio.

Na vigência do Código Civil de 1916, possuía o entendimento de que as arras ou sinal somente eram passíveis de perda se, na rescisão do contrato, houvesse cláusula expressa de arrependimento, prevendo a existência de arras penitenciais, caso contrário, serão tidas como confirmatórias e deverão ser restituídas.

Todavia, na atual vigência do Código Civil de 2002, temos o seguinte dispositivo:

> *"Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado."*

Comentando referido dispositivo, Fabrício Zamporgna Matiello destaca que:

> *"Se a inexecução tiver origem em conduta culposa de quem deu as arras, o polo contrário poderá considerar desfeito o contrato e retê-las, eis que, sendo de natureza confirmatória, inexiste direito de arrependimento, e o inadimplemento caracteriza infração contratual."* [1]

In casu, verifica-se que o sinal foi pago pelos recorridos como princípio de pagamento do imóvel, conforme se extrai da cláusula terceira, parágrafo primeiro, cujo teor merece ser transcrito (f. 10-15):

> *"Parágrafo Primeiro: O valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de sinal e princípio de pagamento, pago neste ato, na assinatura do referido contrato, nas seguintes condições, R$ 43.750,00 através do depósito bancário a ser feito na conta de Felipe Grinnan, Banco ITAÚ – AG 7055 – C/C 07735-3, e R$ 6.250,00 através do depósito bancário a ser feito na conta do corretor de imóvel Luciano de A. Cavalcanti, Creci Nº 5264 a título de parcela 1/2 honorários, Banco Bradesco – AG 2044 – C/C 21200-8."*

Todavia, tal fato não desautoriza a sua retenção pelo credor. Isto porque, temos na presente hipótese um contrato solene, no qual o sinal tem uma função de prevenir eventual arrependimento, impondo-se o retorno das partes contratantes ao *status quo ante*.

Silvio Salvo Venosa, sobre essa questão, aponta que:

> *"Para os contratos solenes, a situação é outra. Como existe necessidade de uma forma para o contrato subsequente, o sinal sobreleva com a função de prevenir eventual arrependimento, com uma prefixação de perdas e danos. Daí por que o realce da situação penitencial nas arras dadas para compra e venda de imóveis. Quando o contratante, perante mero recibo de sinal, desiste do negócio imobiliário, recusando-se às formalidades de alienação, o enfoque transfere-se exclusivamente para o campo da indenização, aplicando-se o art. 1.088, que remete a hipótese para os artigos das arras."* [2]

Dessa forma, ainda que presente no contrato entabulado entre as partes as arras de natureza confirmatória, o atual ordenamento jurídico prevê a retenção dessas pela parte contratante que não deu causa à inexecução contratual.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

> *"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR.*

1 **Código Civil Comentado.** 3. ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 281.

2 **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 419.

INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. (.) 3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.(.) 5. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ; Resp 124921/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/201, DJe 1/05/201)

"EMENTA – APELAÇÃO CIVIL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ESTIPULAÇÃO DE ARRAS – INADIMPLEMENTO POR PARTE DA PROMITENTE-COMPRADORA – PERDA DO SINAL EM FAVOR DA EMPRESA PROMITENTE-VENDEDORA – ART. 418 DO CC – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (TJMS; Apelação -Nº 05208-02.2010.8.12.001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; julgado em 17/01/2013)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSE – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – BEM IMÓVEL – INADIMPLÊNCIA DOS PROMITENTES COMPRADORES – RESCISÃO CONTRATUAL – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO – RECURSO NÃO PROVIDO – MÉRITO – CLÁUSULA PENAL – PERDAS E DANOS – RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – RETENÇÃO DE 10% MANTIDA – RAZOABILIDADE – EXCLUSÃO DA QUANTIA PAGA A TÍTULO DE SINAL – POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA SOBRE OS VALORES A SEREM DEVOLVIDOS AO PROMITENTE-COMPRADOR – DEVIDA – TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA – CITAÇÃO – TAXA DE FRUIÇÃO – INCLUSÃO DO VALOR DA AVALIAÇÃO ACRESCIDO PELA EVENTUAL BENFEITORIA REALIZADA – INOVAÇÃO RECURSAL – SUCUMBENCIA RECÍPROCA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO.

(...)

Se o promitente-comprador, em razão de sua inadimplência, deu causa a rescisão contratual, possível a retenção pela promitente-vendedora do sinal pago a título de arras. (...)" (TJMS; Apelação Nº 003104-30.204.8.12.008 – Corumbá; 1ª Câmara Cível; Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran; julgado em 30.04.2013)

Logo, assiste razão aos recorrentes no tocante à retenção do valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pago a título de arras.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pelo apelante, 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).*

Conclusão

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para, tão somente, julgar procedente o pedido de retenção das arras em favor dos requerentes, ora apelantes.

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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0020927-57.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM PEDIDO DE IMISSÃO LIMINAR – IMÓVEL ARREMATADO COM GRAVAME – USUFRUTO VITALÍCIO – DIREITO DO NU PROPRIETÁRIO LIMITADO À NUA PROPRIEDADE – PERCEPÇÃO DOS FRUTOS SOMENTE APÓS A EXTINÇÃO DO USUFRUTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Restando demonstrado nos autos que o imóvel objeto da penhora e arrematação fora gravado com usufruto vitalício, impõe-se o reconhecimento de que a restrição era de conhecimento público.

A arrematação do bem não tem o condão de extinguir ou mesmo suspender os efeitos do usufruto, sendo certo o direito da usufrutuária de fruir e gozar do imóvel enquanto viva for.

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, 18 de novembro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de apelação cível interposta por Nelson Manoel da Silva contra sentença (fls. 102-105) que julgou improcedente a ação de reivindicação de posse cumulada com pedido de liminar de imissão na posse ajuizada em desfavor de Terezinha Bueno Boabaid.

O apelante alega, em síntese, que:

> *Em 2010, o apelante havia notificado a apelada para que repassasse o lucro proporcional de 25% derivado da locação, a contar da data em que a carta de arrematação foi registrada, como sendo 14/10/2010, sem êxito (f. 112).*
>
> *A apelada sempre revelou menoscabo à sorte do apelante idoso, que há dois lustros espera por uma solução pacífica, sem êxito. Portanto, o apelante teve que manusear procedimento de reivindicação de posse, justamente para obter as rendas do seu quinhão do imóvel (f. 112).*
>
> *Contudo, o juízo a quo chamou o apelante, sugerindo que emendasse sua inicial, vertendo-a em obrigação de fazer contra esta e também contra o atual locatário do imóvel (f. 112).*

Contudo, o d. decisum objurgado merece reforma eis que faltou com a justiça buscada pelo apelante, que há mais de dois lustros luta pela satisfação de seus créditos oriundos da seara trabalhista, e que se fez garantir pela arrematação de 25% da propriedade já descrita (f. 113).

Mas como propriedade que rende lucros, especialmente pela locação, justo é o repasse em favor do apelante idoso e hipossuficiente, das receitas auferidas na proporção de 25% de seu direito, até porque, com a titulação do apelante, evidente que houve redução da titularidade da apelada, razão porque não pode, sequer em tese, usurpar de frutos ou lucros de parte da propriedade que não lhe pertence (f. 113).

Ao final, requer *"(...) seja recebido o recurso de apelação, dando-lhe provimento, para, no mérito, reformar a sentença de primeiro grau, determinado aos apelados que passe a depositar em conta a ser indicada pelo apelante, as receitas referentes a 25% da locação do imóvel, correspondente a sua cota condominial, inclusive as receitas retroativas à data de 14/10/2010, fixando para tanto astreintes diárias até o termo final de cumprimento das determinações* (...)" (f. 114).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de recurso de apelação cível interposto por Nelson Manoel da Silva contra sentença (fls. 102-105) que julgou improcedente a ação de reivindicação de posse cumulada com pedido liminar de imissão na mesma ajuizada em desfavor de Terezinha Bueno Boabaid.

Verifico, de plano, que, com relação à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em repetições desnecessárias, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar a presente decisão:

(...)

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela específica que Nelson Manoel da Silva move contra Terezinha Bueno Boabaid e Reinaldo José Ferreira de Castro, partes qualificadas nos autos, via da qual o requerente alegou que é nu proprietário de 25% do imóvel constituído pelo lote de terreno n. 4-b, da quadra 10, do Jardim São Bento, nesta capital, matriculado sob o número 16549, da Primeira Circunscrição Imobiliária local, havido em hasta pública em ação trabalhista que promoveu contra Sandra Alma Boabaid Amado – ME, e Sandra Alma Boabaid.

(...)

Da preliminar de incompetência absoluta

Ao contestar a ação a requerida alegou preliminar de incompetência absoluta sob o argumento de que a imissão da posse em imóvel arrematado é de competência da Justiça do Trabalho e não do Poder Judiciário Estadual.

Tendo em vista a emenda à inicial de f. 37-43 com pedido de conversão desta ação em obrigação de fazer, c/c tutela específica e liminar de ordem e astreintes diárias, o que foi deferida em f. 44, este juízo é competente para julgar a presente demanda.

Não fosse isto suficiente, o direito em que se funda a ação é o domínio parcial do imóvel e não qualquer direito trabalhista. Sendo assim, rejeita-se esta preliminar.

> *A preliminar de carência de ação na verdade confunde-se com o mérito, e com este será resolvido, uma vez que a requerida Terezinha Bueno Boabaid afirma que em razão de deter o usufruto vitalício sobre a totalidade do imóvel, ao requerente não assiste o direito reclamado.*
>
> *Com efeito, percebe-se que o requerente detém o domínio de 25% da nua propriedade do imóvel referido. Significa dizer que apesar de ter domínio não tem a posse, nem direito ao usufruto da parte que a ele pertence. O usufruto total é da requerida Terezinha Bueno Boabaid. Prescreve o art. 1.394, do CC, que o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos do bem. Mas que evidente, pois que os frutos advindos da locação imobiliária pertencem exclusivamente à usufrutuária e sobre eles nenhum direito, por ora, tem o requerente. Isto só ocorrerá com a extinção do usufruto, pelas hipóteses legais.*
>
> *Não havendo o direito reclamado pelo requerente, que pertence exclusivamente à primeira requerida, é evidente que a improcedência do pedido se impõe, não se aplicando de igual sorte para a segunda requerida e dada a inexistência do direito do requerente, as regras concedentes à revelia, que é declarada, mas que não produz a confissão.*
>
> *Posto isto e pelo mais que nos autos consta, em razão da existência do usufruto total do bem em favor da primeira requerida, sendo o requerente condômino com 25% da nua propriedade, julga-se improcedentes os pedidos iniciais e extingue-se o feito com julgamento de mérito, na forma do art. 269, I, parte final, do CPC.*
>
> *Condena-se o requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor da parte que contestou a ação, fixado em 10% sobre o valor atualizado da causa, e registra-se que a execução desde submete-se às regras da Lei de Assistência Judiciária, especificamente em seu art. 12. (Grifei)*
>
> *(...).*

Como se vê, inexiste circunstância que permita a reforma da conclusão a que chegou a magistrada de piso, juíza May Melke Amaral Penteado Siravegna, que bem avaliou o delineamento do conjunto probatório contido nos autos.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

No caso, verifico que o ora apelante adquiriu direito à propriedade de 25% da terra nua do imóvel epigrafado, objeto de discussão na origem, através de arrematação (fls. 31v-34).

O ora recorrente, portanto, na condição de arrematante, tem o dever de respeitar o gravame de usufruto vitalício que recai sobre o imóvel, isso porque, como cediço, a penhora questionada não atinge o direito de usufruto, mas tão somente a nua propriedade.

Veja-se, diante de casos análogos, o entendimento da jurisprudência:

> *É penhorável a nua-propriedade (RT 668/112, RJTAMG 69/359), mas não o direito real de usufruto. (Grifei)*
>
> *É possível a penhora do exercício do usufruto, que recairá sobre as comodidades do usufruto e sobre a faculdade de perceber os frutos e as vantagens da coisa frutuária (RT 573/196).*
>
> *A penhora do exercício do usufruto é possível independentemente de estar ou não o usufrutuário ocupando pessoalmente o imóvel (RT 592/127, 649/104).*

> *APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL DOADO COM RESERVA DE USUFRUTO. CASO CONCRETO. ÔNUS DA PROVA. O DIREITO DO NU-PROPRIETÁRIO SE LIMITA À NUA PROPRIEDADE, SOMENTE TENDO DIREITO À PERCEPÇÃO DOS FRUTOS POR OCASIÃO DA EXTINÇÃO DO USUFRUTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO E. UNÂNIME.*[1]

Na hipótese, com efeito, presente o usufruto vitalício em favor da ora apelada sobre o imóvel em questão, o mesmo somente será extinto com a morte da beneficiária.

Destarte, o apelante, que, no caso, é o nu-proprietário de 25% do referido imóvel, tem direito tão só à substância do bem, do qual nenhuma utilidade tira enquanto perdurar o usufruto.

Nesse sentido, eis o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO CIVIL. PENHORA SOBRE NUA-PROPRIEDADE DE IMÓVEL, GRAVADO COM USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE. Da interpretação conjunta dos arts. 524 e 713 do CC/16, fica evidente a opção do legislador pátrio em permitir a cisão, mesmo que temporária, dos direitos inerentes à propriedade: de um lado o direito de uso e gozo pelo usufrutuário, e de outro o direito de disposição e seqüela pelo nu-proprietário. A nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção. Recurso especial não conhecido.*[2]

Ante o exposto, como afirmado, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Nelson Manoel da Silva para manter incólume a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

***

1 TJRS - Apelação Cível n. 70042944314, 15ª Câmara Cível, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 08/08/2012.

2 REsp 925687/DF, 3ª Turma do STJ, Ministra Nancy Andrighi, 17-09-2007.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0032645-51.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LOJA EM SHOPPING CENTER – OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que julgou procedente a ação de prestação de contas, porquanto é dever da administração do condomínio, materializado, no caso, em um *shopping center*, exibir as suas contas ao locatário de loja comercial que, além de arcar com os alugueres contratuais, encontra-se obrigado a pagar a taxa condominial e outros encargos.

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, 4 de novembro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Angopar Empreendimentos e Participações Ltda. e outros contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da ação de prestação de contas ajuizada por Portela e Grubert Ltda. e outros.

Os apelantes alegam, em síntese, que:

> *(...) existe ausência de interesse de agir, por não terem os apelados demonstrado a necessidade de estar em juízo a fim de buscar a prestação de contas, uma vez que não trouxeram qualquer indício de irregularidades, apenas levantaram suposições, posto que recebiam regularmente, como demonstrado documentalmente, a prestação de contas do condomínio, e, caso não concordassem com qualquer de seus lançamentos, deveriam buscar em ação própria de impugnação de valor cobrado, e não a de prestação de contas (f. 260).*
>
> *Vê-se claramente que os apelados, a fim de exigirem a prestação de contas, já prestadas mensalmente, enfatiza-se, questionam o contrato e suas formas de cobrança, a fim de confundir o juiz "a quo" (f. 260).*
>
> *Assim, face as razões expendidas, restou comprovado que as apelantes têm cumprido religiosamente o disposto no contrato de locação e nos documentos que o integram, e*

também, na legislação vigente, prestando contas mensalmente em periodicidade inferior a que é determinada por lei, com todos os valores orçados do condomínio e os efetivamente realizados (f. 261).

Por fim, requerem o provimento do recurso para que a sentença seja reformada.

Os recorridos, devidamente intimados, apresentaram as contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (fls. 268-272).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Angopar Empreendimentos e Participações Ltda. e outros contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da ação de prestação de contas ajuizada por Portela e Grubert Ltda. e outros.

A sentença hostilizada, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

Nesta primeira fase da ação de prestação de contas a decisão cinge-se à análise de existência ou não de obrigação das Demandadas em prestá-las, pelo que concluo que o feito prescinde de dilação probatória em audiência, vez que não há controvérsia acerca do contrato havido entre as partes e, também, porque em vista da obrigação de rateio de despesas do condomínio, a Autora tem direito de obter informações sobre o que lhe foi cobrado.

Por força da evidência da obrigação, as Requeridas, como elas próprias afirmaram, já apresentavam mensalmente as contas à Autora – e aos demais locatários. Contudo, com amparo no contrato, conforme cláusula 6ª, § 1º, do "instrumento particular de contrato de locação e outras avenças dos salões comerciais do norte sul", em cópia a fls. 134/137, o faziam de forma sintética.

De outro lado, comprometeram-se as Rés a, trimestralmente, colocar à disposição da Requerente "balancetes das quantias arrecadadas e aplicadas", nos termos do item 12.9 das convencionadas "normas gerais complementares dos contratos de locação e outras avenças dos salões comerciais, situados no norte sul"(fls. 142/170).

Entretanto, as contas que se apresentaram na forma dos documentos juntados a fls. 171/215, embora sejam claras, não se mostram suficientes para a efetiva conclusão daquilo que a Demandante reclama, pois não provam os gastos e as receitas, limitando-se a indicações de valores e obstando a conclusão acerca daquilo que, de fato, estava sendo pago a título de rateio, e se a cobrança era devida pelo montante exigido e de acordo com o coeficiente estabelecido.

É necessário, para isso, que os números sejam pormenorizados e comprovados, tanto que o art. 917 do CPC estabelece que "as contas [...] serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos".

Também expressam a existência da obrigação de prestar contas pelas Requeridas os artigos 22, IX, e 23, XII, '2º', da Lei 8.245/91. Posto isso, reconheço e declaro a obrigação das Requeridas ARGO DERSENVOLVIMENTO E PARTICIPAÇÕES LTDA, ARGOPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA E HANNAH ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA EM PRESTAR AS CONTAS REQUISITADAS NO

> *PRESENTE FEITO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO E, COM ESTEIO NO ART. 915, § 2º, DO CPC, DETERMINO ÀS DEMANDADAS QUE, EM 48 (QUARENTA E OITO) HORAS, APRESENTEM AS CONTAS PRETENDIDAS, RELATIVAS AO RATEIO DOS GASTOS EFETUADOS PELO EMPREENDIMENTO "CONDOMÍNIO NORTE SUL", COM OS QUAIS A AUTORA, PORTELA E GRUBERT LTDA., ESTAVA OBRIGADA A CONCORRER, EM VISTA DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS FIRMADAS ENTRE AS PARTES – EM CÓPIA A FLS. 131/170 DOS PRESENTES AUTOS –, RELATIVAMENTE AO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE MAIO DE 2.011 E JUNHO DE 2.012 (INCLUIDOS O MÊS INICIAL E O FINAL), O QUE DEVERÁ SER FEITO EM FORMA MERCANTIL, COM ESPECIFICAÇÃO DAS RECEITAS E A APLICAÇÃO DAS DESPESAS, BEM COMO, O RESPECTIVO SALDO E INSTRUIÇÃO COM OS DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS, SOB PENA DE NÃO LHES SER LÍCITO IMPUGNAR AS CONTAS QUE A DEMANDANTE APRESENTAR (fls. 242-242).*

Os apelantes insurgem-se contra a sentença supratranscrita, a qual, como relatado, julgou procedente o feito, argumentando em suas razões recursais que prestavam contas mensalmente aos apelados, não havendo necessidade de fazê-lo novamente.

Nego provimento ao recurso.

Com efeito, estabelece o art. 914 do Código de Processo Civil que:

> *A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:*
>
> *I – o direito de exigi-las;*
>
> *II – a obrigação de prestá-las.*

Sobre o dispositivo legal supratranscrito, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

> *Entende-se por devedor de contas o que administrou bens ou interesses alheios e credor delas aquele em favor de quem a administração se deu. O interessado na ação de prestação de contas é a parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios, levada a efeito por um em favor do outro.*[1] *(Grifei)*

Note-se que a prestação de contas pressupõe o fato de uma das partes desconhecer a liquidez do débito ou crédito envolvido no negócio jurídico, ou seja, trata-se de pretensão envolvendo dívidas ilíquidas, oriundas de um vínculo negocial em que uma parte, de alguma forma, geriu bens ou interesses da outra. É exatamente o que acontece no caso sob análise, isso porque o vínculo jurídico entre as partes litigantes decorre de um contrato de locação de sala comercial em *shopping center*.

Por oportuno, colaciono trecho da sentença que bem explica a questão posta em julgamento:

> *(...) as contas que se apresentaram na forma dos documentos juntados a fls. 171/215, embora sejam claras, não se mostram suficientes para a efetiva conclusão daquilo que a Demandante reclama, pois não provam os gastos e as receitas, limitando-se a indicações de valores e obstando a conclusão acerca daquilo que, de fato, estava sendo pago a título de rateio, e se a cobrança era devida pelo montante exigido e de acordo com o coeficiente estabelecido.*

1 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery; **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**; 10 ed. rev. ampl. e atual; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

> *É necessário, para isso, que os números sejam pormenorizados e comprovados, tanto que o art. 917 do CPC estabelece que "as contas [...] serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos" (fls. 243-244)*

A propósito, veja-se ainda o teor da jurisprudência:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LOJA EM SHOPPING CENTER. INTERESSE DE AGIR. CONDOMÍNIO. DEVER DE PRESTAR CONTA AO LOCATÁRIO. A lei não exige prévio esgotamento da via administrativa para que se possa ajuizar ação de prestação de contas. O interesse processual assenta-se no binômio necessidade-adequação. A administradora de condomínio consistente em shopping center tem o dever de prestar contas ao locatário de espaço comercial, pelo período em que perdurou o contrato de locação.*[2]

Logo, a toda evidência, correta a decisão da lavra do Juiz Maurício Petrauski que determinou a obrigação de prestar contas por parte dos requeridos ora apelantes.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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, 04 de novembro de 2014.

***

2 TJ-MG - AC: 10024096579172001 MG , Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 07/03/2013, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/03/2013)

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1407892-77.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – SÓCIO DE EMPRESA DEVEDORA DO FISCO QUE SE DESVINCULOU DA EMPRESA ANTES DA EMISSÃO DA CDA – ATO ILEGAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – AUSÊNCIA DE PROVA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É assente na doutrina e na jurisprudência que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios, porque, assim como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos.

Constitui ato ilegal praticado pelo representante do Fisco, atacável por mandado de segurança, a recusa em expedir certidão negativa de débito fiscal a ex-sócio de empresa devedora.

Não basta a simples existência do crédito tributário e do inadimplemento da obrigação, isto porque há necessidade de prova da prática de atos, por parte do sócio, com excesso de poderes ou com infração de lei, do contrato social ou estatutos, para que o mesmo seja responsabilizado por débito fiscal da pessoa jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Michel Issa Filho em face de ato do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, ato esse consistente no indeferimento do pedido de expedição de certidão negativa de débitos tributários em nome do impetrante.

Assevera o impetrante, em síntese, que (i) "*Com efeito, no desenvolvimento das atividades empresariais, a sociedade CGR Engenharia teve contra si ajuizada execuções fiscais pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por suposto não recolhimento de ICMS quando da aquisição de materiais para construção civil de outras unidades da federação. Em razão disso, a empresa CGR Engenharia distribui embargos à execução e ação anulatória, comprovando a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na medida em que os materiais adquiridos são empregados em suas obras e não revendidos, não havendo, portanto, a incidência do referido imposto, conforme entendimento consolidado dos tribunais superiores*" (f. 2); (ii) "*Ocorre que passado mais de 2 (dois) anos da saída do Impetrante do quadro societário da empresa CGR Engenharia, este requereu perante a Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul,*

certidão negativa de débitos tributários para desenvolver atividades econômicas de seu interesse, contudo, seu pedido foi indeferido ao argumento de existirem 3 (três) débitos tributários de responsabilidade da empresa do qual era sócio (CGR Engenharia) e, 1 (um) débito da empresa que atualmente é sócio (Usimix), débito este, que inclusive se encontra quitado, motivo pelo qual o Impetrado expediu certidão positiva (DOC.02). Isto é, o Impetrado nega a CND pretendida pelo Impetrante, com fundamento na vinculação irregular do nome da pessoa física de um ex-sócio aos supostos débitos existentes em nome da pessoa jurídica, bem como a um débito que já foi quitado" (f. 2); (iii) "(...) *das 4 (quatro) pendências apontadas pelo Impetrado, 1 (uma) encontra-se garantida por meio de penhora, portanto, com a exigibilidade suspensa nos termos do artigo 151 do CTN, 2 (duas) foram constituídas após a saída do Impetrante do quadro social da empresa CGR Engenharia e, a última, encontra-se quitada. Logo, resta evidente INEXISTIR qualquer fundamento para manutenção do ato coator levado a efeito pelo Impetrado*" (f. 3); (iv) "(...) *TODOS os débitos serem de responsabilidade da pessoa jurídica, fato este incontroverso. Logo, considerando que a pessoa jurídica possui patrimônio e personalidade próprio, distinta da pessoa física dos sócios, torna-se ilegal a negativa da CND*" (f. 4); (v) "*a pessoa jurídica da qual o Impetrante era sócio, foi constituída na modalidade limitada, havendo a regular integralização do capital social. Deste modo, somente haveria a possibilidade do Impetrante responder pelos débitos da empresa, caso alguma decisão judicial determinasse a desconsideração da personalidade jurídica após a comprovação da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, sempre respeitando o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa*" (f. 5); e (vi) "*inexistindo qualquer pendência fiscal em nome do Impetrante, torna-se imperioso a emissão pelo Impetrado de certidão negativa de débitos sob pena de violação aos artigos 5º, LV, LXIX e art. 37 da Constituição Federal, art. 2º da Lei 9.784/99, art. 1.052 do Código Civil e art. 135 do Código Tributário Nacional*" (f. 7).

Requer, assim, "*a concessão de medida liminar inaudita altera pars, para que a autoridade coatora expeça no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contados da intimação da concessão da medida, Certidão Negativa de Débitos em nome do Impetrante, determinando que eventuais débitos existentes em nome de pessoa jurídica de que era sócio (CGR Engenharia) não impeçam a expedição da CND pretendida, em especial, os constante na Certidão Positiva (Doc.02) salvo, apenas, se houver decisão judicial que reconheça a responsabilidade do Impetrante pelos débitos da pessoa jurídica; a.1) concedida a medida liminar acima, requesta que a decisão liminar sirva como mandado judicial, e que os patronos do Impetrante possam cumprí-la de imediato, ou; a.2) a Autoridade Coatora por si ou meio dos seus agentes, seja imediatamente notificada por meio de fax, telefonema, mandado ou qualquer outro meio célere do teor da decisão, para imediato cumprimento sob pena de multa diária a ser fixada por V.Exª, bem como para que apresente as informações que entender necessárias no prazo legal; b) determine a notificação do Impetrado bem como da pessoa jurídica o qual é vinculado, para, no prazo legal, apresentarem as informações que tiverem e quiserem; c) seja colhido parecer do Representante do Ministério Público*;(...)" (f. 9). (Destaquei)

O pedido de liminar foi deferido, restando determinado ao impetrado que providenciasse a pleiteada CND (fls. 78-80).

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 99-106, defendendo a regularidade de sua atuação, pois pautada em lei**.**

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pela concessão da segurança (fls. 136-142).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se, como relatado, de mandado de segurança impetrado por Michel Issa Filho contra ato do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, ato este consistente no indeferimento do pedido de expedição de certidão negativa de débitos tributários em seu nome.

O impetrante alega, em síntese, que (i) foi sócio da empresa CGR ENGENHARIA LTDA entre 11.1.2005 e 4.10.2011 e, atualmente, pertence ao quadro societário de USIMIX LTDA., ambas com débitos fiscais; (ii) dos três débitos relativos à CGR Engenharia Ltda, dois teriam sido constituídos após a sua saída da sociedade e o outro estaria com a exigibilidade suspensa; (iii) no que se refere à pendência relacionada à USIMIX LTDA. assevera que a mesma foi quitada; e (iv) não há motivo que impeça a expedição de certidão negativa de débito relativamente à sua pessoa, de modo que a conduta da autoridade impetrada é manifestamente ilegal e, portanto, suscetível de correção pela via mandamental.

A segurança deve ser concedida.

Verifico, por primeiro, que, no que refere à empresa CGR Engenharia Ltda., foram apontados como óbices à emissão da certidão negativa de débitos - CND dois Autos de Infração (23383-E e 23166-E) e a Certidão da Dívida Ativa n. 1.888/2001.

Observo que, naquilo que diz respeito aos supra referidos dois autos de infração, ambos são de datas posteriores à saída do impetrante da empresa, ou seja, o A.I. n. 23383-E foi lavrado em 14.6.2012 e o A.I. n. 23166, em 18.4.2012.

Desse modo, considerando que o impetrante deixou a sociedade em 4.10.2011, não há porque considerá-lo responsável pelas dívidas tributárias epigrafadas.

No que se refere à CDA n. 1888/2001, o débito tributário é contemporâneo à participação do impetrante na sociedade empresária USIMIX Ltda.

Ocorre que o art. 135 do Código Tributário Nacional[1] imputa responsabilidade pessoal aos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quanto às obrigações tributárias, se forem as mesmas resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

No caso, a Procuradoria da Fazenda Estadual não apontou a existência de nenhum indício que comprove a responsabilidade pessoal do impetrante, não bastando para a caracterização da mesma o simples fato de ser sócio da empresa.

Ainda que se aplique o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a inclusão dos sócios na CDA ou na execução fiscal tem o condão de inverter o ônus da prova, isto é, nessas situações, dada a presunção de legitimidade da inscrição, caberia ao sócio a obrigação de comprovar não ter agido com excesso de poderes ou violação à lei ou ao contrato social, não há falar, no caso presente, dessa possibilidade, isso porque constato da análise dos documentos anexados aos autos (os quais não foram impugnados pelo Estado), que os sócios/responsáveis indicados na referida CDA são Carlos Gilberto Recalde, Kleber Luiz Recalde e a esposa do impetrante, Maria de Lurdes Lorusso Issa.

Ora, como se vê, não consta o nome do impetrante na referida CDA e, por conseguinte, não consta igualmente seu nome na execução. Assim, não há falar em impossibilidade de fornecer-lhe a certidão negativa de débito pretendida.

Demais disso, a ação executiva, segundo se apura da documentação juntada, encontra-se garantida por penhora e regularmente suspensa, dada a realização de parcelamento, tendo sido o débito relacionado à USIMIX Ltda. quitado.

1 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ante o exposto, concedo a segurança, ratificando a liminar concedida, para determinar que a autoridade coatora expeça, contados da intimação da concessão da medida, a certidão negativa de débitos em nome do impetrante.

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.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000684-51.2007.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE PARTILHA, C/C PETIÇÃO DE HERANÇA – HERDEIRO PRETERIDO NA PARTILHA AMIGÁVEL – COISA JULGADA – INOCORRÊNCIA – ARTIGO 472 DO CPC – ARTIGOS 2.027 DO CC E 1.029 DO CPC – PRESCRIÇÃO ÂNUA - NÃO APLICAÇÃO – PRAZO VINTENÁRIO OU DECENAL – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O herdeiro que não participou do inventário não está sujeito à eficácia de coisa julgada da sentença homologatória de partilha, consoante inteligência do artigo 472 do Código de Processo Civil. 2. As regras previstas no artigo 2.027 do Código Civil de 2002, assim como artigo 1.029, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, somente se aplicam aos casos em que a partilha é homologada com a participação dos herdeiros. Nessas hipóteses, a ação anulatória tem como matéria de discussão os chamados vícios do negócio jurídico, sendo o prazo prescricional efetivamente de um ano. 3. Segundo precedentes do STJ é de vinte anos o prazo da prescrição da ação de nulidade do herdeiro que não foi parte no ato de partilha, reduzido para 10 anos, com aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC.

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, 18 de novembro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

José Carlos Oliveira de Carvalho interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de nulidade de partilha, c/c petição de herança, que move contra o espólio de Arthur de Carvalho e seus sucessores Nelcides Oliveira de Carvalho e sua esposa Orlanda Lago Oliveira de Carvalho, Desuilton Oliveira de Carvalho e sua esposa Ana Maria Gonçalves de Carvalho, Maria Abadia de Oliveira Carvalho e Joaquim de Oliveira Carvalho, na qual foi acolhida a decadência e julgado improcedente o pedido. Sustenta o equívoco da sentença, pois a decretação da prescrição afronta o artigo 205 do Código Civil, haja vista que não se aplica a regra contida no art. 2.027 do Código Civil, porquanto na hipótese o pedido de nulidade de partilha foi formulado por herdeiro que não participou do arrolamento (partilha amigável). Aduz que o motivo do pedido de anulação da partilha não se deve a erro ou dolo ou mesmo quaisquer das hipóteses fundantes da ação rescisória, mas sim em razão da preterição de herdeiro na partilha. Entende que se aplica à espécie o prazo de 10 anos contido no art. 205 do Código Civil, com o dias *a quo* a partir do trânsito em

julgado da sentença de homologação da partilha e, portanto, não está prescrita a pretensão. Pugna pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença para afastar a prescrição.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 177-184).A Procuradoria de Justiça deixou de intervir em razão da ausência de interesse público (f.194-196).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Carlos Oliveira de Carvalho em face da sentença proferida nos autos da ação de nulidade de partilha, c/c petição de herança, que move contra o Espólio de Arthur de Carvalho e seus sucessores Nelcides Oliveira de Carvalho e sua esposa Orlanda Lago Oliveira de Carvalho, Desuilton Oliveira de Carvalho e sua esposa Ana Maria Gonçalves de Carvalho, Maria Abadia de Oliveira Carvalho e Joaquim de Oliveira Carvalho, objetivando sua reforma.

Versa a lide sobre pedido de nulidade de partilha, c/c petição de herança proposta por herdeiro preterido, ou seja, que não participou da Ação de Arrolamento onde ocorreu a partilha amigável dos bens deixados por sua genitora, Rosalina Teodoro de Carvalho.

O juízo *a quo*, com base no parecer do Ministério Público, decretou a prescrição por entender que, entre a data da homologação da partilha e a propositura da presente ação decorreram mais de 4 anos, ultrapassando, assim, o prazo prescricional ânuo previsto no art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil, e art. 1.029 do CPC.

Insurge-se o autor, em sede de apelação, alegando o equívoco da sentença, vez que o reconhecimento da prescrição afronta o artigo 205 do Código Civil, haja vista que não se aplica a regra contida no art. 2.027 do Código Civil, porquanto na hipótese o pedido de nulidade de partilha foi formulado por herdeiro que não participou do arrolamento (partilha amigável). Aduz que o motivo do pedido de anulação da partilha não se deve a erro ou dolo ou mesmo quaisquer das hipóteses fundantes da ação rescisória, mas sim em razão da preterição de herdeiro na partilha. Entende que se aplica à espécie o prazo de 10 anos contido no art. 205 do Código Civil, com o *dias a quo* a partir do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha e, portanto, não está prescrita a pretensão.

Assiste razão ao recorrente.

Tratando-se de pedido de nulidade de partilha, c/c petição de herança em razão da preterição de herdeiro na partilha, é correto concluir que não se aplicam os regramentos citados na sentença, vez que o art. 2.027 do Código Civil dispõe que:

> *"A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.*
>
> *Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha."*

Por outro lado, o art. 1.029 do CPC preconiza o seguinte:

> *A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.*

> *Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 (um) ano, contado este prazo:*
>
> *I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;*
>
> *II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;*
>
> *III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade."*

Importa registrar que referidas normas somente se aplicam aos casos em que a partilha é homologada com participação dos herdeiros. Nessas hipóteses, a ação anulatória tem como matéria de discussão os chamados vícios do negócio jurídico, sendo o prazo prescricional efetivamente de 1 ano.

No caso concreto objeto de análise, a pretendida declaração de nulidade da partilha não tem relação com a hipótese a que aludem referidos dispositivos, de forma que reafirmo ser inaplicável o prazo ânuo.

Consoante doutrina e jurisprudência reiterada do STJ, o herdeiro que não foi parte na ação judicial onde se homologou a partilha tem a possibilidade de entrar com a ação de nulidade ou de petição de herança, que no âmbito do Código Civil de 1916 previa 20 anos para prescrição e agora estipula 10 anos.

Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa leciona:

> *"Os herdeiros excluídos do inventário e da partilha, não tendo dela participado, devem utilizar-se da ação de nulidade ou petição de herança, cuja prescrição é vintenária (Código de 1916) (Supremo Tribunal Federal - RTJ 108/217, RT 567/235, 631/199). Não há que se admitir, pois, que o atual CPC tenha feito desaparecer essa ação de nulidade (com opinião contrária, Monteiro, 1977, v. 6:331; Rodrigues, 1978, v. 7:286; a favor, Wad, 1988:192). Ademais, a ação de petição de herança, cujo prazo de prescrição não se discute, julgada procedente, irá anular a partilha. Essa ação é cabível, como vimos, quando excluiu pessoas ou bens da partilha.(...)"*

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradas vezes que:

> *"o herdeiro preterido, que não participou do inventário, não está sujeito à eficácia da coisa julgada da sentença de partilha judicial, podendo promover a ação vintenária de nulidade de partilha* (CPC, artigos 472 e 1.030, III)" (AgRg no Ag 242.909/RJ, Rel Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/1999, DJ 17/04/2000, p. 63)

Aplica-se, portanto, a inteligência do art. 472 do CPC, que dispõe:

> *"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."*

A jurisprudência pátria é assente nesse sentido:

> *"NULIDADE DE PARTILHA Bem Herdeiro preterido Anulação Sentença reformada. PRESCRIÇÃO Ocorrência Partilha homologada por sentença Herdeiro que deixa de receber o respectivo quinhão Anulação de inventário e petição de herança Prazo vintenário que se inicia na data da abertura da sucessão Arts. 177 e 1.572, do CC/16 Incidência do princípio da 'actio nata' Coisa julgada na espécie."* (TJ-SP - APL: 00083323320128260002 SP 0008332-33.2012.8.26.0002, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 17/12/2013, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/12/2013)

E ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA -* ***NULIDADE DA PARTILHA - COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - ARTIGO 472 DO CPC - PRESCRIÇÃO - ARTIGO 1.029, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ARTIGO 2027, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - ARTIGO 178, § 6º, INCISO V, E 1.805 DO CC/1916 - INAPLICABILIDADE - ARTIGO 177 DO CC/1916 - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - AÇÃO PESSOAL - PRECEDENTES DO STJ -*** *MÉRITO - DECISÃO FUNDAMENTADA NOTADAMENTE EM PROVA EMPRESTADA - IMPUGNAÇÃO - PLEITO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA NÃO APRECIADO NOS PRESENTES AUTOS - INEFICÁCIA DO LAUDO QUE NÃO PODE IMPLICAR NA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA DEFICIENTE - ANULAÇÃO - REABERTURA - RAZOABILIDADE - CONTRADITÓRIO - AMPLA DEFESA. O herdeiro que não participou do inventário não está sujeito à eficácia de coisa julgada da sentença homologatória de partilha, consoante inteligência do artigo 472 do Código de Processo Civil. Consoante precedentes do STJ a ação a que se referem os artigos 178 e 1.805 do Código Civil de 1916, reprisados na norma inserta no artigo 2.027 do Código Civil de 2002, assim como artigo 1.029, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, somente se aplicam aos casos em que a partilha é homologada com a participação dos herdeiros. A ação investigatória de paternidade é ação de estado. Envolve discussão acerca de direito indisponível e personalíssimo do investigante e a pretensão de se alcançar, por meio de provas, a verdade real biológica acerca de sua origem genética. Os importantes e variáveis efeitos que o reconhecimento do estado de filiação projetam às partes litigantes em ação de investigação de paternidade devem ser objeto de intensa preocupação e reflexão por parte do julgador. Sempre que possível, o julgamento deve se pautar em prova confiável e segura, que, atualmente, é representada pelo exame científico de DNA. A utilização de prova emprestada deve se dar de maneira adequada, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, para que os seus destinatários tenham o exato conhecimento de seus termos e possam exercer de maneira lídima suas eventuais irresignações. Se o deferimento da pretensão de reconhecimento de paternidade baseou-se, notadamente, em prova pericial emprestada, não submetida ao crivo do contraditório, impõe-se a anulação da sentença e reabertura da instrução probatória, sob pena de restar configurado manifesto cerceamento de defesa."* (TJ-MG 103420607963860011 MG 1.0342.06.079638-6/001(1), Relator: ARMANDO FREIRE, Data de Julgamento: 17/03/2009, Data de Publicação: 24/04/2009) frisei

O Colendo Superior Tribunal de Justiça comunga desse entendimento:

> *"PROCESSUAL CIVIL. INCLUSÃO. PÓLO PASSIVO. POSTERIOR. CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ. CIVIL. PARTILHA. NULIDADE. HERDEIRO PRETERIDO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ADOÇÃO. CÓDIGO CIVIL. ÉPOCA ANTERIOR. ATUAL CONSTITUIÇÃO. MORTE. DE CUJUS. SUCESSÃO. ABERTURA. ÉPOCA POSTERIOR (1989). ADOTADO. FILHOS DO CASAMENTO. DISCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Não viola os arts. 264 e 294, ambos do CPC a inclusão no pólo passivo da demanda de maridos e esposas dos primitivos réus, posteriormente à citação destes, porquanto não efetivada nenhuma alteração na causa de pedir ou no pedido, restando incólume a estabilidade da causa.* ***2 - Segundo iterativos precedentes das Turmas especializadas em direito privado desta Corte a prescrição para anular partilha, onde preterido herdeiro necessário, é a vintenária.*** *3 - Aferir se há ilegitimidade passiva ad causam demanda revolvimento de aspectos fático-probatórios, vedados pela súmula 7-STJ. Precedentes do STJ. 4 - Ocorrida a morte da autora da herança em 1989, quando já em vigor o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, vedando qualquer tipo de discriminação entre os filhos*

> *havidos ou não do casamento, ou os adotivos, a recorrida, ainda que adotada em 1980, tem direito de concorrer aos bens deixados pela falecida, em igualdade de condições com os outros filhos, prevalecendo, nesse caso, os arts. 1572 e 1577, ambos do Código Civil de 1916. 5 - Recurso especial não conhecido."* (REsp 260.079/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 288) destaquei

E mais,

> *"INVENTÁRIO. ADJUDICAÇÃO. NULIDADE. HERDEIRO PRETERIDO. PRESCRIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. - Somente se justifica a nomeação de Curador Especial quando colidentes os interesses dos incapazes e os de seu representante legal.* ***Precedentes do STJ. - "É de vinte anos o prazo da prescrição da ação de nulidade do herdeiro que não foi parte no ato de partilha"*** *(REsp nº 45.693-2/SP). Recurso especial não conhecido."* (REsp 114.310/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2002, DJ 17/02/2003, p. 280) grifei

O prazo prescricional na espécie se inicia na data da abertura da sucessão, a qual se deu com a morte da genitora do autor em 25 de agosto de 2000 e, aplicando-se a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02, tem-se que quando da entrada em vigor da nova lei não havia transcorrido mais da metade do prazo de 20 anos, de forma que aplicável o prazo atual de 10 anos.

Visto isso, contando-se 10 anos a partir de agosto de 2000, o autor teria até agosto de 2010 para propor a presente ação e, como a interposição ocorreu em 29/10/2007, por certo que a pretensão não está atingida pela prescrição.

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação no sentido de reformar a sentença para afastar a prescrição, devendo os autos retornar à origem para prosseguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 18 de novembro de 2014.

***

Câmara Cível I - Mutirão
Apelação n. 0018613-46.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PARCERIA PECUÁRIA – PERECIMENTO DO GADO – ENCHENTE NO PANTANAL – CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – AFASTADOS – PERCENTUAL DE PERDAS PREVISTO NO CONTRATO – LEGALIDADE – REDUÇÃO APLICADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. São a imprevisibilidade e inevitabilidade elementos essenciais da excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior, o que não se vislumbra na espécie, pois é sabido que as fazendas localizadas no Pantanal estão sujeitas à alagamento e seus proprietários possuem meios de prever sua ocorrência e evitar perdas. 2. O limite legal previsto para perdas é de até 6%, estando o índice contratado de 2% dentro do esperado, não existindo qualquer abusividade ou ilegalidade que possa macular de nulidade a cláusula a esse respeito. 3. A prova testemunhal produzida em juízo comprova a enchente e informa que o gado se dispersou, devendo ser aplicada a cláusula de 2% de cobertura do prejuízo pela parceira contratante. APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – COTAÇÃO DA ARROBA DA VACA – ADOÇÃO DA PAUTA DE REFERÊNCIA FISCAL – GANHO DE PESO ESPERADO – INALTERADO POR VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DE PEDIDO RECONVENCIONAL – CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA CONVERSÃO DA ARROBA EM VALORES – JUROS A PARTIR DA CITAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Quanto à cotação da arroba da vaca, como as partes não produziram prova do valor praticado pelo mercado frigorífico à época, deve ser adotado como critério de julgamento a pauta oficial do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, ou seja, a Pauta de Referência Fiscal, publicada no Diário Oficial do Estado em 20 de outubro de 2006. 2. No que se refere à média de engorda, apurou-se o valor 1,54@, porém deve prevalecer a sentença que estabeleceu o ganho de 1,6@ para evitar *reformatio in pejus* neste ponto. 3. A compensação, porém, não depende de pedido reconvencional. Permanece inalterado o valor da cotação da arroba neste capítulo da sentença também para evitar *reformatio in pejus*. 4. A correção monetária deve incidir a partir da data da cotação adotada para o cálculo dos danos, ou seja, desde 20/10/2006, para evitar a defasagem causada pela inflação no período. 5. Os juros de mora incidem a partir do vencimento ou da interpelação (notificação) no caso de obrigação positiva e líquida (art. 397 do CC), o que não é o caso, em que o contrato se resolveu em perdas e danos, sendo mais adequada a aplicação do disposto no art. 405 do Código Civil, inserto no Capítulo III, Das Perdas e Danos, pelo qual contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível I - Mutirão 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, 27 de novembro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Maria Eleonora Sirha Fgliolini Zancaner interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de parcial procedência proferida nos autos da ação indenizatória que promove em face de Antonio Mendes Amado Filho. Sustenta que o juízo *a quo* reconheceu a obrigação do apelado na devolução de 150 reses que não foram entregues no dia 20/10/2006, contudo não adotou a cotação fornecida pela autora/apelante, utilizando-se de outra, inferior, referente a período diverso, o que não deve prevalecer, tanto para o cálculo dos danos emergentes, quanto dos lucros cessantes. Afirma que o juízo também reconheceu seu direito ao recebimento dos lucros cessantes referente à engorda dos 150 animais não entregues, adotando os valores apresentados pelo apelado de 3,2 @ em razão de notas fiscais juntadas, que, no entanto, na verdade, evidenciam o ganho de peso maior até do que as 5@ alegadas pela apelante, mas sim de 20@, devendo então prevalecer seu cálculo. Insurge-se também contra os parâmetros de correção e juros. Aduz que se trata de obrigação contratual inadimplida desde 20/10/2006, de modo que a mora não foi constituída com a citação, devendo incidir os juros a partir daquela data, consoante dispõe o art. 397 do Código Civil. Assevera que o mesmo raciocínio se aplica à correção monetária, a partir de quando inicia-se a desvalorização da moeda. Por fim, defende a impossibilidade de compensação dos valores das reses abatidas pela autora/apelante, porque os respectivos valores foram repassados ao apelado e não há prova de sua inadimplência, nem reconvenção para autorizar a condenação. Pugna pelo provimento.

Antonio Mendes Amado Filho também apela. Afirma que a sentença não aplicou o melhor direito ao não vislumbrar o nexo de causalidade entre a sua conduta e a morte e desaparecimento dos animais, ou seja, o falecimento de 8 reses no transporte. Argumenta que em contrato de parceria pecuária, como no caso, as partes assumem riscos recíprocos, partilhando os lucros e também sofrendo as perdas. Afirma que ficou comprovado por testemunhas que na época em que vigia o contrato, meados de 2005/2006, ocorreu uma grande enchente na região, que acabou por alagar todas a área em que o gado estava apascentado, o que culminou na morte por afogamento ou o retorno à origem. Conclui que restou provado que houve perda total do rebanho por fenômeno da natureza, estando ausente o dever de indenizar, ante o caso fortuito ou força maior, sobretudo por se tratar de parceria em que ambos os contratantes suportam as perdas e danos por eles não causados. Invoca o disposto no art. 334, IV, do CPC, considerando a desnecessidade de provas das perdas diante da presunção pelo fato notório, qual seja, a enchente de grandes proporções. Aduz também que no presente caso se aplica o princípio *res perit domino,* disciplinado nos artigos 238 e 240 do Código Civil, resolvendo-se a obrigação por que desapareceu seu objeto sem qualquer indenização, ante a ausência de culpa. Ressalta, ainda, que o art. 1.217 do Código Civil estabelece que o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa, como na hipótese. Por fim, sustenta a existência de abuso ou ilegalidade do contrato ao limitar em até 2% a responsabilidade da parte autora pelos prejuízos sofridos, quando o admitido para a região e também pelo Decreto n. 8.354/95, considerando-se as características do rebanho, é do percentual de mortalidade de até 6%. Alternativamente, defende que deve ao menos ser considerado o percentual de 2% previsto no contrato, porque comprovada a enchente que levou à morte de animais. Pugna pelo provimento.

As partes apresentaram contrarrazões recíprocas.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes, objetivando a reforma da sentença de parcial procedência proferida nos autos da Ação Indenizatória que Maria Eleonora Sirha Figliolini Zancaner promove em face de Antonio Mendes Amado Filho.

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou a demanda alegando que firmou com o réu contrato de parceria pecuária, em que lhe entregou 200 vacas para engorda e posterior abate com divisão em 50% dos resultados, porém não houve pagamento ou devolução de 150 reses. Em defesa o réu alegou que 50 cabeças foram encaminhadas para abate aos cuidados da autora e esta não lhe repassou os lucros e o restante pereceu, tendo morrido 8 no transporte, 10 por afogamento e o remanescente se perdeu por ocasião da enchente que assolou sua fazenda, de modo que não há obrigação de indenizar por motivo de força maior. O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos condenando o réu ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes, realizando a compensação dos valores referentes às 50 vacas abatidas pela autora.

Em razão da prejudicialidade das matérias aventadas nos recursos, analiso primeiramente a apelação interposta pelo réu.

Insurge-se o apelante contra o dever de indenizar, argumentando que em contrato de parceria pecuária, como no caso, as partes assumem riscos recíprocos, partilhando os lucros e também sofrendo as perdas. Afirma que ficou comprovado por testemunhas que na época em que vigia o contrato, meados de 2005/2006, ocorreu grande enchente na região, que acabou por alagar toda a área em que o gado estava apascentado, o que culminou na morte por afogamento ou o retorno à origem. Conclui que restou provado que houve perda total do rebanho por fenômeno da natureza, estando ausente o dever de indenizar, ante o caso fortuito ou força maior. Invoca o disposto no art. 334, IV, do CPC, considerando a desnecessidade de provas das perdas, diante da presunção pelo fato notório, qual seja, a enchente de grandes proporções. Aduz também que no presente caso se aplica o princípio *res perit domino,* disciplinado nos artigos 238 e 240 do Código Civil, resolvendo-se a obrigação por que desapareceu seu objeto sem qualquer indenização, ante a ausência de culpa. Ressalta, ainda, que o art. 1.217 do Código Civil estabelece que o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa, como na hipótese.

Não merecem prosperar tais razões.

Pois bem.

Muito embora as testemunhas tenham comprovado a ocorrência da enchente na região, tenho que este fato não pode ser considerado imprevisível a ponto de desonerar o apelante de sua obrigação contratual.

Sérgio Cavalieri Filho[1] leciona com clareza costumeira: *"(...) Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação."*

Deste modo, são a imprevisibilidade e inevitabilidade elementos essenciais desta espécie de excludente de responsabilidade, o que não se vislumbra na espécie.

É sabido que as fazendas localizadas no Pantanal estão sujeitas à alagamento e seus proprietários possuem meios de prever sua ocorrência mediante o acompanhamento de réguas, aumento da vazão dos rios e notícias de chuvas nas cabeceiras.

Por certo que existem alterações na intensidade das enchentes de um ano para o outro, porém o proprietário de uma fazenda na beira do Rio São Lourenço, detentor de gado sob sua responsabilidade

1 **Programa de Responsabilidade Civil,** 2. ed., São Paulo: Malheiros, p. 66

dado em parceria, tem a obrigação de se precaver, no mínimo, marcando (ou contramarcado) o gado e conduzindo-o a local de menor risco, sob pena de responder pelas perdas decorrentes de sua desídia, como ocorreu na hipótese.

Por fim, sustenta o apelante a existência de abuso ou ilegalidade do contrato ao limitar em até 2% a responsabilidade da parte autora pelos prejuízos sofridos, quando o admitido para a região e também pelo Decreto n. 8.354/95, considerando-se as características do rebanho, é do percentual de mortalidade de até 6%.

Como bem observa o apelante, o limite previsto é de até 6%, estando o índice de 2% dentro do esperado, não existindo qualquer abusividade ou ilegalidade que posse macular de nulidade o contrato a esse respeito.

Alternativamente, defende o apelante que deve ao menos ser considerado o percentual de 2% previsto no contrato, porque comprovada a enchente que levou à morte de animais.

De fato, a prova testemunhal produzida em juízo (CD de f. 212) comprova a enchente e informa que o gado se dispersou, devendo ser aplicada a cláusula 4ª que estabelece:

> *"Fica convencionado entre as partes contratantes, que as vacas que morrerem no tratamento, objeto deste contratado, como peste, enchentes etc e caso fortuito até o limite de 2% será coberto pelo PARCEIRO CONTRATANTE superior a esse montante de responsabilidade do PARCEIRO TRATADOR."*

Sendo assim, sobre as 150 cabeças de gado não entregues deve ser aplicado o índice de perda contratualmente previsto de 2% coberto pela contratante, ficando então o apelante/parceiro tratador obrigado a devolver o equivalente a 147 reses, casco, e o respectivo resultado da engorda.

Desta feita, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Antonio Mendes de Amado Filho, reformando a sentença para que seja obrigado a devolver o equivalente a 147 reses, casco, e o respectivo resultado da engorda.

Passo ao exame do recurso interposto por Maria Eleonora Sirha Figliolini Zancaner.

Insurge-se a apelante contra o ganho de peso e a cotação da arroba da vaca adotados pelo juízo para a liquidação dos valores da condenação a título de danos emergentes e lucros cessantes. Recorre também dos parâmetros de correção monetária e juros de mora, além da possibilidade de compensação com reses abatidas pelo apelado.

Pois bem.

Quanto à cotação, verifico que a autora/apelante indica na inicial o valor da arroba do boi gordo em 20/10/2006, qual seja, R$ 62,00, a qual o juízo *a quo* não adotou na sentença, porque impugnada pelo réu/apelado, uma vez que o contrato trata de parceria para engorda de vacas. Ocorre que o juízo, na falta de melhores parâmetros, adotou a cotação de fevereiro de 2006, no importe de R$43,00 a arroba.

A meu ver, o critério utilizado pelo juízo é tão falho quanto o pretendido pela autora/apelante, porque embora se trate de vaca, se refere a oito meses antes da data prevista para o encerramento do contrato.

Assim, tenho que, como as partes não produziram prova do valor da arroba da vaca praticado pelo mercado frigorífico à época, deve ser adotado como critério de julgamento a pauta oficial do Governo

do Estado de Mato Grosso do Sul, ou seja, a Pauta de Referência Fiscal, transação interna, publicada no Diário Oficial do Estado em 20 de outubro de 2006[2], página 2, que indica o valor de R$ 56,00 a arroba da vaca gorda.

Quanto à perda patrimonial considerada pelo juízo (capítulo 2.2.4 da sentença), diante dos parâmetros até aqui estabelecidos, deve ser reformada para computar 147 vacas entregues na contratação (já descontados 2% de perda) ao peso de 7 arrobas cada, o que equivale a um total de 1029 arrobas, que multiplicadas pela cotação oficial de R$ 56,00, obtém-se o valor de R$ 57.624,00, de perda patrimonial a ser reparada.

No que se refere aos lucros cessantes (capítulo 2.2.5 da sentença), equivalente ao que a autora/apelante deixou de lucrar, ou seja, 50% do peso excedente às 7@ no abate, o juízo adotou as notas apresentadas pelo réu/apelado (f. 63), concluindo pelo ganho médio de peso de 3,2@. A autora afirma que estas mesmas notas, na verdade, trazem ganho médio de 20@, tendo o juízo se equivocado na conta.

Cumpre-nos então averiguar o peso médio dos animais no abate através dos canhotos juntados à f. 63 para aferir o valor correto do ganho de peso a ser considerado. Alerto, por oportuno, que o rendimento médio de 53% indicado na notícia de f. 24 se refere ao boi e não à vaca, a qual é abatida com rendimento médio de 50%, segundo a regra geral de experiência.

Na primeira nota (n. 14638), considera-se o peso bruto de 15.540kg, reduzindo a tara de 10.070kg, chega-se ao peso de 5.470kg para 18 vacas, ou seja, 303,88 kg por vaca viva. No abate, contudo, paga-se 50% deste valor, que equivale a 151,94 kg. Considerando que uma arroba equivale a 15 kg, chega-se a média de 10,12 @ por vaca abatida.

Faremos o mesmo cálculo para cada nota, a fim de verificar a média entre elas.

Na nota n. 14639, considera-se o peso bruto de 16.100kg, reduzindo a tara de 10.950kg, chega-se ao peso de 5.150kg para 17 vacas, ou seja, 302,94 kg por vaca viva. No abate, paga-se 50%, que equivale a 151,47 kg. Considerando que uma arroba equivale a 15 kg, chega-se a média de 10,09 @ por vaca abatida.

Na nota n. 14641, considera-se o peso bruto de 15.480kg, reduzindo a tara de 10.090kg, chega-se ao peso de 5.390kg para 18 vacas, ou seja, 299,44kg por vaca viva. No abate, paga-se 50%, que equivale a 149,72kg. Considerando que uma arroba equivale a 15 kg, chega-se a média de 9,98 @ por vaca abatida.

Na nota n. 14642, considera-se o peso bruto de 15.480kg, reduzindo a tara de 10.050kg, chega-se ao peso de 5.430kg para 18 vacas, ou seja, 301,66kg por vaca viva. No abate, paga-se 50%, que equivale a 150,83kg. Considerando que uma arroba equivale a 15 kg, chega-se a média de 10,05 @ por vaca abatida.

Na nota n. 14643, considera-se o peso bruto de 16.120kg, reduzindo a tara de 10.630kg, chega-se ao peso de 5.490kg para 18 vacas, ou seja, 305kg por vaca viva. No abate, paga-se 50%, que equivale a 152,50kg. Considerando que uma arroba equivale a 15 kg, chega-se a média de 10,16 @ por vaca abatida.

Portanto, temos cinco cargas, com ganho de 10,12 @, 10,09 @, 9,98 @, 10,05 @ e 10,16 @, respectivamente, o que corresponde a média de 10,08@. Engorda de 3,08 @, cabendo metade à autora/apelante, ou seja, 1,54@.

Deve, porém, prevalecer a sentença que estabeleceu o ganho de 1,6@ para evitar *reformatio in pejus* neste ponto.

2 <https://ww1.imprensaoficial.ms.gov.br/pdf/DO6832_20_10_2006.pdf> consultado em 26/11/2014

Anoto, contudo, que as 1,6@ devem ser calculadas consoante a pauta oficial, bem como os 2% de perda, já adotados neste acórdão, o que implica em lucros cessantes no valor de 147 vacas x 1,6@ x R$ 56,00, resultante em R$ 13.171,20, o que a autora/apelante deixou de lucrar e deve ser indenizada.

A autora/apelante se insurge também contra a compensação determinada na sentença entre seu crédito e o lucros das 50 cabeças que lhe teriam sido previamente entregues para abate, ainda pendente da partilha.

Defende a impossibilidade de compensação dos valores das reses abatidas pela autora/apelante, porque os respectivos valores foram repassados ao apelado e não há prova de sua inadimplência, nem reconvenção para autorizar a condenação.

A compensação, porém, não depende de pedido reconvencional. Nesse sentido:

> *"CUMPRIMENTO DE PARTILHA. DIVISÃO DE BENS. ALIENAÇÃO. DÍVIDA. COMPENSAÇÃO. RECONVENÇÃO 1. CABE AO CÔNJUGE VIRAGO INDENIZAÇÃO EM VALOR EQUIVALENTE A 50% (CINQÜENTA POR CENTO) DOS BENS COMUNS ALIENADOS APÓS A A SEPARAÇÃO DO CASAL. 2. AS DÍVIDAS CONTRAÍDAS ANTES DA SEPARAÇÃO JUDICIAL TAMBÉM DEVEM SER PARTILHADAS NA PROPORÇÃO DE 50% (CINQÜENTA POR CENTO) PARA CADA CÔNJUGE. 3.* ***ADMITE-SE A COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS, AINDA QUE NÃO HAJA PEDIDO RECONVENCIONAL, SE A QUESTÃO É SUSCITADA NA CONTESTAÇÃO E DECORRE DE FORMA LÓGICA DA PARTILHA****. 4. APELO PROVIDO EM PARTE."* (TJ-DF - APC: 20060410080275 DF , Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 13/03/2008, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 24/03/2008 Pág. : 115) - destaquei

Embora a autora/apelante afirme que partilhou os lucros das 50 reses com o réu/apelado, não realizou prova do pagamento, devendo ser mantida a sentença neste ponto. Deixo de alterar também o valor da cotação da arroba neste capítulo da sentença para evitar *reformatio in pejus*.

Então, dos lucros cessantes, aqui majorados para R$ 13.171,20, devem ser compensados R$ 3.440,00 de crédito definido na sentença ao apelado, referente ao lucro das 50 vacas devolvidas, resultando em R$ 9.731,20.

Por fim, a autora/apelante recorre também do termo inicial dos juros de mora e correção monetária. Aduz que se trata de obrigação contratual inadimplida desde 20/10/2006, de modo que a mora não foi constituída com a citação, devendo incidir os juros a partir daquela data, consoante dispõe o art. 397 do Código Civil. Assevera que o mesmo raciocínio se aplica à correção monetária, a partir de quando se inicia a desvalorização da moeda.

A correção monetária deve incidir a partir da data da cotação adotada para o cálculo dos danos, ou seja, desde 20/10/2006.

Como se sabe, a correção monetária não constitui parcela que se agrega ao principal, mas simplesmente recomposição do valor e poder aquisitivo deste. Trata-se, apenas, na verdade, de nova expressão numérica do valor monetário aviltado pela inflação. Quem recebe com correção monetária não recebe um "plus", mas apenas o que lhe é devido, em forma atualizada.

Em verdade, a correção monetária visa a corrigir, simplesmente, a expressão monetária da obrigação, preservando o seu valor intrínseco, o poder aquisitivo da moeda. Portanto, a correção monetária é devida desde a data da cotação, ou seja, do efetivo prejuízo, para preservar o poder de compra do valor da indenização e, consequentemente, evitar o enriquecimento ilícito ou sem causa do parceiro tratador.

Este Tribunal assim decidiu em caso semelhante:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – EVOLUÇÃO DA ERA DOS ANIMAIS – INEXISTÊNCIA NO TÍTULO DE TAL OBRIGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – ADICIONAL DE 10% – COBRANÇA DE VERBA ESTRANHA AO PACTUADO – EXCLUSÃO – JUROS MORATÓRIOS – CONTAGEM A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA (ARTIGO 219 DO CPC) – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EFETIVO PREJUÍZO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Na execução lastrada em contrato de parceria pecuária, em que não se fala em evolução da era do gado, basta para a quitação do débito a entrega dos semoventes que se enquadram nas especificações ou seu valor equivalente. Necessária se faz a exclusão de adicional estranho ao contrato, ainda mais se os honorários relativos ao processo executivo já haviam sido fixados provisoriamente. O termo de incidência dos juros moratórios deve ser a partir da citação válida, oportunidade em que o devedor foi constituído em mora, conforme estabelece o artigo 219 do Código de Processo Civil. A correção monetária não é um plus a incidir sobre o débito, mas mero fator de atualização da moeda, em face da inflação, e deve incidir a partir da data do efetivo prejuízo." (Súmula 43 do STJ)."* (TJ/MS, Apelação Cível - Execução - N. 2003.004993-2/0000-00, Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves. 1ª Câmara Cível, julgamento: 1º.3.2007)

Logo, reformo a sentença também no capítulo referente à correção monetária, para que esta incida a partir da data da cotação da arroba da vaca adotada para o calculo da indenização, ou seja, desde 20/10/2006.

Quanto aos juros de mora, não cabe o mesmo raciocínio como pretende a apelante.

Para que passem incidir juros, o devedor deve ser constituído em mora.

Nos termos do art. 397 do Código Civil, invocado pela apelante:

> *"Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.*
>
> *Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial."*

Assim, os juros de mora incidem a partir do vencimento ou da interpelação (notificação) no caso de obrigação positiva e líquida, o que não é o caso, em que o contrato se resolveu em perdas e danos, sendo mais adequado a aplicação do disposto no art. 405 do Código Civil, inserto no Capítulo III Das Perdas e Danos, *in verbis: "Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial."*

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu Antonio Mendes Amado Filho, reformando a sentença para que seja obrigado a devolver o equivalente a 147 reses, casco faltante, e o respectivo resultado da engorda desse remanescente. Em prosseguimento, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora Maria Eleonora Sirha Figliolini Zancaner reformando a sentença quanto à cotação adotada para o cálculo das perdas e danos, para ser utilizada a pauta oficial, bem como alterar o termo inicial da correção monetária, para que esta incida a partir da data da cotação. Com isso, fica o réu/apelado condenado ao pagamento de R$ 57.624,00 de dano patrimonial e R$ 9.731,20 de lucros cessantes, acrescidos de correção monetária a partir de 20/10/2006 e juros de mora a contar da citação, além de honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

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. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de novembro de 2014.

***

Câmara Cível I - Mutirão
Apelação n. 0801468-95.2012.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE BEM IMÓVEL – NÃO INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE DO EXECUTADO – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 12, § 2º, DA LEF, e ART. 655, § 2º, DO CPC – NULIDADE DOS DEMAIS ATOS INCLUSIVE DA ARREMATAÇÃO (ART. 694, § 1º, I, CPC) – RETORNO DOS AUTOS À SUA ORIGEM – RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PELO ARREMATANTE A CARGO DO CREDOR – ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS NO APELO – PREJUDICADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Comprovado que o executado era casado, tem-se que em razão do deferimento do pedido de conversão do arresto em penhora, sua esposa também deveria ter sido intimada por força não só do que dispõe a lei específica de execução fiscal, como o próprio Código de Processo Civil. Aludida intimação constitui-se em ato que integra a penhora para fins de validade dos demais atos que se seguirem, de forma que sua inobservância gera a nulidade dos atos posteriores (art. 248 do CPC).

2. Verificando-se que a declaração de nulidade enseja também na nulidade da arrematação, o Município credor deverá proceder a restituição dos valores desembolsados pela arrematante, inclusive os honorários do leiloeiro, devidamente corrigidos pelo INPC/FIPE, no caso de ter procedido ao levantamento dos valores depositados nos autos. 3. Fica prejudicada a análise das demais questões suscitadas no apelo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de novembro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Casturina de Morais interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido formulado nos presentes embargos de terceiro promovido em face de Município de Chapadão do Sul e Sandra Luiza de Freitas. Aduz que o imóvel penhorado na ação de execução fiscal também pertencia a apelante, já que era casada com o executado pelo regime da comunhão universal de bens; que aludido bem foi levado à hasta pública sem o seu conhecimento e em desobediência a legislação de regência; que a intimação por edital acerca da penhora foi realizada apenas em nome do executado; que a apelante reside no imóvel objeto de penhora, servindo de sua moradia exclusiva, fato este constatado nos

autos; que atualmente o próprio IPTU é cobrado em nome da embargante E que é obrigatória a intimação do cônjuge, quando a penhora recair sobre bem imóvel. No mais, sustentou a ocorrência de nulidade, em razão de não ter sido nomeado Curador Especial ao executado, bem como o desrespeito ao direito da meação. Pugnou pelo provimento do recurso, com a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor do proveito econômico.

Em contrarrazões, o Município apelado defendeu a regularidade dos atos processuais, requerendo ao final o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Casturina de Morais, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido formulado nos presentes Embargos de Terceiro promovido em face de Município de Chapadão do Sul e Sandra Luiza de Freitas.

Pelo que se vislumbra dos presentes autos, em dezembro/2004, o Município de Chapadão do Sul ingressou com ação de execução fiscal em face de José Malaquias de Morais, tendo por objeto o inadimplemento do IPTU referente ao imóvel localizado na rua K, Qd D-04, Lt 31, nº 166, Bairro Esperança (f.50-52). Formalizada a citação do executado, este parcelou o débito, o que ensejou na suspensão do processo (f.69). Em razão do não cumprimento do acordo, designou-se audiência de conciliação (f.75). Determinada intimação do executado, o oficial de justiça dirigiu-se à rua K, Qd D-04, Lt 31, nº 166, do Bairro Esperança, tendo certificado que foi recebido por Casturina de Morais, que lhe informou que o executado era seu ex-esposo e não residia mais em Chapadão do Sul; que ela iria comparecer a audiência para tentar um acordo (f.79). Ocorre que a sra. Casturina não compareceu na audiência (f.80), razão pela qual foi determinada a intimação do executado para pagar o valor em execução ou nomear bens à penhora (f.91). Novamente, o oficial de justiça dirigiu-se a rua K, Qd D-04, Lt 31, nº 166, Bairro Esperança, onde certificou que no local residia Rosangela (inquilina), a qual lhe informou que o executado encontrava-se em local incerto e não sabido, tendo efetuado o arresto (f.105). Intimado, o Município requereu a conversão do arresto em penhora (f.108), o que foi deferido (f.113). Expedido mandado para intimação da penhora, o oficial foi até a rua K, Qd D-04, Lt 31, nº 166, Bairro Esperança, onde encontrou tão somente a inquilina Juliana, que disse desconhecer o endereço do executado, que o valor do aluguel era depositado na conta da ex-mulher de José Malaquias de Morais, de quem alugava o imóvel (f.120). Ao manifestar-se o Município requereu a intimação do executado via edital (f.122), o qual foi expedido em março/2011 (f.128). Requerida a alienação em hasta pública (f.134), o exequente anexou os documentos necessários para tal fim, sendo certo que em conformidade com a atualização do débito apresentada à f.150, no espaço destino a indicação do nome do contribuinte apareceu o nome de Casturina de Morais. Contudo, ainda assim o Município requereu a intimação apenas de José Malaquias de Morais, acerca das datas designadas para a hasta pública (f.162), o que foi deferido (f.155-160). Em ato contínuo, o imóvel localizado a rua K, Qd D-04, Lt 31, nº 166, Bairro Esperança, foi arrematado em hasta pública por Sandra Luiza de Freitas, pelo valor de R$ 15.500,00, acrescido de R$ 775,00 (comissão do leiloeiro), totalizando R$ 16.275,00 (f.162-163), sendo a carta de arrematação assinada em 04/10/2012, com a emissão do respectivo mandado de imissão de posse (f.173).

Inconformada a ora apelante interpôs embargos de terceiro, o qual foi julgado improcedente (f.209-212). Em grau de recurso, alega a recorrente que o imóvel penhorado na ação de execução fiscal também lhe pertencia, já que era casada com o executado pelo regime da comunhão universal de bens; que aludido bem foi levado à hasta pública sem o seu conhecimento e em desobediência a legislação de regência; que a intimação por edital acerca da penhora foi realizada apenas em nome do executado; que a apelante

reside no imóvel objeto de penhora, servindo de sua moradia; que atualmente o próprio IPTU é cobrado em nome da embargante e que é obrigatória a intimação do cônjuge, quando a penhora recair sobre bem imóvel. Destacou, ainda, a ocorrência de nulidade, em razão de não ter sido nomeado Curador Especial ao executado, bem como o desrespeito ao direito da meação.

De fato, o documento de f. 35 comprova que a apelante Casturina de Morais era casada com o executado José Malaquias de Morais desde 16/10/1971, sendo que em relação ao regime de bens adotado, aludido documento encontra-se parcialmente ilegível, não sendo possível aferir se a comunhão de bens ali indicada é total ou parcial. Todavia, ainda assim, de acordo com o disposto no art. 12, § 2º, da Lei 6.830/80, tem-se que:

> *"Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação."*
>
> *Vale destacar que o CPC, em seu art. 655, § 2º, aduz que:*
>
> *"Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge executado."*

Portanto, comprovado que o executado era casado, tem-se que em razão do deferimento do pedido de conversão do arresto em penhora, sua esposa também deveria ter sido intimada por força não só do que dispõe a lei específica de execução fiscal, como o próprio Código de Processo Civil. Aludida intimação constitui-se em ato que integra a penhora para fins de validade dos demais atos que se seguirem, de forma que sua inobservância gera a nulidade dos atos posteriores.

Acerca da matéria, confira a jurisprudência:

> *"PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - PROVA - INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO OU PARTICIPAÇÃO - DESNECESSIDADE. 1. É do credor a responsabilidade pela localização de bens penhoráveis do devedor. Dizendo-se comprovada, pelo acórdão, a utilização do imóvel penhorado como residencial, cabia ao credor demonstrar a existência de outros bens penhoráveis e, se imóveis de utilização residencial, solicitar a penhora daquele de menor valor. 2.* ***É imprescindível a intimação do cônjuge da penhora incidente sobre imóvel do casal. Art. 12, § 1º, da LEF.*** *3. É desnecessária a autorização ou a participação do cônjuge nos embargos à execução, bastando à validade do processo sua intimação da penhora. 4. Recurso especial não provido."* (REsp 1026276/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 04/11/2008) destaquei.
>
> *"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE BEM IMÓVEL - LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA INTERPOR EMBARGOS À EXECUÇÃO OU DE TERCEIRO. 1.* ***A intimação do cônjuge é imprescindível, tratando-se de constrição que recaia sobre bem pertencente ao casal, constituindo sua ausência causa de nulidade dos atos posteriores à penhora.*** *2. É cediço nesta Corte que: A intimação do cônjuge enseja-lhe a via dos embargos à execução, nos quais poderá discutir a própria causa debendi e defender o patrimônio como um todo, na qualidade de litisconsorte passivo do(a) executado(a) e a via dos embargos de terceiro, com vista à defesa da meação a que entende fazer jus.(REsp 252854 / RJ, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 11.09.2000). 3. Falecendo o cônjuge, a intimação deve operar-se na pessoa do representante do espólio da mesma, porquanto a constrição influi no regime jurídico do bem do acervo. Deveras, por força dos arts. 12 da Lei nº 6.830/80 e 669 do CPC, o cônjuge e a fortiori o seu espólio, são partes legitimadas para oferecerem embargos à execução e, nessa qualidade deveriam ter sido intimados. 3. In casu, o cônjuge foi intimado em 12.11.2001 no lugar de sua esposa falecida, sendo certo que o recorrente e demais partes interessadas protocolaram*

> *no dia 04.12.2001 os embargos à execução. 4. Dessarte, nesse incidente o cônjuge é parte, aplicando-se, analogicamente o artigo 43 do CPC, verbis: Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265. 5. O espólio não se limita à interposição dos embargos de terceiro, podendo suceder o de cujos, ajuizando, inclusive, embargos à execução, a fim de proteger a fração ideal que lhe pertence, da penhora realizada. 6. Recurso especial provido, para determinar o recebimento dos embargos do espólio, ora recorrente, a fim de processá-lo."* (REsp 740.331/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 318) destaquei.

> *"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - APLICAÇÃO DA DIALETICIDADE POR TRAZER AS MESMAS TESES DA PETIÇÃO INICIAL - AFASTADA - A* ***USÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE DIANTE DA PENHORA DE BENS IMÓVEIS DO EXECUTADO - NULIDADE DECLARADA*** *- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se o apelante trouxe capítulo expresso para apontar o suposto erro na decisão judicial, ainda que as teses tenham sido as mesmas da petição inicial, não se fala em aplicação do princípio da dialeticidade.* ***Se houve a penhora e a esposa não foi intimada, esta intimação está eivada de nulidade, e, portanto, ela deve ser renovada e será reaberto novo prazo para apresentação de embargos****, agora, para ambos os cônjuges.* ***O prazo para embargos somente se abre com a intimação, isso significa dizer que ele vem após a intimação e, se a intimação foi anulada, o ato deve ser refeito, uma vez que a anulação dos atos anteriores importa em nulidade dos atos posteriores*** *(artigo 248 do CPC)."* (TJ-MS - AC: 11934 MS 2005.011934-2, Relator: Des. Hamilton Carli, Data de Julgamento: 14/09/2005, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 13/10/2005) destaquei.

Portanto, ainda que se diga que por ocasião da expedição de mandado de intimação do executado para comparecimento em audiência de conciliação, a apelante tenha tomado ciência da ação executiva, é fato que não tendo sido formalizada a sua intimação acerca da conversão do arresto em penhora, nos termos do que preceitua o art. 12, § 2º, da LEF, há que ser declarada a nulidade de todos os atos que se seguiram, em consonância com o disposto no art. 248 do CPC.

Vale observar que várias foram as oportunidades para o credor pleitear a regularização do processo em relação à esposa do executado, ou seja, antes da realização da hasta pública, já que por mais de uma vez o oficial de justiça dirigiu-se ao endereço do imóvel constritado, certificando num primeiro momento que ali residia a ex-esposa do executado, sendo que em duas outras ocasiões foi informada a existência de inquilinos, cujo contrato de locação era mantido com a ex-mulher e não com o executado, demonstrando de forma clara a existência do cônjuge.

Por fim, merece ser dito que ao providenciar a documentação para fins de parcelamento do imóvel, o próprio credor anexou a planilha de evolução do débito de f. 150, onde figurava o nome da apelante Casturina de Morais como contribuinte e ainda assim requereu apenas e tão somente a intimação do executado, restando manifesta sua desídia.

Por outro lado, embora já realizada a arrematação e assinado o respectivo Termo, tem-se que em consonância com o art. 694, § 1º, do CPC:

> *"A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:*
>
> *"I – por vício de nulidade;"*

Ora, se a penhora não estava devidamente formalizada, já que faltou a intimação da esposa do executado, o caso é de nulidade que contamina os demais atos processuais, inclusive a própria alienação em hasta pública, fazendo-se incidir no caso em tela o disposto no inciso I, do art. 694, do CPC.

Posto isto conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento para o fim de declarar a nulidade do processo à partir da conversão do arresto em penhora, devendo os autos retornarem a sua origem para fins de intimação da apelante, como esposa do executado, em cumprimento ao art. 16, III, da LEF. No mais, verificando-se que a declaração de nulidade enseja também na nulidade da arrematação e consequente carta de arrematação, ao que consta já expedida, fica desde já determinado ao Município de Chapadão do Sul que proceda a restituição dos valores desembolsados pela arrematante, inclusive os honorários do leiloeiro, devidamente corrigidos nos termos da Lei n. 11.960/2009, no caso de ter procedido ao levantamento dos valores depositados nos autos, ficando prejudicada a análise das demais questões suscitas no apelo.

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. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000081-41.1999.8.12.0044 - Sete Quedas
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DOS DEVEDORES – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO – ARTIGO 791, III, CPC – JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – IMPRESCINDIBILIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA.

1. A ausência de bens penhoráveis dos devedores acarreta à suspensão da execução e não a extinção do feito, nos termos do artigo 791, III, do Código de Processo Civil.

2. O processo executivo deverá ser suspenso pelo prazo máximo de 1(um) ano, ao final deste período o credor deverá ser intimado para apresentar bens do devedor ou requerer medidas efetivas para prosseguimento da execução, sob pena de não renovação da suspensão processual e fluência do prazo prescricional.

3. É vedada a concessão *ex officio* do benefício da assistência judiciária gratuita, uma vez que imprescindível o pedido expresso pela parte interessada e a comprovação da sua situação de miserabilidade.

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, afastar a justiça gratuita e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de julho de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Banco do Brasil S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da Comarca de Sete Quedas que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial movida em desfavor de Laminados Sete Quedas e outros, extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual.

Afirma que não localizou bens passíveis de penhora em nome dos executados e por isso pediu a suspensão da execução. Sustenta que a execução não deveria ser extinta, mas suspensa, nos termos do artigo 791, III, do Código de Processo Civil. Assevera que a suspensão da execução por não localização de bens penhoráveis não acarreta a prescrição intercorrente. Questiona a concessão de justiça gratuita,

ex officio, aos executados que sequer formularam tal requerimento. Prequestiona os artigos 267, VI, e 791, III, do Código de Processo Civil. Por fim, pede o provimento do recurso para que a sentença seja anulada, com deferimento do requerimento de suspensão processual e revogação da justiça gratuita concedida aos executados.

Contrarrazões apresentadas às f. 184-188.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco do Brasil S/A contra sentença proferida pelo juízo da Comarca de Sete Quedas que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial movida em desfavor de Laminados Sete Quedas e outros, extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual, f. 163.

Alega que não localizou bens passíveis de penhora em nome dos executados e por isso pediu a suspensão da execução. Sustenta que a execução não deveria ser extinta, mas suspensa, nos termos do artigo 791, III, do Código de Processo Civil. Assevera que a suspensão da execução por não localização de bens penhoráveis não acarreta prescrição intercorrente. Questiona a concessão de justiça gratuita de ofício aos executados que sequer formularam tal requerimento. Prequestiona os artigos 267, VI, e 791, III, do Código de Processo Civil.

O apelante ajuizou execução para cobrança de título extrajudicial em desfavor da empresa devedora e dos fiadores da dívida. As tentativas de localização de bens para adimplemento do débito foram infrutíferas (f. 62, verso; 69, verso; 149-150), motivo pelo qual o exequente requereu a suspensão da execução.

O magistrado *a quo* extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que o longo lapso temporal do processo executivo e a insolvência dos devedores acarretou falta de interesse processual ao exequente.

De fato, do ajuizamento da execução até a prolação da sentença se passaram mais de 12 (doze) anos, no entanto, durante esse período, o exequente deu andamento à execução e efetuou diligências a fim de localizar bens passíveis de penhora, mas não logrou êxito.

O longo lapso temporal do processo de execução, por si só, não retira o interesse de agir do exequente se este deu andamento ao feito. Aquele que está inadimplente não pode esperar que o tempo simplesmente "apague" suas dívidas. A não localização de bens penhoráveis do devedor acarreta à suspensão do processo executivo. Nesse sentido:

> *"EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. BAIXA DOS AUTOS NO DISTRIBUIDOR. IMPOSSIBILIDADE. ARQUIVAMENTO ATÉ QUE SEJAM LOCALIZADOS OS BENS DO DEVEDOR. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1.- A falta de bem penhorável, não importa na extinção do processo de execução ou na baixa no Distribuidor, mas apenas enseja seu arquivamento provisório até que sejam localizados bens do devedor, nos termos do Art. 791, III, do CPC. 2.- Recurso Especial provido."* (STJ - REsp 1231544 / RJ, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/04/2012)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECONHECIMENTO DA*

> *PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECURSO DO BANCO DO BRASIL PROVIDO E RECURSO DE LAUDELINO BALBUENA MEDEIROS PREJUDICADO. A ausência de bens penhoráveis leva à suspensão do processo e não à extinção do feito, nos termos do art. 791, III, do CPC. Se a execução está suspensa em virtude da inexistência de bens penhoráveis, não ocorre a prescrição intercorrente."* (TJMS; APL 0020284-07.1996.8.12.0019; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay; DJMS 09/04/2013)

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. INDICAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXECUÇÃO INFRUTÍFERA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A ausência de bens passíveis de penhora, a teor do disposto no inciso III do art. 791 do CPC, não autoriza a extinção da execução, mas apenas a sua suspensão, sendo certo que, havendo norma processual específica regulando a situação, não pode o Magistrado, ignorando-a, extinguir previamente o feito ao fundamento de ausência de interesse de agir."* (TJMS; AC-Ex 2011.032696-0/0000-00; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJEMS 21/11/2011)

Conveniente frisar que, pela ausência de bens penhoráveis, o processo deverá ser suspenso, mas o período de suspensão não deve ser indefinido, sob pena do processo executivo tornar-se perpétuo. Não há no direito processual civil norma semelhante à prevista na execução fiscal que prevê o prazo máximo de suspensão da execução. Logo, em consonância com o disposto no artigo 4º da LINDB e com os princípios da razoável duração do processo, da proporcionalidade e da razoabilidade, tem-se que o processo de execução deve permanecer suspenso pelo prazo máximo de um ano. Findo este período, o credor deverá ser intimado para apresentar bens do devedor ou requerer medidas efetivas para prosseguimento da execução, sob pena de não renovação da suspensão processual e fluência do prazo prescricional. À propósito:

> *"E M E N T A - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - SUSPENSÃO DO PROCESSO E ARQUIVAMENTO DOS RESPECTIVOS AUTOS POR AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS - PROCESSO MANTIDO EM ARQUIVO SEM QUALQUER MANIFESTAÇÃO DO CREDOR POR MAIS DE DEZ ANOS - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - POSSIBILIDADE DE SER DECRETADA - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE PERMITEM O SEU RECONHECIMENTO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É lícito ao credor requerer a suspensão do processo e o arquivamento dos autos, inexistindo bens penhoráveis, nos termos do artigo 791, III, do CPC. Todavia, inexistindo no direito processual civil norma idêntica à da contida na execução fiscal (artigo 40, § 2º da Lei 6.830/80), nada impede que, por força do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, referida disposição seja aplicada para observar o tempo máximo permitido para a suspensão do processo, bem assim como o artigo 265, § 5º, do CPC, aplicável por força, também, do artigo 598 do CPC. Assim não fosse, em sede Constitucional, aplicam-se os princípios da razoável duração do processo, da razoabilidade e proporcionalidade, da isonomia de tratamento entre as partes, da proibição de existência de sanção de caráter perpétuo e da dignidade da pessoa, que permitem ao magistrado concluir que a suspensão indefinida do processo de execução, sem a fluência do prazo prescricional, afigura-se afigura ilegal e gravosa, porque expõe o executado, cuja responsabilidade se cifra ao patrimônio (art. 591), aos efeitos permanentes da litispendência, fato não verificado nem mesmo no processo crime onde, sempre, há um tempo definido para o processo e julgamento. Diferente não pode ocorrer no processo civil e em especial no processo de execução. Assim, o processo de execução, quando não encontrado bens do devedor, deve permanecer suspenso pelo prazo máximo de um ano. Findo este período sem a localização de bens passíveis de penhora, o prazo prescricional deve se reiniciar até que alcance o seu termo ad quem, a depender do título que instrui o pedido executivo, decretando-*

se a prescrição intercorrente da ação de execução, nos exatos termos da súmula 150 do STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". Recurso conhecido, mas improvido." (TJMS – Agravo Regimental 4003081-25.2013.8.12.0000, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, Data do julgamento: 30/04/2013)

Assim, durante o período de suspensão da execução não flui o prazo prescricional. Só fluirá o prazo prescricional se o credor, apesar de intimado, não apresentar bens do devedor ou não efetuar as diligências necessárias ao andamento do feito, isto porque, o exequente deve adotar medidas para o êxito da demanda para que o litígio não perdure indefinidamente. Sobre o tema a Corte Superior já se manifestou:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO, APÓS A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, FIXANDO PRAZO PARA QUE O EXEQUENTE INDIQUE BENS À PENHORA, SOB PENA DE ARQUIVAMENTO DOS AUTOS DA EXECUÇÃO. CREDOR QUE LIMITA-SE A PEDIR NOVA SUSPENSÃO DO PROCESSO, SEM DEMONSTRAR TER DILIGENCIADO PARA O ÊXITO DA EXECUÇÃO OU REQUER MEDIDA QUE SÓ POSSA SER OBTIDA POR INTERMÉDIO DO JUDICIÁRIO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, E CONSEQUENTE FLUÊNCIA DO PRAZO PARA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, CASO MANTIDA A INÉRCIA DO EXEQUENTE. POSSIBILIDADE.

1."A suspensão da execução, a pedido do exeqüente e autorizada judicialmente, constitui fator impeditivo à fluição da prescrição intercorrente, que pressupõe inércia da parte, o que não ocorre se o andamento do feito não está tendo curso sob respaldo judicial" (Resp 63.474/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 15.8.2005).

2. A atividade jurisdicional executiva incide sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a sua pessoa, sendo seus bens presentes e futuros, à exceção daqueles impenhoráveis, que respondem pelo inadimplemento da obrigação, conforme disposto nos artigos 591 do Código de Processo Civil e 391 do Código Civil.

3. Não parece razoável que, sem demonstrar o exequente atividade durante o prazo de suspensão do processo - adotando diligências para o êxito da execução -, possa o litígio perdurar indefinidamente, mantendo a instabilidade jurídica e assoberbando o Judiciário com feito que, pela inação do exequente, não caminha para a sua solução. Desse modo, se realizada intimação com advertência, e ainda assim o credor não apresentar bens do devedor ou não requerer outras medidas pertinentes, fica inviabilizado o prosseguimento da execução, não cabendo a renovação da suspensão processual.

4. Recurso especial não provido." (STJ - REsp 991507 / RN, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 29/08/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS DO DEVEDOR. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CREDOR.

1.- Estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente, hipótese que a extinção do processo por inércia do exequente em promover o andamento do feito não pode se dar sem a sua intimação prévia e pessoal. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido." (STJ - AgRg no REsp Nº 1.288.131, MINISTRO SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, JULGADO: 13/12/2011)

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. ART. 791-III, CPC. PRAZO. VINCULAÇÃO À PRESCRIÇÃO DO DÉBITO. PRECEDENTES. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

> *- O prazo de suspensão da execução, com base no art. 791-III, CPC, vincula-se à prescrição do débito exeqüendo, cujo prazo, em regra, não tem curso durante a suspensão, ainda que se trate de prescrição intercorrente, sendo de ressalvar-se, todavia, que flui o prazo prescricional se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las."* (STJ - Resp 327.329/RJ, MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, JULGADO: 14/08/2001)

In casu, o processo foi suspenso algumas vezes, por pequenos períodos, para tentativa de localização de bens dos devedores, mas não foram localizados bens passíveis de penhora. Desse modo, é perfeitamente possível a suspensão da execução com fundamento no artigo 791, III, do CPC.

O recorrente também pleiteia a revogação da assistência judiciária gratuita concedida aos executados.

Compulsando os autos verifica-se que, não foi formulado pedido de assistência judiciária gratuita por nenhum dos apelados. O benefício foi concedido *ex officio* pelo magistrado que considerou os executados economicamente hipossuficientes.

A Corte Superior já firmou entendimento sobre a impossibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita sem o requerimento expresso da parte interessada e a comprovação da sua situação econômica, nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. AÇÃO REVOCATÓRIA. PREPARO. DESERÇÃO. ART. 208 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45. NÃO INCIDÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA.*
>
> *1. "O recurso especial interposto em ação revocatória falencial não dispensa o pagamento de preparo, sem o qual há de ser reputado deserto" (REsp 550.238/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 05/02/2007).*
>
> *2. É vedada a concessão ex officio do benefício de assistência judiciária gratuita pelo magistrado, caso não haja pedido expresso a parte. Precedentes.*
>
> *3. A concessão da gratuidade da justiça à pessoa jurídica demanda, necessariamente, a demonstração da impossibilidade de arcar com as despesas do processo, não havendo se falar em presunção de impossibilidade decorrente tão-somente de sua dissolução.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 167623 / SP, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 25/02/2013)
>
> *"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL TEMPESTIVIDADE. RECONHECIDA. ANÁLISE DA QUESTÃO MERITÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (PETIÇÃO N.º 00059892).*
>
> *1. Deve ser reconhecida a tempestividade do agravo regimental anteriormente interposto de fls. 553/556* (petição n.º 00221084/2010).
>
> *2. É vedado ao juiz conceder ex officio o benefício da assistência judiciária gratuita, quando ausente, nos autos, pedido expresso da parte.*
>
> *3. Agravo regimental de fls. 566/577 provido. Agravo Regimental de fls. 553/556 desprovido."* (STJ - AgRg no AgRg no REsp 1101077 / RS, Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2012)

Assim, necessária a revogação da justiça gratuita concedida aos apelados pela falta de requerimento expresso e não comprovação da suscitada miserabilidade.

Ante o exposto, conheço o recurso e dou-lhe provimento para anular a sentença e reconhecer o interesse processual do exequente em dar continuidade a execução ou, caso persista a falta de bens penhoráveis dos devedores, determinar a suspensão da execução com fundamento no artigo 791, III, do Código de Processo Civil. Revogo a justiça gratuita concedida aos apelados/executados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a justiça gratuita e negaram provimento 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, 15 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0029933-25.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA – TRATAMENTO MÉDICO REALIZADO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO AO PLANO DE SAÚDE – TUMOR NO OUVIDO – URGÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO CREDENCIADO COM CAPACITAÇÃO PARA ATENDER O CASO NESTA CAPITAL – PROCEDIMENTO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA – DANO MORAL AFASTADO – AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA – MERO ABORRECIMENTO.

Demonstrado o caráter de urgência do tratamento médico indicado ao autor, bem como a inexistência nesta capital de estabelecimento capacitado conveniado ao plano de saúde para tratar o tumor de ouvido que lhe acometia, e diante da indicação de médico especialista, a operadora do plano de saúde é obrigada a conceder o custeio das despesas médicas e hospitalares em estabelecimento não credenciado.

O dano moral não decorre de simples inadimplemento contratual, mas da situação de abalo psicológico causado, fato que não está demonstrado nos autos – o autor sofreu apenas mero dissabor, natural aos fatos por ele vivenciados.

Recurso conhecido e parcialmente 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 maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor que lhe negava provimento.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais que lhe move Antonio Carlos Duenhas Monreal.

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a ré (ora apelante) a custear o tratamento médico de que necessita o autor, bem como todas as despesas inerentes ao seu restabelecimento, indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 e declarou a nulidade das cláusulas 01.01, 08.1 e 12.2 do contrato firmado entre as partes.

Em suas razões recursais, a apelante alegou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde. Sustentou que o Hospital Sírio Libanês não é conveniado da Unimed Campo Grande, sendo excluído da cobertura contratada. Destacou que não havia urgência ou emergência no procedimento realizado. Apontou a inexistência dos pressupostos para a reparação do dano. Por fim, requer o prequestionamento das matérias aduzidas em apelação.

Contrarrazões às f. 355/366.

VOTO (EM 30/09/2014)

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação às fls. 327/346, contra a sentença de fls. 318/323, que julgou procedentes os pedidos de Antonio Carlos Duenhas Monreal na ação de obrigação de fazer e indenizatória, para ratificar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela e determinar que a ré autorize, em caráter definitivo, e custeie o tratamento médico de que necessitou o autor nos moldes requeridos pelo seu médico (fl. 50), bem como todas as despesas inerentes ao seu restabelecimento; declarar a nulidade das cláusulas 01.01, 08.1 e 12.2 do contrato firmado entre as partes; e condenar a demandada a pagar ao autor, a título de danos morais, o valor de R$ 10.000,00, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária, com base no IGPM-FGV, a contar da data de prolação da sentença.

Em suas razões recursais, pretende a manutenção do contrato pactuado, de modo a prevalecer a exclusão de cobertura de atendimento no Hospital Sírio-Libanês (que não faz parte do sistema de intercâmbio das Unimed's do Brasil e somente é conveniado com a Unimed Paulistana).

Sustenta ausência de urgência no procedimento realizado e a inexistência de violação ao Código de Defesa do Consumidor.

Afirma não existir conduta ilegal ensejadora de dano moral, pois a apelante somente cumpriu o contrato pactuado entre as partes, de modo a ser excluída a condenação ao pagamento da respectiva indenização.

A controvérsia cinge-se em verificar a legalidade da negativa da ré em custear a internação, a cirurgia e demais tratamentos indicados ao autor para tratamento de tumor no ouvido - "neurinoma do acústico do lado esquerdo" - em hospital não credenciado, ao qual ele se dirigiu por recomendação de dois médicos: um credenciado ao plano de saúde e outro não.

As normas de proteção ao consumidor incidem no contrato de adesão entabulado entre as partes, haja vista que a avença estabelece o fornecimento oneroso de serviços médicos à autora e aos outros usuários do plano de saúde na condição de destinatários finais. Nesse sentido, dispõe o enunciado da Súmula nº 469 do STJ: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".*

Dessa forma, deve-se repelir do contrato firmado entre as partes toda e qualquer cláusula que implique em contrariedade à boa-fé e ao equilíbrio contratual. E mais: 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. Nessa linha, a operadora do plano de saúde não pode se beneficiar das mensalidades e, depois, se recusar a custear os tratamentos médicos e hospitalares recomendados ao usuário com base em cláusulas abusivas, que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem.

No caso, o autor foi diagnosticado (por médico conveniado desta capital) com um tumor no ouvido - "neurinoma do acústico do lado esquerdo" - e, após o diagnóstico, iniciou controle com médico especialista em São Paulo, o qual, após constatar o crescimento consistente do tumor, encaminhou o apelado para tratamento cirúrgico imediato, em São Paulo, local onde há todos os recursos necessários para tal fim (monitoração intraoperatória do nervo coclear – auditivo – e facial, microscópio cirúrgico de alta definição e equipe médica especializada), conforme atestados de fls. 48/50.

Ressalte-se a expressa ressalva do profissional credenciado daqui de que *"não realizo esta cirurgia em Campo Grande, por falta de equipe médica e aparelhagem adequada"* (fls. 48/49).

É incontroverso que o tratamento médico, cirúrgico e hospitalar foi realizado em hospital não credenciado.

No entanto, o encaminhamento firmado inicialmente por médico credenciado e a ausência de equipe e aparelhagem adequada nesta cidade demonstram que o autor não procurou um hospital não credenciado arbitrariamente. Assim o fez em razão do caráter de urgência do tratamento e porque, segundo informações dos médicos que lhe atendiam, não havia estabelecimentos nesta capital com capacitação para atender o caso.

Com efeito, a urgência do procedimento se demonstra a partir da constatação do crescimento consistente do tumor.

Além disso, não há dúvidas de que o tumor no ouvido demandava rápida intervenção cirúrgica, em caráter de urgência. A demora no tratamento do neurinoma do acústico do lado esquerdo implicava ao autor iminente perda da capacidade auditiva e sofrimento intenso, requisitos suficientes para enquadrar o tratamento como de urgência, em conformidade com a Lei nº 9.656/98 e da Resolução nº 1.451/95 do Conselho Federal de Medicina.

O intervalo de dois anos entre o diagnóstico do autor e a realização do procedimento cirúrgico em centro especializado na cidade de São Paulo, com a sua consequente internação no Hospital Sírio-Libanês, não afasta o caráter de urgência da cirurgia, diante do crescimento consistente do tumor naquele período, esta se revelou urgente.

A escolha de hospital não credenciado estava, portanto, justificada pela urgência e pela inexistência de estabelecimentos credenciados capazes de realizar o atendimento naquela oportunidade.

Nesse contexto, a recusa da ré em efetuar o custeio das despesas caracteriza-se indevida e abusiva.

A ré tem obrigação contratual de dar cobertura ao tratamento necessário para o autor e não se justifica que se recuse ao simples argumento de que o hospital não era credenciado quando não existia outro estabelecimento apto a tratar a patologia apresentada pelo autor naquela ocasião.

Assim, é dever da ré promover o custeio das despesas necessárias ao tratamento do autor.

A 2ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu caso semelhante em acórdão de minha relatoria:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - TRATAMENTO MÉDICO REALIZADO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO AO PLANO DE SAÚDE - CÂNCER NO PÂNCREAS - EMERGÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS COM CAPACITAÇÃO PARA ATENDER O CASO - DEVER DE REEMBOLSO. Demonstrado o caráter emergencial do tratamento médico indicado à autora, bem como a inexistência de estabelecimentos conveniados ao plano de saúde*

> *capacitados para tratar o câncer no pâncreas que lhe acometia, a operadora do plano de saúde é obrigada a conceder o reembolso integral das despesas médicas e hospitalares em estabelecimento não credenciado. Recurso conhecido e provido.* (0030480-02.2010.8.12.0001 Apelação Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 12/03/2013 Data de registro: 20/03/2013)

Em relação ao dano moral, assiste razão à apelante.

O dano moral não deve decorrer de simples inadimplemento contratual, mas da situação de abalo psicológico causado ao autor, diante da injustificada cobertura do plano de saúde, fato que não está demonstrado nos autos.

No caso, o autor somente passou pelo mero aborrecimento decorrente da busca do custeio do procedimento cirúrgico ao qual fora submetido de modo a inexistir nos autos documento comprovando pretérita negativa da ré.

A notificação extrajudicial realizada pelo autor, fls. 44/46, aliada ao parecer da auditoria médica da ré – a qual informa que o autor não aguardou resposta da ré, fls. 187/190 – evidenciam a ausência de conduta ilícita praticada pela apelante, porque revelada a existência de mero dissabor, natural aos fatos vivenciados pelo apelado.

Nessas circunstâncias, deve ser afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE COBERTURA. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela ausência de dano moral. A revisão da conclusão adotada encontra óbice no verbete 7 da Súmula desta Corte.2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1417269/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 26/02/2014)

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do revisor (des. Atapoã), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 07/10/2014)

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

Peço vênia para discordar do E. Relator quando negou o pedido de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00, decorrentes da busca do autor para o custeio de procedimento cirúrgico para tratamento de tumor cerebral, denominado neurinoma do acústico.

Conquanto tenha entendido o relator que o caso se trata de mero dissabor, uma vez que o autor não aguardou a resposta da Unimed CG antes de realizar a cirurgia, verifico que entre a data da notificação extrajudicial, em 10/05/2011, conforme documento de fls. 44/46, e a data do procedimento cirúrgico, em 18/05/2011, não houve nenhuma manifestação, autorização ou orientação da cooperativa ré acerca do procedimento cirúrgico de emergência.

Assim, como já bem exposto na sentença recorrida, deve ser reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da recusa da cobertura de seguro saúde, no caso, feito de forma implícita, pois ao omitir-se em autorizar ou não o procedimento com a devida urgência, submeteu-se a cooperativa ré em agravar a situação de aflição psicológica e de angústia do segurado, considerando que ao pedir a autorização, já se encontrava em condição de dor, abalo psicológico e com saúde debilitada.

Tenho que os danos morais se afiguraram evidentes na hipótese dos autos, na exata medida em que, como demonstrado, a ré tem a obrigação de cobrir todos os custos suportados pelo autor com o tratamento médico cirúrgico, vez que evidenciada a situação de emergência.

A recusa omissiva da cooperativa ré em custear o procedimento cirúrgico, dada a peculiaridade do direito tutelado na avença - direito à saúde, em momento de extrema angústia, no qual o autor viu-se acometido de doença grave e necessitava submeter-se a cirurgia para a retirada de tumor, inegavelmente revela a suscetibilidade de ter experimentado o dano moral narrado na inicial, não obstante a contratação do plano de saúde mantido pela ré, sendo-lhe assegurada a reparação desse dano, por força do art. 5º, X, da CF.

Nesse sentido, entendimento pacificado da Corte Superior e deste Tribunal de Justiça:

> *"Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento.- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido"* (REsp 1054856/RJ, relª. Minª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 05/11/2009, DJe 18/11/2009).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE LIMINAR – EXAME REQUISITADO POR MÉDICO ESPECIALISTA – NEGATIVA – ABUSIVIDADE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO. Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, são devidos 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, que já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencoraja reincidências do ofensor."* (TJMS. Apelação N. 0822451-22.2013.8.12.0001. Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. 2ª Câmara Cível. j. 19.08.2014)

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E FALTA DE INTERESE PROCESUAL AFASTADAS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASIVA REJEITADA – PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO À LIDE INDEFERIDO PELO JUIZ A QUO - DECISÃO MANTIDA – DENUNCIAÇÃO DESCABIDA – APLICAÇÃO DO ART. 88 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULAS LIMITADORAS DE COBERTURA - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - ART. 47 DO CDC – STENTS FARMACOLÓGICOS EXCLUÍDOS DA COBERTURA CONTRATUAL - DISPOSIÇÃO QUE VULNERA A FINALIDADE BÁSICA DO CONTRATO – CLÁUSULA ABUSIVA – INTELIGÊNCIA DO ART. 51, INCISO IV E § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.078/90 – RECURSO DA SEGURADORA IMPROVIDO – DANOS MORAIS - NEGATIVA*

DE AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE AGRAVOU A SITUAÇÃO DE SOFRIMENTO DO SEGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - RECURSO DO SEGURADO PROVIDO. (TJ/MS - 2ª Câmara Cível - Apelação Nº 0060097-07.2010.8.12.0001 - Relator Des. Atapoã da Costa Feliz – Julgamento: 10/06/2014)

Ressalta-se, finalmente, que não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial, porquanto encontra-se *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso para manter a sentença que corretamente fixou a indenização por danos materiais no valor equivalente a R$ 10.000,00, por considerar que esta importância repara razoavelmente o dano experimentado pelo autor.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor que lhe negava provimento.

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, 07 de outubro de 2014.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800527-14.2011.8.12.0004 - Amambai
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – MORTE DO NASCITURO PROVOCADA POR ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA A AMBOS OS PAIS – PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa, considera-se devida a indenização do seguro DPVAT na hipótese de morte do nascituro provocada por acidente automobilístico.

Recurso parcialmente 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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Francislaine Jéssica Almada de Ajala Ferreira interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Amambai, nos autos de cobrança do seguro DPVAT, ajuizada em desfavor de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, que julgou improcedente o pedido formulado.

Pretende receber indenização em razão da morte do nascituro provocada por acidente automobilístico. Diz que o Superior Tribunal de Justiça já concedeu indenização do seguro DPVAT em caso concreto semelhante.

Contrarrazões às f. 111/118.

VOTO

O Sr. Juiz Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Francislaine Jéssica Almada de Ajala Ferreira contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Amambai, nos autos de cobrança de seguro DPVAT, ajuizada em desfavor de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, que julgou improcedente o pedido.

A apelante pretende receber indenização em razão da morte do nascituro provocada por acidente automobilístico. Diz que o Superior Tribunal de Justiça já concedeu indenização do seguro DPVAT em caso concreto semelhante.

Conforme dispõe a legislação vigente, o seguro DPVAT visa ressarcir o acidentado ou seus herdeiros nas hipóteses de morte, invalidez permanente e despesas médicas provenientes de acidente automobilístico.

O boletim de ocorrência (f. 13/17) e o laudo médico (f. 19) juntados demonstram que a autora sofreu acidente de trânsito no dia 14 de abril de 2011 e em virtude houve a morte do nascituro.

Para decidir a apelação, basta constatar se a morte do nascituro em decorrência de acidente de trânsito é causa ou não de pagamento do seguro DPVAT.

Até certo tempo, prevalecia indistintamente a teoria natalista, para a qual o nascituro não é considerado pessoa, razão pela qual possui mera expectativa de direitos, ou seja, depende do nascimento com vida para reivindicá-los ou protegê-los.

Em virtude do rigor desta teoria, tem-se adotado em alguns casos a teoria concepcionista, notadamente quando a personalidade jurídica formal é o cerne da discussão, aquela relacionada aos direitos da personalidade, da vida, da integridade física, dos alimentos, dentre outros, pondo-os a salvo desde a concepção do nascituro.

Essa nova posição encontra fundamento no princípio da dignidade de pessoa, tendo em vista que tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis. O artigo 2° do Código Civil também serve de fundamento, pois, apesar de estabelecer o nascimento com vida como início da personalidade civil, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

Logo, não faz sentido algum excluir a morte do nascituro provocada por acidente automobilístico da indenização do seguro DPVAT, por ser a vida intrauterina um direito fundamental irrenunciável, tanto é que o aborto voluntário é considerado crime pelo sistema jurídico brasileiro.

A morte de parente, independentemente da idade, condição financeira e trauma psíquico causado, já é suficiente para garantir o pagamento do seguro DPVAT aos seus herdeiros, obedecida o ordem de vocação preestabelecida na legislação.

Assim, interpretando teleologicamente a Lei 6.174/94, ou seja, buscando a intenção do legislador, tem-se por certa a indenização devida por morte do nascituro decorrente de acidente automobilístico. Isso porque, desde a concepção, é certo o vinculo consanguíneo com seus parentes, bem como pelo fato de o artigo 2º do Código Civil por a salvo os seus direitos, sendo a vida o principal deles.

Neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.*
>
> *1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.*
>
> *2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.*

> *3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.*
>
> *4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).*
>
> *5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido."* (REsp 1120676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011)

Por a causa de pedir consubstanciada na morte do nascituro, a indenização do seguro DPVAT é devida a ambos os pais, na proporção de 50% para cada um.

Essa conclusão decorre de legislação expressa, a teor do que dispõe o artigo 4º da Lei 6.194/74, o qual estabelece o pagamento da indenização de acordo com o disposto no artigo 792 do Código Civil, ou seja, na falta de indicação do beneficiário, metade ao cônjuge não separado judicialmente e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Pelo fato de a autora se qualificar casada na petição inicial, o seu marido faz jus a metade da indenização, em razão da existência da presunção legal de paternidade do filho concebido na constância do casamento (art. 1.597 do CC).

A correção monetária incide desde a morte do nascituro, quando surgiu para os pais o direito de exigir o pagamento da indenização. Já os juros de mora incidem a partir da citação, de acordo com a Súmula 426 do Superior Tribunal de Justiça.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso de apelação para o fim de condenar a seguradora ré ao pagamento de indenização de R$ 6.750,00 (seis mil setecentos e cinquenta reais), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data da morte do nascituro e juros de mora desde a citação.

Em consequência, inverto o ônus de sucumbência, razão pela qual condeno a seguradora ré ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência em 20% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

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

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0059531-24.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO – DONATÁRIO CONSTITUIDO EM MORA – TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRAZO GERAL CONTIDO NO ART. 179 DO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

1 - Nos termos do art. 562 do Código Civil, é conferido ao doador o direito de reclamar a restituição da coisa doada em razão do descumprimento do encargo a partir de sua constituição em mora.

2 - Inexistindo prazo decadencial específico, aplica-se a regra geral do prazo de dois anos previsto no art. 179 do Código Civil, para pleitear a anulação da doação com encargo, não sendo a hipótese da ocorrência dos vícios que conduzem para a aplicação dos prazos do art. 178 do Código Civil.

3 - Recurso conhecido e provido para tornar insubsistente a sentença.

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, 14 de outubro de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Ana Marques dos Santos interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que acolheu a prejudicial de decadência e extinguiu com resolução de mérito a demanda de anulação de doação c/c reintegração de posse ajuizada em face de Wilson Machado Filho e outro.

Sustenta que todos os documentos juntados aos autos confirmam o descumprimento do encargo imposto à doação.

Defende que o prazo decadencial sob o qual fundamenta-se o juízo sentenciante é equivocado, pois o lapso de um ano previsto no art. 559 do Código Civil refere-se às hipóteses de revogação de doação por ingratidão do donatário.

Aduz que, em consonância com o que dispõe o art. 562 do Código Civil, a doação com encargo pode ser revogada a partir da constituição em mora do donatário, o que ocorreu no caso, pois providenciou a notificação judicial dos requeridos.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja declarada insubsistente a sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Ana Marques dos Santos interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que acolheu a prejudicial de decadência e extinguiu com resolução de mérito a demanda de anulação de doação c/c reintegração de posse ajuizada em face de Wilson Machado Filho e outro.

Segundo consta, as partes celebraram contrato de doação com encargo de imóvel, mediante escritura pública (f. 10), restando o ônus imputado aos donatários, ora apelados, de "*cuidar e preservar a criação de gatos que a doadora mantém no imóvel ora doado, comprometendo-se a zelar pela saúde dos mesmos sempre em bom estado de saúde e nutrição*".

Tendo notícias do descumprimento do encargo, a apelante providenciou a notificação judicial dos requeridos, facultando o prazo de 15 dias para cumprimento do encargo (f. 13-14). O Oficial de Justiça, por sua vez, lavrou certidão comunicando que ao diligenciar no imóvel objeto da doação, encontrou terceira pessoa que afirmava ser sogro do atual proprietário do imóvel, tendo este adquirido a propriedade há três anos, além de ofertar endereço para localização dos requeridos, sendo cumprida a referida notificação (f. 28).

Mantida a mora, a apelante ajuizou a presente ação em 22/02/13.

Citados, defenderam a ocorrência da prejudicial de decadência e, no mérito, afirmaram não existir mora, posto que cumpriram com o encargo, sendo que todos os gatos foram devidamente tratados enquanto existiam, pois foram morrendo com o tempo.

O magistrado, por sua vez, acolheu a prejudicial de decadência, afirmando que sob a hipótese recai o prazo de um ano a contar do conhecimento pelo doador do fato que autoriza a revogação (art. 559 do Código Civil), tendo por termo *a quo* o boletim de ocorrência registrado pela doadora em 27/06/2007, onde denuncia os maus tratos que os donatários estariam praticando com os animais.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Tenho que as razões do apelo merecem prosperar.

O prazo de um ano contido no art. 559[1] do Código Civil não pode referir-se às doações com encargo, pois reflete às hipóteses de revogação por ingratidão, tanto que, topicamente, o artigo vem inserido na sequencia de disposições acerca dessa espécie de revogação:

> *"Art. 556. Não se pode renunciar antecipadamente o direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário.*
>
> *Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:*

1 "A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor."

> *I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;*
>
> *II - se cometeu contra ele ofensa física;*
>
> *III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;*
>
> *IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.*
>
> *Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.*
>
> *Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor." (g.n.)*

O prazo decadencial, assim, possui como termo inicial o momento em que o doador toma conhecimento do ato que revela manifesta ingratidão do donatário, pois viola a obrigação moral existente neste tipo de contrato, a gratidão.

A outra hipótese de revogação, ao revés da primeira, não decorre do descumprimento de norma moral, mas contratual, permitindo que o doador revogue a doação, mas desde que o donatário seja constituído em mora, consoante dispõe o art. 562 do Código Civil:

> *"A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida."*

Maria Helena Diniz, acresce:

> *"Mas a caracterização da mora não dependerá de tal interpelação, se o donatário manifestar, inequivocadamente, seu intuito de cumprir o modo ou encargo (RT, 204:252). Se o donatário estiver em mora, não cumprindo o encargo que lhe foi imposto, o doador poderá reclamar a restituição da coisa doada, porém o donatário não será responsabilizado por perdas e danos (RT, 524:82, 532:110, 537:106)"* [2]

Portanto, tendo havido a constituição da mora via notificação judicial dos donatários (f. 13-30), compete ao doador reclamar a restituição do bem, sendo certo que ante a falta de indicação legal de prazo para exercício desse direito potestativo, e da inexistência de prazo geral da decadência, a hipótese que melhor se subsume à hipótese é a do art. 179 do Código Civil:

> *"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."*

Notificado os donatários sob o descumprimento do encargo em 15/09/2011 (f. 28), transcorrendo o prazo de quinze dias concedido pelo doador para adoção das providências pertinentes (f. 14), tem-se que o termo *a quo* do prazo decadencial resume-se ao momento em que a mora restou constituída, ou seja, dia 30/09/2011.

2 **Curso de Direito Brasileiro, 3º volume: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.** 23. ed., rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 251-252.

Ajuizada a ação anulatória em 03/11/2011, não restou transcorrido o lapso temporal previsto no art. 179 do Código Civil.

Diante o exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença, devendo os autos retornar ao juízo de origem para regular processamento, a fim de que os requeridos possam exercer seu direito de defesa, o que restou obstado em face do reconhecimento da prejudicial de decadência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de outubro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0066526-92.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C.C OBRIGAÇÃO DE FAZER – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO CORPO MÉDICO E DE ENFERMAGEM – PRECEDENTES DO STJ – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – EVOLUÇÃO DA GRAVIDADE DO ESTADO DE SAÚDE DURANTE PERÍODO DE OBSERVAÇÃO – EQUIPE MÉDICA NÃO COMUNICADA – DIAGNÓSTICO TARDIO – DEVER DE INDENIZAR - CEGUEIRA E OUTRAS DEFICIÊNCIAS – LESÕES PERMANENTES – CUSTEIO DO TRATAMENTO - PENSIONAMENTO VITALÍCIO – DANOS MORAIS – VALOR REDUZIDO – PROPORCIONALIDADE – PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA – AUSÊNCIA REQUISITOS - JUNTADA DE PREPARO – ATO INCOMPATÍVEL COM O RECURSO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do hospital é objetiva (CDC, art. 14), mas somente diante da presença do erro médico/enfermagem, comprovando-se, além do nexo causal entre a conduta e o dano causado, a existência de imprudência, negligência ou imperícia daquele que atuou, efetivamente, na prestação do serviço.

2. Demostrada a negligência no atendimento ao paciente, consistente na ausência de observação do agravamento do estado de saúde dele durante a noite, somado à falta de aviso à equipe médica, com o diagnóstico no tempo correto, emerge a responsabilidade civil objetiva do hospital de indenizar, pelo defeito na prestação de serviço, com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

3. Comprovado o ato ilícito, o nexo causal e o dano, consistente nas lesões permanente sofridas pelo paciente (déficit de hormonal e de atenção e cegueira perpétua), deve ser mantida a sentença no ponto em que condenou o hospital ao custeio do tratamento, bem como, ao pagamento de pensão vitalícia e danos morais.

4. O valor do dano moral deve considerar as peculiaridades do caso concreto somada à capacidade econômica do fornecedor e à impossibilidade de gerar enriquecimento sem causa por parte do beneficiário. Diante disso, o valor de R$ 100.000,00 mostra-se razoável e atende a esses critérios.

5. Não é possível deferir à Santa Casa os benefícios da justiça gratuita, pois além de não demonstrados os requisitos, houve o recolhimento do preparo recursal, o que configura ato incompatível com o pedido formulado.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Associação Beneficente de Campo Grande (ABCG) - Santa Casa interpõe recurso de apelação (f. 1.118/1.131), irresignada com a sentença proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para: "a) confirmar-se a liminar concedida, tornando-a definitiva e ampliando-se em relação às *astreintes* justamente por conta da definitividade desta sentença, para que a requerida custeie o tratamento necessário para reabilitação do requerente, mediante prestação de serviço por médicos e profissionais de seu corpo profissional ou mesmo particular, caso existente, até o final de sua vida, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitado a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais); b) julgar-se procedente o pedido para que a requerida pague, a título de pensão alimentar vitalícia ao requerente, o valor de um salário mínimo, devidos desde a época dos fatos até que o requerente complete 75 (setenta e cinco) anos de idade, eis que esta é a expectativa de vida do brasileiro, segundo o próprio IBGE; c) julgar-se procedente o pedido de condenação em danos morais, fixados estes em R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), sobre os quais incidirão juros de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária a partir da prolação desta sentença" em ação de indenização interposta por Filipe Antenor Gahlen Cabral, representado por sua genitora Sigrid Soeli Gehlen.

Argumenta que o atendimento ao paciente (apelado) foi realizado sem qualquer anormalidade, tendo ele chegado lúcido e, conforme definido em perícia, recebeu o atendimento prestado foi o padrão. Aduz que, com base na oitiva do neuro-cirurgião, não havia na ficha de entrada do paciente nada que indicasse suspeita de fratura cerebral. Alega que o quadro desenvolvido pelo autor foi anormal, eis que desenvolveu em menos de três horas o que poderia levar semanas em algumas ocasiões.

Pondera, ainda, que conforme depoimento prestado por uma das testemunhas, à época, sequer existia serviço de tomografia computadorizada disponível. Afirma que conquanto os médicos e o hospital se comprometam com a prestação dos melhores meios para a cura, não se comprometem com a cura em si, sendo que, no caso, todos os meios disponíveis foram lançados em prol do autor/apelado.

Insurge-se com relação ao valor arbitrado como reparação de danos morais (R$ 300.000,00), pois o tem como excessivo, considerando, ainda, que este deve ser somado ao pensionamento vitalício.

Igualmente, manifesta contrariedade com relação ao indeferimento dos benefícios da justiça gratuita, pois é uma entidade filantrópica, que se encontra em grave crise financeira e, inclusive, já sofreu intervenção do Município de Campo Grande, MS. Argumenta que em outras ocasiões, o Tribunal de Justiça já entendeu que a apelante faz jus à assistência judiciária gratuita.

Requer o conhecimento e o provimento do apelo para reformar a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos formulados. Caso seja mantido o decreto de procedência, pugna pela redução do valor da indenização. Requer, ainda, a concessão das benesses da justiça gratuita.

Intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões (f. 1.178/1.189) e pugnou pelo desprovimento do recurso de apelação.

O Ministério Público, por meio da Procuradoria-Geral de Justiça, apresentou seu parecer (f. 1.195/1.209) e opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso apenas para o fim de conceder à apelante os benefícios da justiça gratuita.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Associação Beneficente de Campo Grande (ABCG) - Santa Casa interpõe recurso de apelação (f. 1.118/1.131), irresignada com a sentença proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para: "a) confirmar-se a liminar concedida, tornando-a definitiva e ampliando-se em relação às *astreintes* justamente por conta da definitividade desta sentença, para que a requerida custeie o tratamento necessário para reabilitação do requerente, mediante prestação de serviço por médicos e profissionais de seu corpo profissional ou mesmo particular, caso existente, até o final de sua vida, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitado a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais); b) julgar-se procedente o pedido para que a requerida pague, a título de pensão alimentar vitalícia ao requerente, o valor de um salário mínimo, devidos desde a época dos fatos até que o requerente complete 75 (setenta e cinco) anos de idade, eis que esta é a expectativa de vida do brasileiro, segundo o próprio IBGE" em ação de indenização interposta por Filipe Antenor Gahlen Cabral, representado por sua genitora Sigrid Soeli Gehlen.

Consta dos autos que o apelado ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais porque sofreu acidente de trânsito e, em 29.12.2006, foi encaminhado ao hospital e recebeu atendimento médico do Dr. Jaime Yoshinori Oshiro, tendo permanecido em observação. Asseverou que permaneceu em observação, mas que passou por complicações durante a madrugada, tendo passado pelas cirurgias no dia seguinte.

Aduziu que o diagnóstico médico revelava como única causa do estado de saúde do paciente suposta "intoxicação alcóolica", tendo sido determinado apenas um "raio x" para que pudesse observar se havia alguma fratura em sua estrutura óssea. Afirma que, em verdade, deveria ter sido feito o exame de tomografia computadorizada, pois somente assim seria possível detectar alguma lesão cerebral.

Alegou que permaneceu por horas gritando de dor e se debatendo, tendo persistido o médico no seu diagnóstico. Asseverou que o médico entendeu se tratar apenas de embriaguez, tendo determinado que o paciente fosse amarrado na cama, estado em que permaneceu por toda a noite. Aduziu que, tempos depois, outro médico, então neurologista, e responsável por outra paciente examinou o apelado quando detectou o estado de coma deste, momento em que foi determinada a realização da "tomografia computadorizada".

Ponderou que a negligência do médico plantonista que primeiro atendeu o autor/apelado levou causou neste sequelas irreversíveis consistente na cegueira perpétua, porquanto houve lesão do nervo ótico. Também permaneceu com déficit cognitivo com perda de memória, atenção e concentração, déficit hormonal decorrente de disfunção do hipotálamo hipofisário. Argumentou que se referido profissional tivesse requerido a realização da tomografia de imediato, o hematoma teria sido detectado com mais agilidade e a drenagem precoce teria impedido os danos causados.

Afirmou que possuía dezenove anos na data do acidente e cursava faculdade de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, tendo permanecido impossibilitado de realizar muitas de suas atividades. Requereu, ao fim, a condenação da ré/apelante ao custeio de todo tratamento médico e medicamentos do apelado, bem como, sua condenação ao pagamento de danos morais.

Após regular instrução do processo, o Magistrado de primeira instância julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, nos termos anteriormente transcritos.

Em seu recurso, a Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa requer a improcedência dos pedidos formulados, pois entende que foram tomadas todas as cautelas necessárias no atendimento do paciente e, caso mantida a condenação, seja reduzido o valor inerente aos danos morais. Insurge-se, ainda, quanto ao indeferimento dos benefícios da justiça gratuita.

De início, é importante consignar que a relação jurídica existente entre as partes deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, por ser típica relação de consumo, na qual o hospital é um prestador de serviços e o paciente é o destinatário final destes serviços, consoante o disposto nos artigos 2º e 3º, parágrafo 2º daquele diploma normativo, *in verbis*:

> *Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 3° 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.*
>
> *(...)*
>
> *2° 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.*

Como se sabe, a responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor em relação aos hospitais por defeito da prestação de serviço é objetiva, de acordo com o disposto no art. 14, somente sendo afastada nas hipóteses previstas no parágrafo 3.º, vejamos:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Assim, em outras palavras, é certo que o dever indenizatório dos hospitais ou clínicas por danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos na prestação dos serviços, só pode ser afastado mediante prova da ruptura do nexo de causalidade, comprovando a inexistência de defeito na prestação desse serviço ou no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça. Vejamos os julgados a seguir colacionados:

> *RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ*
>
> *1.- **A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.***
>
> *2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).*
>
> *3.- Recurso Especial do hospital improvido.* (REsp 1184128/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010). Grifou-se.

Contudo, como cediço, não é possível dissociar a responsabilidade da Santa Casa da responsabilidade subjetiva dos profissionais que atenderam o apelado. Segundo ponderou o Magistrado *a quo*, "deverá sua responsabilidade ser tomada objetivamente, mas somente diante da presença do erro médico, comprovando-se, além do nexo causal entre a conduta e o dano causado, a existência de imprudência, negligência ou imperícia daquele que atuou, efetivamente, na prestação do serviço".

Portanto, nos termos assentados na sentença, uma vez comprovada a negligência do médico plantonista, o hospital responde objetivamente pelo danos causados ao paciente.

Cumpre, então, averiguar os argumentos trazidos em sede de apelação acerca da ocorrência ou não da má prestação do serviço.

Argumenta a apelante que o atendimento ao paciente (apelado) foi realizado sem qualquer anormalidade, tendo ele chegado lúcido e, conforme definido em perícia, recebeu o atendimento prestado foi o padrão. Pondera, ainda, que conforme depoimento prestado por uma das testemunhas, à época, sequer existia serviço de tomografia computadorizada disponível.

Conforme constou o Magistrado na sentença, não houve negligência do médico plantonista no atendimento inicial ao apelado. Isso porque é incontroverso nos autos que o apelado chegou ao hospital lúcido, inclusive, preocupado com o amigo que estava como passageiro da moto no momento do acidente.

Segundo depoimento prestado pelo médico plantonista, Dr. Jaime Yoshinori Oshiro, à f. 1.050, "*o requerente ali chegou andando, lúcido e consciente, de tal sorte que não aparentava nenhuma gravidade médica. O depoente suturou um pequeno ferimento no couro cabeludo do requerente, solicitou um raio x e o encaminhou para a sala de observação. O depoente terminou seu plantão e só depois disso é que soube que houve piora na evolução do quadro do requerente (...)*".

Tais informações são corroboradas pelo Perito judicialmente nomeado, pois afirmou, em resposta a um dos quesitos formulados à f. 977 que "não era imperiosa a realização da tomografia computadorizada do crânio no momento da avaliação médica inicial, porém era necessária assim que o paciente começou a apresentar alteração neurológica".

Contudo, o mesmo não pode ser afirmado no que tange ao momento da "observação" do paciente. Permaneceu, pois, o apelado toda a madrugada do dia 30.12.2006 na sala de observação, no entanto, não foi acompanhado por médico em qualquer momento, tendo evoluído seu quadro neurológico de forma bastante considerável durante a noite, de modo que a equipe de enfermagem nada registrou a respeito das graves reações do paciente.

Segundo consta, a enfermeira responsável apenas mencionou que as reações eram típicas de embriaguez, sendo que além de o apelado ter negado a ingestão de bebida alcoólica, não houve a realização de qualquer exame a comprovar tal afirmação feita pela enfermeira plantonista, que se limitou a sedar o paciente, deixando de acionar a equipe médica para exame mais apurado.

Tanto é assim que o agravamento da situação do apelado foi visivelmente notada pela genitora de outra paciente que se encontrava na mesma sala, razão pela qual ela requereu ao médico neurologista que atendia sua filha a primeiro examinar o apelado. É o que se extrai de seu depoimento de f. 1.048, vejamos:

> *Na ocasião dos fato, acompanhava sua filha Lauane, que estava com suspeita de meningite e aguardando a chegada do neurologista na sala de recuperação da Santa Casa. Ali então chegou o requerente acompanhado de um outro rapaz. O requerente se apresentava lúcido e consciente, narrou que sofreu um acidente de trânsito e perguntou o que ocorrera com a filha da depoente.* ***Depois disso, já na madrugada, a depoente percebeu que o requerente estava piorando, porque ele se debatia, apresentou vômito e passou a não reconhecer o próprio amigo. Isto levou a depoente a acionar a enfermagem, que esteve no local e uma enfermeira lhe disse que isto era próprio de quem 'engeria' bebida alcoólica. A depoente afirmou para a enfermeira que o próprio amigo do requerente negara o uso de bebida alcoólica*** *(...) Próximo das seis horas da manhã, o neurologista Joel Daroz chegou e a depoente pediu a ele que atendesse primeiro o requerente.* ***Quando o neurologista abriu os olhos do requerente para examiná-lo, de imediato viu que a situação era grave e inclusive reclamou a enfermagem pelo fato de não tê-lo chamado antes****. A partir de então é que o requerente teve atendimento médico efetivo (...) (Grifou-se).*

Desse modo, de fato, conquanto não tenha se verificado negligência no atendimento inicial prestado pelo médico, durante o período de observação, se houvesse a constatação adequada do estado clínico do apelado pelo corpo de enfermagem, as graves sequelas sofridas pelo paciente poderiam ter sido evitadas.

Tal conclusão é embasada, ainda, pela perícia realizada durante a instrução (f. 977/981), senão vejamos as respostas aos quesitos formulados:

> *3) Há no prontuário do autor algum sinal de que os médicos que o atenderam no Pronto Socorro, na noite do dia 29 de dezembro de 2006, tenham suspeitado de estado de embriaguez, determinando sua sedação ou sua contenção no leito? NÃO*
>
> *(...)*
>
> *8) Ciente de que, após o intervalo lúcido, a deterioração do nível de consciência do paciente ocorre rapidamente, é possível afirmar que o estado apresentado pelo autor no momento em que foi examinado pelo Dr. Joel Daroz tenha se apresentado durante toda a madrugada ou é provável qu eo rebaixamento do nível de consciência e demais sintomas (anisocoria e extensão do corpo) tenham surgido já nas primeira horas da manhã do dia 30 de dezembro de 2006?*
>
> ***A piora ocorreu em forma gradativa no transcorrer da noite até a realização da craniotomia.*** *A cirurgia começou as 10:00horas de 20/12/2010 como consta na ficha de anestesia.*

> *(...)*
>
> *9) Há correlação entre a atividade médica tida pelo autor como deficiente (suposta demora na realização da tomografia computadorizada) e o aparecimento posterior de hematoma subdural subagudo em 12 de janeiro de 2007?* ***Provavelmente sim.***
>
> *(...)*
>
> *Resposta aos quesitos da página 920.*
>
> *(...)*
>
> *3) Considerando o acidente envolvendo o Requerente Filipe Antenor (acidente em via urbana) e a contusão na região craniana, quais os exame médicos e clínicos deveriam ter sido realizados inicialmente?*
>
> *Os que foram realizados, porém,* ***a tomografia deveria ter sido realizada mais precocemente com objetivo de receber assistência neurocirúrgica mais rapidamente****.*
>
> *4) A realização de exame – Tomografia Computadorizada poderia ter evitado ou mesmo minimizado os danos de saúde que ora acometem o Requerente Filipe Antenor?*
>
> *SIM.*
>
> *5) O diagnóstico antecipado da lesão existente na região craniana poderia ter evitado ou mesmo minimizado os danos de saúde que ora acometem o Requerente Filipe Antenor?*
>
> *SIM.*

O próprio médico neurocirurgião que atendeu o apelado já pela manhã, em razão de a genitora da outra paciente ter solicitado, informou que não foi chamado durante a noite e não sabe o porquê. Vejamos:

> *(...) Estava de plantão na Santa Casa na noite em que o requerente ali foi atendido e, pela manhã, por volta das 06:10 horas, foi atender um paciente, cuja acompanhante chamou sua atenção para o requerente, dizendo-lhe que este parecia estar em estado mais grave. O depoente foi verificar o requerente e, ao analisar suas pupilas, percebeu que havia dilatação da pupila do lado esquerdo e que ele reagia mal aos estímulos. Determinou a aplicação de medicamento para diminuição da pressão intracraniana e solicitou a tomografia do requerente, que foi encaminhado para o centro cirúrgico logo após a apresentação da tomografia e depois para o CTI. Durante a noite, o depoente não foi chamado para atender o requerente (...) Não se sabe o motivo pelo qual não foi acionado durante a noite. Normalmente, há acompanhamento do corpo de enfermagem e de algum médico plantonista do horário nas salas de observação, mas não sabe informar se isto ocorreu ou não nesta ocasião (...) A piora ocorreu de uma forma gradativa no transcorrer da noite até a realização da craniotomia. A cirurgia começou as 10:00 horas de 30.12.2010 como consta na ficha de anestesia (...).*

Diante de todas as provas produzidas, não pairam dúvidas de que houve, de fato, negligência do corpo de enfermagem e do corpo médico. Isso porque conquanto o atendimento inicial tenha sido realizado de forma padrão, no momento da "observação", não houve informação adequada a respeito do agravamento do estado de saúde do apelado durante a noite, tampouco houve contato com médico especializado. Se tal providência tivesse sido tomada, o diagnóstico teria sido realizado antes e as graves consequências sofridas pelo apelado poderiam ter sido evitadas.

Some-se a isso o fato de que, em qualquer momento, houve menção à ingestão de bebida alcóolica que justificasse a atitude da equipe de enfermagem para com o paciente. Ademais, não há nos autos notícia de que algum médico plantonista o tenha observado. Aliás, repise-se, o paciente somente foi atendido por um médico especialista (neurocirurgião), de manhã, porque se encontrava junto de outra paciente com suspeita de meningite, tendo a genitora desta observado a gravidade do estado de saúde do recorrido.

Demonstrada a culpa, na modalidade negligência, no serviço prestado ao recorrido, a responsabilidade da Santa Casa, conforme mencionado anteriormente, é objetiva, sendo necessário, para sua configuração, que se demonstre a ação ou omissão voluntária, o nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Deveras, a conduta praticada (ação/omissão) foi exaustivamente exposta. Por sua vez, o dano é evidente e é consequência lógica da conduta praticada pelo corpo de enfermagem e médicos da Santa Casa. Conforme ensinamento de Rui Stocco[1], "é necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demongue, é preciso que esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido (...)".

Conforme já exposto, o apelado apresenta deterioração psico-orgânica, com alteração de memória de fixação, dificuldade de aprendizado por déficit de atenção e concentração, déficit global de hormônios e cegueira perpétua. (perícia – f. 980).

Assim, deve ser mantido o decreto de procedência com relação ao pedido cominatório no sentido de condenar a apelante ao custeio do tratamento necessário para reabilitação do apelado, mediante a prestação de serviços por médicos e profissionais do seu corpo profissional ou mesmo particular, sob pena de multa diária de R$ 300,00, bem como, no tocante ao pedido de pagamento de pensão alimentar vitalícia, no valor de um salário mínimo, devidos até que o apelante complete 75 anos de idade.

Cumpre salientar que a apelante não teceu qualquer consideração a respeito do valor do pensionamento, tampouco ao limite para o pagamento deste, motivo pelo qual devem ser mantidos.

No tocante ao pedido de indenização por danos morais, a apelante impugna o valor arbitrado, pois entendeu que o montante de R$ 300.000,00 é excessivo e desproporcional.

Como se sabe, a apuração do *quantum* indenizatório nos casos de dano moral é matéria que deve ser analisada com acuidade, porquanto a lei não traça parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, é patente que o dano moral decorre do próprio evento danoso e enseja o pagamento de indenização, que se traduz em uma mera forma de atenuar o sofrimento da família. Yussef Said Cahali[2] leciona que "seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a lesão permanente de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção".

Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva torna despicienda demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano causa profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo e de irresignação.

O mesmo doutrinador supramencionado ainda observa: "São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que sempre existem".

1 **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. edição rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

2 *in* Dano moral, 2005, RT.

Nesse passo, é certo que o montante fixado deve guardar compatibilidade com o poder econômico do ofensor, com a sua culpabilidade, bem como, ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à função penalizadora e pedagógica da indenização, sem, também, que venha a se converter em fonte de enriquecimento sem causa da vítima ou de seu parente, vindo este a se beneficiar com o recebimento de importe superior ao que realmente lhe é devido.

Ensina Rui Stoco na obra "Tratado de Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 128":

> *Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.*

Não se ignoram as peculiaridades do caso concreto e a lamentável situação vivenciada pelo apelado, que, em razão da má prestação do serviço, ficou com cegueira perpétua aos 19 anos de idade (dentre outras limitações), sendo impedido de continuar a cursar a Universidade, bem como, assumir o cargo no concurso que havia sido aprovado; contudo, é preciso observar também a situação econômica da apelante, entidade beneficiente que possui gastos excessivos, de modo que, atento aos critérios de prudência e equidade, tenho que o dano moral não pode implicar enriquecimento sem causa.

Vejamos, ainda, o montante que vem sendo arbitrado em demandas da mesma espécie:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO–HOSPITALAR – RECÉM–NASCIDO – INTOXICAÇÃO EXÓGENA – DOSAGEM EXCESSIVA DE MEDICAMENTO – QUADRO GRAVÍSSIMO DE CONVULSÕES E TAQUICARDIA – RISCO DE MORTE – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 75.000,0 – OBSERVÂNCIA DO TRINÔMIO REPARAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *O julgador, ao arbitrar o valor da indenização, deve se atentar ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada. Sendo esta a realidade dos autos, não há reparo a ser feito na sentença* (TJMS. 6 de fevereiro de 2013 1ª Câmara Cível Apelação -Nº 002372-2.2010.8.12.046 - Chapadão do Sul)
>
> *RESPONSABILIDADE CIVIL Indenização Erro médico – Danos materiais, morais e estéticos Pretensão da autora à reparação em virtude de procedimento cirúrgico para retirada de catarata, em que ocorreu descolamento da coroide do olho e perda do olho esquerdo Conjunto probatório dilgentemente apreciado Dano Ocorrência Nexo causal Existência "Quantum" indenizatório suficiente R$25.30,0(danos materiais) e R$50.000,0 (danos morais e estéticos) Sentença de parcial procedência mantida Aplicação do art. 252 do RITJSP Recurso Improvido* (TJSP. Apelação cível nº 109728-8.2013.8.26.010. J em 02.09.2014)

Sendo assim, feitas todas essas observações, considero razoável a redução para o montante de R$ 100.000,00, a incidir correção monetária a partir do arbitramento, ou seja, deste acórdão, com base no IGP-M/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Por fim, com relação à concessão dos benefícios da justiça gratuita, não obstante as ilações da apelante no sentido de que é uma entidade filantrópica, que passa por grave crise financeira, o fato é que não se vislumbra que a apelante esteja impossibilitada de arcar com as custas do processos e demais despesas processuais, bem como, com os honorários advocatícios, sem prejuízo da própria manutenção.

Ademais, vislumbra-se que houve o recolhimento do preparo recursal (f. 1.133), praticando com isso ato incompatível com o interesse de recorrer, o que implica desprovimento do recurso quanto a essa questão, nos termos do artigo 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso de apelação e lhe dou parcial provimento apenas para reduzir o valor arbitrado como indenização por danos morais para R$ 100.000,00 (cem mil reais), a incidir correção monetária a partir do arbitramento, ou seja, deste acórdão, com base no IGP-M/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 07 de outubro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0819768-46.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL – *PRO MISERO* - ART. 183/CF – CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS – INADIMPLÊNCIA DO AUTOR – VIGÊNCIA DO CONTRATO – AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* – INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A inadimplência do requerente, parte cedida em contrato de cessão de direitos sobre imóvel, retira o *animus domini* necessário à aquisição da propriedade pelo usucapião, na modalidade *pro misero* do art. 183/CF, sendo que entendimento diverso permitiria que o contratante se beneficiasse da própria torpeza, ocorrida a partir do inadimplemento voluntário do contrato, situação inaceitável e que deturpa todo o ordenamento jurídico, desqualificando e desmerecendo o princípio da função social da propriedade que legitima o instituto do usucapião.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de outubro de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Roberto Miguel Martinez Silveira interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que indeferiu liminarmente a inicial da ação de usucapião especial urbano ajuizada em face de Construtora Degrau Ltda – ME.

Defende que a pretensão pauta-se no usucapião previsto no art. 183 da Constituição Federal, sendo exigível apenas o transcurso do prazo de cinco anos da posse sem oposição.

Sustenta que a qualidade da posse não interessa ao reconhecimento do direito.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja declarada insubsistente a sentença, determinando-se a remessa dos autos para regular processamento.

Sem contrarrazões por não ter ocorrido a citação da requerida.

Parecer da Procuradoria-Geral de justiça pelo desprovimento do recurso.

Sem revisão, nos termo do art. 155, §1º RITJMS.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Roberto Miguel Martinez Silveira interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que indeferiu liminarmente a inicial da ação de usucapião especial urbano ajuizada em face de Construtora Degrau Ltda – ME.

O apelante adquiriu a posse do imóvel urbano mediante a cessão de direitos firmada com terceiros em 10/08/2005 (f. 17-19), comprometendo-se a quitar as parcelas do contato firmado entre os cedentes e a requerida que recaíam sobre o imóvel perante a requerida.

Transcorrido o prazo de 5 anos de sua posse, consoante prevê o art. 183 da Constituição Federal, ajuizou a presente ação no intuito de ver declarada ocorrência do usucapião, adquirindo assim a propriedade do imóvel.

Declarando a precariedade da posse do requerente, indeferiu liminarmente a inicial.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pese as razões de apelo, tenho que não merecem prosperar.

Reza o art. 183 da Constituição Federal:

> *"Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."*

In casu, mesmo preenchido o requisito temporal da prescrição aquisitiva, fato é que a posse decorrente do contrato celebrado entre terceiros e o requerente não induzem à falta de oposição do proprietário do bem, a construtora requerida, até porque o referido negócio foi feito sem a sua participação, seu consentimento.

No referido instrumento de contrato de cessão, o requerente obriga-se a adimplir as prestações devidas à construtora, além de obter a aquiescência desta em relação à avença, o que jamais ocorreu.

À f. 18, inclusive, consta obrigação atinente à requerida sem que sequer tivesse conhecimento do instrumento:

> *"DAS OBRIGAÇÕES DO ANUENTE*
>
> *Cláusula 6º. O CONSTRUTORA DEGRAU LTDA concorda com a presente cessão e libera o CEDENTE do vínculo contratual entre eles firmados, estando o primeiro ciente de que quem assumirá todas as responsabilidade da promessa de compra e venda por eles contratados será o CESSIONÁRIO."*

Neste passo, estando vigente o contrato, não há como concordar com a existência de *animus domini* da parte, sendo que a referida qualidade só surgiria quando adimplidas com todas as suas obrigações contratuais, o que não é o caso, pois encontra-se inadimplente com as prestações do imóvel o requerente.

Se tem plena convicção de que não adimpliu os requisitos do contrato que conduziriam à transferência da propriedade, a mesma convicção possui de que não é dono do bem, e nem age com tal qualidade.

Pensar diferente seria autorizar que o apelante se beneficiasse da própria torpeza na justa medida de que voluntariamente deixou de cumprir com suas obrigações contratuais, e agora pretende o reconhecimento de sua desídia pelo Poder Judiciário via aquisição de um bônus: a transferência do imóvel.

Isso é inaceitável e deturpa todo o ordenamento jurídico, desqualificando e desmerecendo o princípio da função social da propriedade que legitima o instituto do usucapião.

Diante todo o exposto, conheço do recurso e, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

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. Sideni Soncini Pimentel

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, 07 de outubro de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000018-59.2011.8.12.0023 - Ivinhema
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ARMA DESMONTADA OU DESMUNICIADA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – CONDENAÇÃO – PROVIMENTO.

É típica a conduta consistente em portar arma de fogo, ainda que desmuniciada ou desmontada, porquanto o crime do art. 14, da Lei n. 10.826/06, é de perigo abstrato.

Apelação ministerial a que se dá provimento para condenar o acusado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo.

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, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, MS, 7 de julho de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O Ministério Público Estadual interpõe apelação objetivando a reforma da sentença (f. 163/166) que absolveu Iziquiel Alves de Souza Neto, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei n. 10.826/2003).

Aduz o *parquet* que o simples porte de arma e munições já é suficiente para a configuração do delito, o que impõe a condenação do acusado (f. 174/184).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 188/194).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento (f. 200/205).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

O Ministério Público Estadual interpõe apelação objetivando a reforma da sentença (f. 163/166) que absolveu Iziquiel Alves de Souza Neto, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei n. 10.826/2003).

Aos 02 de janeiro de 2011, por volta das 19h10min., na Rua Quinze de Outubro, Conjunto Habitacional Antônio Mota Ramos, em Angélica, Iziquiel foi surpreendido portando e transportando 01 (uma) arma de fogo, do tipo espingarda, calibre 12 (doze), marca Amadeo Rossi, número de série 7424, desmontada e desmuniciada; 05 (cinco) cartuchos de calibre 12 (doze); 05 (cinco) recipientes sendo 03 (três) com pólvora e 02 (dois) com chumbo; 01 (um) carregador; 01 (um) projétil calibre 22 intacto; 01 (um) cartucho descarregado com calibre diferente da arma apreendida; 01 (um) cabo de madeira utilizado para preparar cartucho; 02 (duas) bolas de cera para preparo do cartucho; 88 (oitenta e oito) espoletas; 01 (uma) haste; 500 (quinhentos) balins de chumbo, sem autorização e em desacordo com a legislação legal e regulamentar.

A conduta amolda-se à hipótese prevista no art. 14, da Lei n. 10.826/03, que trata de crime de perigo abstrato, sendo presumida a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Malgrado a arma tenha sido encontrada desmontada (f. 69/75) – representou risco para a segurança e integridade física das pessoas, justamente porque pode ser montada e municiada a qualquer momento.

O acusado confessou a prática delitiva, *in verbis* (f. 116):

> *"[...] é verdadeira a acusação que lhe é feita; ... Que por estar precisando de dinheiro para fazer uma circurgia no joelho o interrogando combinou com a testemunha Ezequias de lhe vender tais objetos pela importância de R$ 800,00; Que os objetos estavam guardados numa chácara em Ivinhema e no dia dos fatos o interrogando os embalou e trouxe para Angélica, [...]"*

A confissão foi corroborada pelo depoimento de Miriam Francelina dos Santos, ex-convivente do acusado (f. 116).

A conduta praticada pelo acusado resta típica na medida em que gerou perigo abstrato aos bens jurídicos protegidos – paz social e incolumidade pública.

Ao discorrer sobre a legitimidade da espécie de crime, FERNANDO CAPEZ [1] preleciona:

> *"No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típica independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis."*

Nesse mesmo sentido, diz a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 –* ***ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA NO BAGAGEIRO DO ÔNIBUS*** *– PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE*

1 *Arma de Fogo - Comentários à Lei n. 9.437/97, de 20.2.1997*, Saraiva, 1997, p. 25/26.

– FATO TÍPICO – RECURSO IMPROVIDO.

*Tratando-se de **transporte de arma de fogo, desmuniciada e desmontada, armazenada na mochila,** no bagageiro do ônibus, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento."* [2] *(grifos não originais)*

*"PENAL – PORTE DE ARMA DE FOGO – **ARMA DESMONTADA E DESMUNICIDADA – IRRELEVÂNCIA** – TIPICIDADE – ARTIGO 14 DA LEI N. 10.826/2003.*

*A norma penal incriminadora do artigo 14 da Lei n. 10.826/2003 não descreveu a conduta ilícita com a exigência de municiamento da arma, de modo que, para a configuração do crime descrito pelo referido artigo, tipo penal de conteúdo múltiplo, bastante a plena subsunção da conduta dos acusados a um dos verbos ali presentes. **A circunstância de a arma encontrar-se desmontada e desmuniciada é irrelevante para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03**. Apelo desprovido."* [3] *(grifos não originais)*

O Superior Tribunal de Justiça também consolidou entendimento nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO OCORRÊNCIA – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Esta Corte firmou entendimento de ser irrelevante estar a arma estar desmuniciada, ou aferir sua eficácia, para configuração do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança coletiva, subsume-se aos tipos descritos nos arts. 14 e 16 da Lei n. 10.826/03, não havendo se falar em atipicidade da conduta.

2. Agravo Regimental improvido." [4]

Desta forma, o acusado deve ser condenado pela prática do crime do art. 14 (porte de arma de fogo de uso permitido), da Lei n. 10.826/03.

Passo à dosimetria da pena.

Atento às circunstâncias do art. 59, do Código Penal, não vislumbro quaisquer elementos que possam militar em desfavor do acusado, razão porque fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, a qual torno definitiva, face a inexistência de outras causas modificadoras.

Por fim, porque preenchidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, substituo a sanção corporal por restritiva de direitos, consistente em limitação de final de semana conforme requisitos e condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público Estadual a fim de condenar Iziquiel Alves de Souza Neto pela prática do crime do art. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), da Lei n. 10.826/2003.

2 TJMS, Ap 2010.023050-1, 1ª T. Crim., rel. Des. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA, DJ 21/09/2010, p. 45.
3 TJDF, Rec. 2007.05.1.004677-8, 1ª T. Crim., rel. Des. MARIO MACHADO, DJ 14/01/2010, p. 237.
4 AgRg-AREsp 333.461/DF, 5ª T., rel. Des. conv. CAMPOS MARQUES, j. 25/06/2013, DJ 01/07/2013.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal):

Rememorando. É apelo interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença que absolveu Iziquiel Alves de Souza Neto pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei n. 10.826/03).

Pugna pela condenação do apelado.

> Consta da denúncia que *"aos 02 de janeiro de 2011, por volta das 19h10min, na Rua Quinze de Outubro, Conjunto Habitacional Antônio Mota Ramos, em Angélica, IZIQUIEL foi surpreendido portando e transportando 01 (uma) arma de fogo, do tipo espingarda, calibre 12 (doze), marca Amadeo Rossi, numero de série 7424, desmontada e desmuniciada; 05 (cinco) cartuchos de calibre 12 (doze); 05 (cinco) recipientes sendo 03 (três) com pólvora e 02 (dois) com chumbo; 01 (um) carregador; 01 (um) projétil calibre 22 intacto; 01 (um) cartucho descarregado com calibre diferente da arma apreendida; 01 (um) cabo de madeira utilizado para preparar cartucho; 02 (duas) bolas de cera para preparo do cartucho; 88 (oitenta e oito) espoletas; 01 (uma) haste; 500 (quinhentos) balins de chumbo, sem autorização e em desacordo com a legislação legal e regulamentar."*

Em seu voto, o Des. Carlos Eduardo Contar, Relator, vota pelo provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, a fim de condenar Iziquiel Alves de Souza Neto pela prática do crime de porte de arma de fogo de uso permitido, sendo acompanhado pelo Des. Manoel Mendes Carli, Revisor.

Vou divergir para manter a sentença absolutória que foi prolatada nos seguintes termos:

> *"[...] Colhe-se da denúncia que, no dia do fato, ao chegar em sua residência, Ezequias Silva de Oliveira foi surpreendido com os seus familiares declarando-lhe que um casal, pilotando uma motocicleta vermelha, havia passado no local e deixado com eles um pacote contendo a arma e os apetrechos mencionados no relatório supra, tendo em vista que ele não se encontrava em casa, sendo que, diante disso, deslocou-se até o pelotão da Polícia Militar e passou essa informação, oportunidade em que os policiais orientaram para que ele os acionassem caso o casal retornasse ao local.*
>
> *Consta, ainda, que, passados alguns minutos após o regresso do réu à sua residência, o casal retornou e perguntou sobre o pacote, ocasião em que os policiais foram acionados e, chegando ao local, abordaram Iziquiel Alves de Souza Neto, momento em que este teria confessado ser o proprietário do armamento e dos apetrechos, motivo pelo qual foi preso em flagrante.*
>
> *Diante disso, ao ser interrogado judicialmente, o réu confessou que o fato narrado na denúncia é verdadeiro, alegando que herdou a espingarda de seu pai, falecido recentemente, bem assim que ela ficava numa chácara e que só a trouxe para a cidade porque havia acordado a sua venda para Ezequias Silva de Oliveira, que lhe pagaria o valor de R$ 800,00 (oitocentos reais).*
>
> *Ante a inexistência de questões preliminares e/ou prejudiciais, passo ao exame do mérito.*
>
> *Com efeito, a materialidade e a autoria do fato estão cabalmente comprovadas pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 11/17) e pelos boletins de ocorrências (f. 18/22), bem assim pelos depoimentos judiciais das testemunhas Odair Basílio de Campos (f. 108),*

Saturnino Ortiz Filho (f. 109), Ezequias Silva de Oliveira (f. 110) e Mirian Francelina dos Santos (f. 111), além da confissão judicial do réu (f. 112/113).

Entretanto, muito embora o fato seja formalmente típico, entendo que, 'in casu', não o é do ponto de vista material, haja vista que não restou inequivocamente comprovada nos autos a potencialidade lesiva da espingarda apreendida, de modo que o bem jurídico penalmente tutelado pelo art. 14 da Lei n. 10.826/03 a incolumidade pública não foi lesionado ou colocado em perigo de lesão.

Nesse sentido, existe orientação jurisprudencial exarada pelo Supremo Tribunal Federal, 'in verbis':

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ATIPICIDADE. Inexistindo laudo pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir espingarda sem munição. Ordem concedida." (STF H.C. 97811, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20.08.2009. PUBLIC. 21.08.2009. EMENT. VOL.-02370-05. PP-00923). (Grifou-se).

É verdade que, apesar de estar desmuniciada, a espingarda foi apreendida com munições dispostas em um pacote pelo que seria faticamente possível o seu municiamento, bem assim que ela e os apetrechos foram submetidos a exame pericial.

*Contudo**, o exame em arma de fogo e objetos (f. 69/73) apresentou a conclusão de que:***

a) Os mecanismos de percussão e extração da arma não encontravam-se funcionantes, sendo que a mesma encontrava-se desmontada;

b) Foram coletados do interior do cano da arma, resíduos que foram submetidos a teste químico (Slova-Slovai) adequado à detecção de nitros provenientes da combustão da pólvora, obtendo-se resultado negativo (...) ["A arma não apresentou vestígios (...) indicando elementos de que a mesma não produziu tiro(s) em época anterior aos exames"];

c) Não foram produzidos tiros com a arma, pois a mesma encontrava-se desmontada. (Grifou-se).

Como se pode ver acima, no presente caso a espingarda apreendida foi julgada pelos peritos como não funcionante (sic), encontrando-se desmontada, não apresentando vestígios de resíduos de tiros e indicando elementos de que a arma há muito tempo não era utilizada.

Essa ilação comprova que o réu declarou a verdade ao afirmar que recebeu o armamento como herança de seu pai, o qual, por sua vez, a havia herdado de seu genitor (avô do réu), bem assim que ela não era utilizada e ficava guardada em uma chácara, o que reforça a conclusão de que não colocou a incolumidade pública em perigo.

*Por essas razões, **infiro que o fato praticado pelo denunciado revelou-se materialmente atípico, motivo pelo qual a absolvição é impositiva**.*

Ante o exposto, julgo improcedente a denúncia e ABSOLVO Iziquiel Alves de Souza Neto (vulgo "Fi", brasileiro, convivente, servente de pedreiro, R.G. n. 91467623, SSP/PR, filho de Iziquiel Alves de Souza Filho e Marina Muniz Moraes, nascido no dia 9/12/1990,

na cidade de Paranavaí/PR, residente e domiciliado à Rua 11, n. 893, Bairro Itapoã, Ivinhema/MS) da imputação de infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/03, fundamentando a absolvição no art. 386, inciso III (não constituir o fato infração penal), do Código de Processo Penal."

Calha lembrar que o Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

> *"No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum. Por isso, para preservar o princípio do 'alterum non laedere' de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso."* (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, *Nilo et ali.* Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229).

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do Relator para negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo intacta a sentença absolutória de 1º grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal.

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. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 07 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406264-53.2014.8.12.0000 – Maracaju
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA – ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA LEI – INVIABILIDADE – NÃO CONCESSÃO.

O descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão comprova a necessidade de se resguardar a ordem pública em razão da insuficiência das ações paleativas.

Não é dado a ninguém o direito de alegar desconhecimento da lei para escapar a sanção prevista, conforme art 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Habeas corpus a que se nega concessão face a legalidade e necessidade da segregação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 28 de julho de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O advogado Jederson Rangel Duarte ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Daniele Portilho de Andrade sob a alegação de que esta sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maracaju.

Esclarece que a paciente foi presa, aos 26 de maio de 2014, pela prática de tráfico de drogas ocorrido em 2011. Alega que a notificação editalícia da paciente está eivada de nulidade, porquanto não foram esgotados os meios de localização.

Assevera que a paciente é pessoa de pouca instrução e não teve intenção de evadir-se do distrito da culpa, em consequência não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 52/53), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 62).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 64/67).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

O advogado Jederson Rangel Duarte ingressa com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Daniele Portilho de Andrade sob a alegação de que esta sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maracaju.

Extrai-se dos autos que, aos 25 de agosto de 2011, por volta das 14h30min, durante a revista pessoal nas dependências da Delegacia de Polícia, oportunidade que a paciente trazia consigo 30 (trinta) "paradinhas" de maconha, pesando 10,977 g (dez gramas e novecentas e setenta e sete centigramas),e a quantia de R$ 130,00 (cento e trinta reais).

Foi concedida liberdade provisória, mediante cumprimento das medidas cautelares alternativas, como comparecimento periódico em juízo, para informação das atividades, e a todo os atos processuais, bem como recolhimento domiciliar após término de horário laboral (f. 25).

Contudo, houve o descumprimento das medidas cautelares, porquanto várias tentativas de notificação da paciente não surtiram efeito (f. 29 e 32), sendo pedido pelo *parquet* a realização de citação por edital (f. 33), a qual foi realizada no dia 20 de janeiro de 2014 (f. 36).

Diante do silêncio da acusada após a citação por edital, o Ministério Público Estadual pleiteou a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, bem como a decretação da prisão preventiva (f. 38), sendo deferida prisão preventiva pelo magistrado *a quo*, nos termos do 366, do Código de Processo Penal (f. 39).

Verifica-se que a pretensão da paciente é descabida, vez que foi denunciada por tráfico de drogas, agraciada com a liberdade provisória e, ainda assim, descumpriu as medidas cautelares bastante simplórias que lhe foram impostas.

Assim, além de a segregação cautelar estar fundamentada na gravidade concreta do crime, o descumprimento anterior de medidas cautelares alternativas demonstra cabalmente a necessidade de resguardar a ordem pública, pois restou comprovado que a paciente não reúne condições subjetivas para responder o processo em liberdade.

Outrossim, não há que se falar que a paciente possui pouca instrução e que não teve intenção de evadir-se do distrito da culpa, e que em consequência não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva.

É incabível a alegação de desconhecimento da lei como forma de descaracterização da ilicitude uma vez que o art. 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe:

"Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

Assim, não prospera a alegação de que a paciente tem pouca instrução porque ninguém é dado alegar desconhecimento da lei. Ademais, certificou-se nos autos que a Oficial de Justiça entregou o alvará de soltura contendo todas as obrigações processuais da paciente (f. 25/26).

Admitir esta alegação (ou a mentira) seria o mesmo que dizer à população que o cumprimento da lei é facultativo e a ignorância é um salvo-conduto para toda prática contrária aos interesses estatais.

Resta clara, portanto, a necessidade da manutenção da segregação cautelar para garantia da ordem pública.

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* em favor de Daniele Portilho de Andrade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, MS, 28 de julho de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406871-66.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator. Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL – CONCUSSÃO MILITAR – INEXISTÊNCIA DE INDICIAMENTO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INVIABILIDADE – DESVINCULAÇÃO ENTRE ATIVIDADE POLICIAL E ATUAÇÃO DO *PARQUET* – ELEMENTOS MÍNIMOS QUE JUSTIFICAM A PERSECUÇÃO PENAL – NÃO CONCESSÃO.

A inexistência de indiciamento não obsta a propositura de ação penal, porquanto a atuação do *parquet* é absolutamente desvinculada das conclusões da autoridade policial.

O órgão acusador orienta seu convencimento nos elementos de convicção constantes na investigação, ainda que suas conclusões sejam distintas da autoridade policial.

Habeas corpus a que se nega concessão, ante a necessidade de continuidade da *persecutio criminis*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 7 de julho de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Os advogados Andréa Jaques de Oliveira e Leonardo Daguila da Silva ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Gilmar do Nascimento sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara de Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande.

Esclarecem que o paciente foi denunciado pela prática do crime do art. 305 (concussão), do Código Penal Militar. Alegam que o paciente sequer fora indiciado no Inquérito Policial Militar, sendo ouvido apenas na condição de testemunha e, consequentemente, não haveria justa causa para que fosse denunciado.

Asseveram que as investigações evidenciaram a inexistência de participação do paciente na empreitada criminosa, devendo ser trancada a ação penal que tramita contra o mesmo.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 18), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 22/23).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 25/29).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator).

Os advogados Andréa Jaques de Oliveira e Leonardo Daguila da Silva ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Gilmar do Nascimento sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara de Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande.

Consta na denúncia (f. 08/11) que, aos 21 de junho de 2012, por volta das 15 h, na Chácara Santa Catarina, localizada na Rodovia MS-080, Km 45, em Rochedo, em razão da função exercida, os policiais militares Carlos Henrique Rôa, Gilmar do Nascimento e Waldemir Camargo Esteves exigiram vantagem indevida consistente em 01 (uma) novilha.

Narra a exordial acusatória que, aos 20 de dezembro de 2012, os policiais militares Waldir Rodrigues da Motta Antunes e Luciano Basso Meotti foram atender uma ocorrência no imóvel rural em questão, tendo solicitado ao caseiro Bruno da Silva os documentos de aproveitamento de material lenhoso desvitalizado, sendo informados que a documentação tinha sido entregue a uma guarnição que esteve vistoriando a propriedade rural em data anterior e se comprometeu a protocolar o documento junto ao Imasul em troca de 01 (uma) novilha, mas até aquela data não haviam devolvido o documento.

Os policiais entraram em contato telefônico com seu Comandante, que informou que no outro dia enviaria uma guarnição para dar suporte à ocorrência.

Aos 21 de dezembro de 2012, uma guarnição composta pelos militares Waldir Rodrigues da Motta Antunes, Luciano Basso Meotti, Carlos Marcelo Alexandre da Silva e Elismar Alves dos Santos compareceram na chácara e encontraram o proprietário do imóvel, Carlos Roberto Cornachini, que lhes apresentou a licença ainda não protocolada junto ao Imasul, o que levou à lavratura de autos de infração.

Nesta ocasião, o caseiro Bruno da Silva mencionou que, aos 21 de julho de 2012, a guarnição militar composta do Sgt PM RÔA, 2º Sgt PM Gilmar e 1º Sgt PM Camargo compareceu à Chácara Santa Catarina, ocasião em que teria realizado fiscalização na propriedade, não constatando qualquer irregularidade, tendo apenas exigido a documentação correspondente a uma certa quantidade de tábuas que se estavam no local.

Em razão da exigência, o proprietário apresentou o documento de aproveitamento do material lenhoso desvitalizado, entretanto, como não constava o número de protocolo do Imasul, a guarnição militar composta pelos acusados se propôs a protocolar o referido documento e não autuar a propriedade rural em troca de 01 (uma) novilha.

Aceita a proposta, 02 (dois) dias depois, Carlos Henrique Rôa, Gilmar do Nascimento e Waldemir Camargo Esteves foram até a chácara numa caminhonete Ranger, cor verde, e levaram a novilha.

Encerrada a investigação criminal, os autos do Inquérito Policial Militar foram encaminhados ao *parquet*, que ofereceu denúncia nos moldes mencionados.

Não há como atender à pretensão de trancamento da ação penal em relação ao paciente.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a atuação das autoridades policiais não vincula o convencimento do Membro do Ministério Público, que deve oferecer a denúncia ou promover o arquivamento de acordo com as próprias convicções, desde que respaldadas em elementos mínimos de prova.

Aliás, não é demais lembrar que a propositura de ação penal prescinde de Inquérito Policial, inexistindo razão para crer que o fato de o paciente não ter sido indiciado seja o bastante para que fique ausente da denúncia.

Não fosse o bastante, a jurisprudência é consolidada quanto à impossibilidade de trancamento da ação penal por fragilidade do inquérito policial:

> *"O trancamento de ação penal por meio de h*abeas corpus *é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se afere, de plano, ausência de justa causa, inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, presença de alguma causa excludente de punibilidade.*
>
> *No que se refere aos alegados vícios no inquérito policial, a jurisprudência pátria já se firmou no sentido de que eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não possuem o condão de macular todo o processo criminal."*[5]

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* em favor de Gilmar do Nascimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 07 de julho de 2014.

***

5 TJPB, HC 0000022-79.2014.815.0000, Câm. Espec. Crim., rel. Des. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO; DJ 25/06/2014.

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000936-73.2011.8.12.0052 - Anastácio
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – INFRATOR QUE COMPLETOU VINTE E UM ANOS – REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que as suas disposições se destinam, em regra, às crianças e aos adolescentes até os dezoito anos (art. 2º) e, excepcionalmente, até os vinte e um anos (art. 2º, parágrafo único), devendo o infrator ser compulsoriamente liberado ao atingir referida idade (art. 121, § 5).

2. Tendo o infrator completado 21 anos, não fica mais sujeito à jurisdição especializada da infância e da juventude, não mais se aplicando a ele qualquer medida sócio-educativa.

3. Contra o parecer, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da decisão de fl. 43 que rejeitou a representação em relação a Raul da Silva Fainelo, em razão de ter completado a maioridade.

Alega ser possível a aplicação de medida sócio-educativa àqueles que possuem idade entre 18 e 21 anos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja determinado o prosseguimento da representação.

Contrarrazões (fls. 106-110) pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento da apelação criminal.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da decisão de fl. 43 que rejeitou a representação em relação a Raul da Silva Fainelo, em razão de ter completado a maioridade.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja determinado o prosseguimento da representação.

Constata-se dos autos que o apelado foi representado pela prática, em tese, de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 155, § 4º, IV c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, cometido em 22.05.2011, quando contava com 17 (dezessete) anos de idade, pois nasceu em 18.08.1993 (fl. 22).

Durante a instrução processual, o magistrado *a quo* verificou a superveniência da maioridade civil e penal do representado, pelo que rejeitou a representação.

Não há óbice à sujeição do infrator às normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando venha a atingir a maioridade penal durante o processo de apuração do ilícito, desde que tenha cometido o ato infracional no período em que era considerado adolescente – com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.

Há, nesse sentido, expressa previsão na Lei n. 8.069/90, que dispõe em seu artigo 2º, parágrafo único, a aplicação excepcional das regras do Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Sabe-se que, não somente em razão do que dispõe o artigo 104, *caput*, do Estatuto, mas, também, por força de determinação constitucional – artigo 228 da Constituição da República –, são penalmente inimputáveis apenas os menores de 18 (dezoito) anos, aplicando-se aos que excederem essa idade as regras de direito penal.

Ocorre que, a própria Lei n. 8.069/90, ao tratar do ato infracional, esclarece, em seu artigo 104, parágrafo único, que, *"para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato"*.

Assim, se um adolescente pratica conduta análoga a crime, deverá sujeitar-se ao processo de apuração de ato infracional disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente e, sendo o caso, cumprir medida socioeducativa que lhe venha a ser imposta, não importando que, posteriormente aos fatos, tenha atingido a maioridade penal.

Negar vigência a esses dispositivos pura e simplesmente em razão do advento da maioridade do agente seria um incentivo à prática de atos infracionais por aqueles que estão na iminência de completar 18 (dezoito) anos, pois saberiam que nenhuma resposta poderia ser dada pelo Estado.

Destarte, impossível determinar-se a extinção do feito em que se apura o cometimento de ato infracional com fundamento, apenas, na implementação da maioridade civil e penal dos representados.

Porém, não se admite que, concluída a responsabilidade infracional do adolescente e a ele sendo aplicada medida socioeducativa, a execução desta se estenda por período que ultrapasse os seus 21 (vinte e um) anos de idade limite imposto pelo já citado artigo 2º, parágrafo único, do citado Estatuto e pelo artigo 121, parágrafo 5º, da mesma Lei, que cuida da liberação compulsória em caso de qualquer medida que lhe tenha sido aplicada, especialmente a privativa de liberdade.

Assim dispõe o art. 121, § 5º do ECA:

> *"Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade."*

Logo, tendo em vista que o embargante completou 21 (vinte e um) anos recentemente, em 18.08.2014, incabível a aplicação de qualquer medida socioeducativa, não se justificando, neste momento, a reforma da decisão extintiva do feito.

Nesse sentido:

> *"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FATO ANTERIOR À INCIDÊNCIA DOS 18 ANOS DE IDADE. MEDIDA DE SEMILIBERDADE. POSSIBILIDADE. LIMITE DE DURAÇÃO DE 21 ANOS PARA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. PREVISÃO EXPRESSA NO ECA. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS ARTIGOS 120, § 2º E 121, § 5º. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A aplicabilidade das regras do ECA remonta à data do cometimento do ato infracional, quando, então deve o a contar o adolescente com idade inferior a dezoito anos. A superveniência de imputabilidade penal não tem, por si só, o condão de interferir na aplicabilidade das regras do ECA. 2. De acordo com previsão do artigo 120, § 2º do ECA, não há prazo determinado para a duração da medida socioeducativa cumprida em regime de semiliberdade, aplicando-se, todavia, as regras da internação compatíveis com tal sistemática, dentre elas a deliberação obrigatória aos 21 anos. Irrelevante portanto a superveniência dos 18 anos de idade. 2. Ordem denegada."* (STJ – HC: 186751 RJ 2010/0181928-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/04/2012, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2012).

Posto isso, contra o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão que rejeitou a representação em face do apelado; porém não em razão da superveniência da maioridade civil e penal, mas por ter o infrator completado 21 anos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0053404-07.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – FALTA DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL – INEXISTÊNCIA DE DOLO – FATO ATÍPICO – ABSOLVIÇÃO.

Na hipótese, o registro de Boletim de Ocorrência pela ré não pode ser considerado ato de dar causa à instauração de investigação administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que sabe ser inocente, pois sua versão, que encontra respaldo nos autos, é de que seu companheiro na época praticou contra ela fatos criminosos. Logo, não há como constatar o dolo na conduta da sentenciada, constituindo sua conduta fato atípico.

Em parte com o parecer, recurso 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, em parte com o parecer, dar provimento ao recurso para absolver Andreia da Conceição Larangeira, com fundamento no art. 386, III do CPP, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 22 de setembro de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Andreia da Conceição Larangeira em face da sentença de fls. 96-100, que a condenou pela prática do crime previsto no art. 339 do CP, à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa no regime aberto.

Alega, em resumo, nas razões de fls. 115-119, a falta dos elementos constitutivos do tipo penal do crime de denunciação caluniosa, argumentando que não há comprovação do dolo direto de que a intenção era desencadear investigação unicamente por vingança ou espírito de emulação, razão pela qual pede a absolvição. Prequestiona o artigo 5, LVII, da CF e art. 386, III, do CPP.

Em contrarrazões de fls. 121-128, o Ministério Público impugna integralmente as argumentações da recorrente e pede o não provimento do recurso.

Parecer da PGJ as fls. 131-135 pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja decretada a absolvição com fulcro no art. 386, VII, do CPP (insuficiência de provas).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Consoante relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Andreia da Conceição Larangeira em face da sentença de fls. 96-100, que a condenou pela prática do crime previsto no art. 339 do CP, à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa no regime aberto.

Alega, em resumo, falta dos elementos constitutivos do tipo penal do crime de denunciação caluniosa, argumentando que não há comprovação do dolo direto de que a intenção era desencadear investigação unicamente por vingança ou espírito de emulação, razão pela qual pede a absolvição.

O apelo deve ser provido.

Segundo narra a denúncia, no dia 13.10.2009, às 13h06min, na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Campo Grande, Andreia da Conceição Laranjeira deu causa à instauração de investigação policial por meio do Boletim de Ocorrência n. 2200/2009 imputando ao seu companheiro João Batista dos Santos a contravenção penal de vias de fato e os crimes de ameaça e injúria, mesmo sabendo ser ele inocente (fls. 02-03).

As provas colhidas durante a persecução criminal não demonstram que a apelante imputou falsamente crime ao suposto ofendido. O que se tem nos autos é que o casal teve um desentendimento e, supostamente, uma agressão física, que levou a ré a procurar a Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência. Deste modo, não há como constatar o dolo na conduta da sentenciada. Como explica NUCCI[6] acerca da denunciação caluniosa:

> *"Elemento subjetivo do tipo: é o dolo; entretanto, somente na sua forma direta, tendo em vista que o tipo penal exige o nítido conhecimento do agente acerca da inocência do imputado. Logo, torna-se impossível que ele assuma o risco de dar causa a uma investigação ou processo contra alguém inocente (dolo eventual). Não existe, obviamente, a forma culposa. Cremos presente o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de induzir o julgador em erro, prejudicando a administração da justiça."*

Na fase extraprocessual a ré afirmou que, após uma discussão, seu companheiro xingou-a e jogou um banco que atingiu sua perna (fl. 14).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a recorrente narrou que João não lhe ameaçou com uma faca, confirmando que brigaram e foi atingida na perna por um banco arremessado pelo companheiro:

> *"(...)*
>
> *RÉ: A única coisa que não aconteceu foi o negócio da faca.*
>
> *JUIZ: Ahn?*
>
> *RÉ: Por que o homem perguntou pra mim se eu já tinha brigado com ele, alguma coisa, falei assim: "Já brigou, até que a gente já pegou faca.". Aí ele escreveu isso daí. E na hora não sei como é que ia (ininteligível) o papel, aí ele escreveu como se tivesse sido no dia. Aí o dia que eu fui lá, me chamaram pra depor lá, aí eu falei lá que não tinha sido a faca no mesmo dia, que tinha sido o banco. Ele tacou, pegou na minha perna, acertou a geladeira e me xingou."* (fl. 82).

6 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado.10. ed.São Paulo:RT, 2010.

O suposto ofendido, na fase judicial, asseverou que ficou bravo, jogou o banco e não sabe se atingiu a perna da ré:

> *"(...)*
>
> *MP: O senhor sabe me dizer o motivo pelo qual ela foi lá na delegacia contar essas mentiras sobre o senhor?*
>
> *DEPONTE: Ah, foi por causa que eu taquei o banco.*
>
> *(...)*
>
> ***DEPOENTE: Ah, isso aí. Esse foi o motivo, de eu ficar bravo, de jogar o banco na geladeira, não sei se pegou na perna dela, que eu não vi, entendeu?"***. (fl. 80). (Destaquei).

Corroborando a versão da ré, sua genitora, Sra. Sandra da Conceição, afirmou em juízo que chegou logo após os fatos e que sua filha relatou que João havia lhe tacado um banco:

> *"(...)*
>
> ***DEPOENTE: Ela chegou falando que ele tinha tacado o banco na perna dela, mas na hora eu não estava lá.***
>
> *(...)*
>
> *JUIZ: Deixa eu falar, deixa eu falar. Mas o depoimento que a senhora está prestando aqui hoje é muito diferente do que a senhora estava lá no dia que ele jogou esse banco na geladeira.*
>
> *DEPOENTE: Não, no caso eu tinha acabado de chegar, mas só que eu não vi nada."* (fl. 81). (Destaquei).

Logo, o registro de Boletim de Ocorrência pela apelante em desfavor de João Batista dos Santos não pode ser considerado ato de dar causa à instauração de investigação administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que sabe ser inocente, pois no seu entender e sua versão é de que seu companheiro na época praticou contra ela fatos criminosos. Oportuna a lição de BITENCOURT[7]:

> *"É necessário que a imputação seja objetiva e subjetivamente falsa (de que o sabe inocente). Em outros termos, é indispensável que a imputação do sujeito ativo não encontre nenhum respaldo na verdade dos fatos e que, ademais, o sujeito ativo tenha certeza da inocência do imputado, isto é, daquele a quem atribui a prática de crime. A simples dúvida (a falta de certeza) sobre a inocência do imputado, ao contrário do que afirmava a doutrina nacional, não exclui a culpabilidade, mas impede a própria configuração da denunciação caluniosa, ou seja, afasta a própria tipicidade da imputação. A natureza imperativa do verbo "imputar" afasta a possibilidade de dolo eventual. (...). A eventualidade do dolo não está na ciência da inocência do imputado, que existe, mas no 'dar causa à instauração do procedimento' contido na lei."*

Deste modo, estão ausentes os elementos normativos do tipo penal do art. 339 do CP, consubstanciados na imputação do crime e conhecimento da inocência do acusado.

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 5: parte especial:dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos.7ed. São Paulo:Saraiva,2013

Isto posto, em parte com o parecer, dou provimento ao recurso de apelação e absolvo Andreia da Conceição Larangeira com fundamento no art. 386, III, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram provimento ao recurso para absolver Andreia da Conceição Larangeira, com fundamento no art. 386, III do CPP, 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, MS, 22 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1411014-98.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO – ENERGIA ELÉTRICA – ACORDO CELEBRADO COM A CONCESSIONÁRIA – REPARAÇÃO DO DANO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

A natureza jurídica do valor cobrado pelo fornecimento de energia elétrica por meio de concessão de serviço público é de tarifa ou preço público, pois se assemelham aos próprios entes públicos concedentes. Por analogia, aplica-se o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95 e as regras dispostas na Lei n. 10.684/2003, que trazem a extinção da punibilidade, respectivamente, em virtude do pagamento espontâneo do valor devido, quando realizado antes do recebimento da denúncia, o que ocorre na hipótese.

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, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal (Des. Luiz Gonzaga), que a denegava.

Campo Grande, MS, 16 de outubro de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Paulo César Canevari Castelão e Danilo Kayatt Lacoski, em favor de Clovis Martins Castelão, que responde pela suposta prática do delito previsto no art. 155, § 3º e 4º, inciso II, do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Requer a suspensão da audiência de instrução e julgamento – marcada para 27.11.2014 – até final julgamento do mérito do presente recurso e em seguida, o trancamento da ação penal, alegando extinção da punibilidade do réu, sob o argumento de que o referido débito foi quitado antes do oferecimento da denúncia.

Liminar indeferida as fls. 99-100.

Informações as fls. 104-105.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina as fls. 107-111, pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO (EM 06.10.2014)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator).

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Paulo César Canevari Castelão e Danilo Kayatt Lacoski, em favor de Clovis Martins Castelão, que responde pela suposta prática do delito previsto no art. 155, § 3º e 4º, inciso II, do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Requer a suspensão da audiência de instrução e julgamento – marcada para 27.11.2014 – até final julgamento do mérito do presente recurso e em seguida, o trancamento da ação penal, alegando extinção da punibilidade do réu, sob o argumento de que o referido débito foi quitado antes do oferecimento da denúncia.

Primeiramente, transcrevo trecho das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora as fls. 104-105:

> *"O paciente, foi denunciado por infração ao artigo 155, § 3º e § 4º, II, do Código Penal, conforme denúncia que segue anexa.*
>
> *Nos autos da ação penal, após o recebimento da denúncia, o paciente alegou que a denúncia é inepta e ausente de justa causa, art. 394, III e IV, do Código Penal. Alternativamente o paciente requereu a absolvição sumária, alegando atipicidade material da conduta ou pela ocorrência da extinção da punibilidade.*
>
> *No entanto o requerido pelo paciente, foi indeferido sob o fundamento da que as alegações não devem ser objeto de análise em tal momento, eis que se trata de matéria de mérito a ser levantado por ocasião da prolação de sentença, não estando presentes, no caso qualquer das hipóteses do artigo 397, do Código de Processo Penal.*
>
> *Nos autos da ação penal, foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 27/1/2014."*

O trancamento de processo pela via de *habeas corpus* é medida excepcional, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, quando evidente a extinção da punibilidade.

Ressalto que a reparação do dano não retira o caráter criminoso do fato, não elimina, pois, a figura típica do crime, podendo ensejar a redução da pena a ser fixada ao acusado, nos termos no art. 16 do CP.

Contudo, na hipótese, considerando que a natureza jurídica do valor cobrado pelo fornecimento de energia elétrica por meio de concessão de serviço público é de tarifa ou preço público, a prestação jurisdicional deve ser assemelhada aos crimes praticados contra a ordem tributária, sob pena de violação do princípio da isonomia.

Ademais, o delito imputado ao recorrente não envolve violência à pessoa.

Assim, por analogia, aplica-se o disposto no art. 34 da Lei n. 9249/95 e as regras contidas na Lei. n. 10.684/2003, que traz a extinção da punibilidade, respectivamente, em virtude do pagamento espontâneo do valor do tributo devido, no caso de crime contra a ordem tributária, se realizado antes do recebimento da denúncia. *In verbis:*

> *"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."*

Confira-se, nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Embora o valor estipulado como contraprestação de serviços públicos essenciais – como a energia elétrica e a água – não seja tributo, possui ele a natureza jurídica de preço público, já que cobrado por concessionárias de serviços públicos, que se assemelham aos próprios entes públicos concedentes. 2. Se o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica ou a água subtraídas, sob pena de violação ao princípio da isonomia. (...)."* (STJ – HC: 252802 SE 2012/0182157-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 03/10/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2013).

Colaciono também a jurisprudência do TJ-RJ:

> *"(...) DA ANALOGIA 'IN BONAM PARTEM' – Assim, uma vez realizado acordo para o pagamento do 'quantum' devido, antes do recebimento da denúncia, com a posterior quitação da dívida, extingue-se a punibilidade do crime. Precedentes deste Tribunal. Embora o caso em tela não verse sobre tributo, mas, sim, de preço público, por força do princípio da isonomia, com sede constitucional, concede-se o mesmo tratamento autorizado pelos artigos 168-A, § 2º, do Código Penal; 34 da Lei 9249/95; 9º, § 2º da Lei 10.684/06 e 83, § 4º, da Lei 9.430/96 (Incluído pela Lei n. 12.382, de 2011). Precedentes desta Corte de Justiça. RECURSO PROVIDO."* (TJ-RJ – APL: 00954193020098190001 RJ 0095419-30.2009.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, Data de Julgamento: 17/09/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/11/2012 17:58).

No caso, antes do recebimento da denúncia, o paciente teria recebido um boleto (fl. 83), com o valor correspondente ao prejuízo sofrido, decorrente do suposto furto de energia elétrica, evidenciando uma proposta de acordo com a empresa concessionária de energia elétrica do Estado – ENERSUL S.A –, tendo pago o referido débito, conforme se verifica da documentação acostada a fl. 91.

Assim, determino o trancamento da Ação Penal n. 0046950-06.2013.8.12.0002, em razão da extinção da punibilidade do paciente.

Isto posto, contra o parecer, concedo a ordem para trancar a Ação Penal n. 0046950-06.2013.8.12.0002.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista da 1ª vogal (Desª. Maria Isabel), após o relator conceder a ordem. O 2º vogal (Des. Luiz Gonzaga) aguarda.

VOTO (EM 16.10.2014)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (2º Vogal).

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Paulo César Canevari Castelão e Danilo Kayatt Lacoski, em favor de Clóvis Martins Castelão, réu em ação penal pela prática do

crime previsto no art. 155, §§ 3º e 4º, inc. II, do CP (furto de energia elétrica), apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal desta Capital.

Objetivam os impetrantes o trancamento da ação penal sob a alegação de extinção da punibilidade, ao argumento de que o débito apurado foi quitado antes do oferecimento da denúncia.

O e. relator, Des. Dorival Moreira dos Santos, concede a ordem para trancar a ação penal, com fundamento nas Leis 9.249/1995 e 10.684/2003, aplicadas por analogia, sendo acompanhado pela 1º vogal, a Desª. Maria Isabel.

Com o devido respeito ao posicionamento externado pelos ilustres pares, ouso divergir para denegar a ordem pleiteada.

A alegada falta de justa causa para a ação penal não prospera, porquanto os documentos anexados à presente ordem indicam que a conduta narrada na denúncia, em tese, é típica, afigurando-se presentes os indícios de autoria e prova da materialidade do delito.

A denúncia oferecida e recebida nos autos de origem preenche todos os requisitos necessários para sua validade, conforme determina o art. 41 do CPP, expondo os fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias, qualificando e individualizando a conduta do agente, classificando o crime e apresentando o rol de testemunhas.

Ademais, os Tribunais Superiores são firmes no sentido de que o trancamento da ação penal só é possível quando a mera exposição dos fatos já evidencia a ilegalidade, tal como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* n. 39.778, Relator Ministro Gilson Dipp, *verbis*:

> *"II. A impetração não conseguiu ilidir a prova da materialidade nem os indícios de autoria, não restando evidenciada qualquer ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória.*
>
> *III. O trancamento da ação penal, por falta de justa causa, só é possível quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso dos autos."*

Este Tribunal já firmou entendimento no sentido de que o trancamento da ação penal na estreita via do *habeas corpus* somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa extintiva da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre na espécie.

Acolher a pretensão dos impetrantes antes do encerramento da instrução, soaria como indiscutível estímulo para a repetição de ilícitos semelhantes, especialmente pela certeza da impunidade, o que, num contexto geral, afetaria diretamente o interesse público.

A partir desse panorama, nota-se que, além de os fatos até agora colhidos indicar ser absolutamente reprovável o comportamento do paciente, a conduta a ele atribuída também indica ter causado sérios impactos negativos à sociedade, já que o crime de que está sendo acusado atenta contra interesse público e essencial para o indivíduo e para toda a coletividade.

No que tange à aplicação analógica das Leis 9.249/95 e 10.684/2003 ao crime em tela, saliento que, embora o paciente tenha comprovado a quitação do débito antes do oferecimento da denúncia, há o entendimento de que tal fato não conduz à extinção da punibilidade, pois referidas normas têm aplicação restrita aos crimes tributários, não se aplicando na hipótese de furto de energia elétrica.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> *"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DE ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 10.684/03 E DA SÚMULA N. 554 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS GENERICAMENTE. ORDEM DENEGADA. I. Descabe a aplicação analógica do art. 9º, da Lei n. 10.684/03 – que prevê a extinção da pretensão punitiva do Estado pela quitação do débito anteriormente ao recebimento da denúncia – em hipótese de furto de energia elétrica. II. A natureza jurídica da remuneração cobrada pelo fornecimento de energia elétrica por meio de concessão é de tarifa ou preço público, de modo que o entendimento do Tribunal 'a quo', a respeito da impossibilidade de aplicação da Lei n. 10.826/03, não configura constrangimento ilegal, eis que a lei não se compatibiliza com regime jurídico não tributário. III. As hipóteses de extinção da punibilidade pela quitação do débito em matéria tributária têm fundamento na política fiscal específica e, portanto, que a ela se circunscrevem. IV. Inviável a aplicação analógica da Súmula n. 554, do Supremo Tribunal Federal ao caso, uma vez que esta se refere especificamente aos casos de fraudes no pagamento por meio de cheque prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, não extensível, portanto, ao caso em questão. V. Ordem denegada, nos termos do voto do relator."* (HC 199.959/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. 19/04/2012).

Igualmente esta Corte:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – RESSARCIMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE CRIMINALIDADE – NÃO-OCORRÊNCIA DE 'BIS IN IDEM' – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – PRESENÇA DO DOLO – INADMISSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO – IMPOSSIBILIDADE – CARACTERIZAÇÃO DE FURTO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Mantém-se a condenação se as provas materiais e testemunhais formam um conjunto probatório eficiente no sentido de demonstrar a culpabilidade do réu. O pagamento da energia furtada antes do oferecimento da denúncia não elide o crime, influenciando, tão somente na dosimetria da pena. Inteligência do art. 16 do CP. A condenação pelo furto de energia elétrica, após o seu ressarcimento na área administrativa, não incide em 'bis in idem', tendo em vista o princípio da independência das jurisdições penal e administrativa. A adulteração de aparelho medidor de energia elétrica, configura delito de furto e, assim, impossível a desclassificação para estelionato. Precedente do STF." (Rel. Des. Rui Garcia Dias, Apelação Criminal 2003.012562-0, 1ª Turma Criminal, j. 09/03/2004).*

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INCABÍVEL - PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – RESSARCIMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE CRIMINALIDADE – IMPROVIDO. (...) O pagamento da energia furtada, antes do oferecimento da denúncia, não elide o crime." (Rel. Desª. Marilza Lúcia Fortes, Apelação Criminal 2008.018991-5, 1ª Turma Criminal, j. 07/10/2008).*

Importante transcrever um trecho do bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pela denegação da ordem:

> *"Não é possível a aplicação analógica da Lei n. 10.684/203, que extingue a pretensão punitiva do Estado nos crimes que prevê pelo pagamento do débito, em hipótese de furto de energia elétrica.*

> *As hipóteses de aplicação da referida lei referem-se aos crimes contra a ordem tributária, apropriação indébita de contribuições previdenciárias e sonegação de contribuições previdenciárias.*
>
> *Por seu turno, o entendimento consolidado no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é no sentido de que a natureza jurídica da remuneração cobrada pelo fornecimento de energia elétrica por meio de concessão é de tarifa ou preço público.*
>
> *Asim, evidente que a Lei n. 10.684/203 não se compatibiliza com o regime jurídico não tributário, sendo inviável sua aplicação analógica.*
>
> *Outrossim, mostra-se incabível a aplicação analógica do artigo 34 da Lei n. 9.249/95, eis que se refere exclusivamente ao pagamento de tributos e contribuições sociais, especificamente, no âmbito das Leis n. 8.137/90 e n. 4.729/65."*

Diante do exposto, pedindo venia ao nobre relator e de acordo com o parecer da P.G.J., denego a ordem pleiteada no presente *habeas corpus*.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (1ª Vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra 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. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 16 de outubro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000680-49.2013.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABIBLIDADE CONCRETA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – Inaplicável o princípio da insignificância no caso concreto, porquanto a ação é dotada de acentuada reprovabilidade e flagrante periculosidade social, haja vista que a subtração deu-se como modo de viabilizar a aquisição de drogas e, além disso, o réu registra várias incursões criminais, inclusive em tráfico de drogas e furto. Outrossim, a ação foi perpetrada contra patrimônio de pessoa demasiadamente humilde, de modo que o valor não deve ser concretamente considerado ínfimo ou inexpressivo em face das condições pessoais e financeiras da ofendida.

II – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento.

Campo Grande, MS, 27 de novembro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Benilson Ramiro dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Aparecida do Taboado-MS, que o condenou como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e 10 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que a conduta não resultou em lesão ao bem jurídico, de modo que pugna pela reforma do *decisum* a fim de que seja absolvido mediante a incidência do princípio da insignificância (p. 146-149).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 152-160).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo não provimento do apelo (p. 170-177).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Benilson Ramiro dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Aparecida do Taboado-MS, que o condenou como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, infligindo-lhe a pena de 01 ano de reclusão em regime inicial aberto e 10 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que a conduta não resultou em lesão ao bem jurídico, de modo que pugna pela reforma do *decisum* a fim de que seja absolvido mediante a incidência do princípio da insignificância.

Passo ao exame do recurso.

Em que pese a combatividade defensiva, impossível o reconhecimento do princípio da insignificância no caso vertente.

Vejamos.

Sabe-se que tipicidade pode ser dividida em três elementos: 1) tipicidade formal, que consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal; 2) tipicidade subjetiva, que se consubstancia no dolo; 3) e tipicidade material, que se caracteriza com a relevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, informado pelos postulados da intervenção mínima do Direito Penal e da fragmentariedade, incide, justamente, no nível de tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formal e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão considerável ao objeto jurídico tutelado pela norma (resultado insignificante).

Acerca do tema, cabe ressaltar que o e. Supremo Tribunal Federal traçou alguns vetores indispensáveis para a caracterização da insignificância, a saber: "(*a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada*." (STF - HC 108.125, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julg. em 03/04/2012, Processo Eletrônico DJe-080, Divulg. 24.04.2012. Public. 25.04.2012).

A esse respeito, calha a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"(...) A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. (...)"* (Código Penal comentado. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007).

Como se vê, a consideração isolada do valor da *res furtiva* não é suficiente para se concluir pela aplicação do princípio da insignificância, sendo necessário, principalmente, que a conduta não acarrete lesão à ordem jurídica.

No caso em tela, entretanto, não se pode considerar que a conduta é dotada de reduzido grau de periculosidade, na medida em que se observa que o furto da bicicleta foi perpetrado como meio de viabilizar a aquisição de drogas, o que ainda denota a elevada censurabilidade da ação.

Ademais, em análise aos autos verifica-se que a vítima ostenta condição humilde (p. 09), possuindo parcos rendimentos, circunstância a evidenciar a ofensividade da conduta.

Não bastasse, percebe-se dos documentos de p. 25-28, 35-36 e 87-88, que o apelante registra várias incursões criminais, inclusive por tráfico e furto, de modo a acentuar a reprovabilidade do comportamento e a periculosidade social que obstam o reconhecimento do princípio da insignificância.

A esse respeito:

> *"(...) O fato de o valor subtraído pelo paciente ser inferior ao valor do salário mínimo, por si só, não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, já que não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente.(...)."* (HC n. 101.144/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22.10.2010).

> *"(...) O reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um temerário incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário. É dizer: o quadro empírico desenhado pelas instâncias de origem impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionado para a apuração de condutas que afetem, em substância, os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras. Que é o caso dos autos.(...)."* (HC n. 104.586/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 24.9.2010).

Entendimento contrário, em meu entender, representaria sério fomento à prática reiterada dos chamados delitos de "pequeno porte", gerando uma verdadeira "autorização judicial" para a prática de incontáveis crimes contra o patrimônio, o que incutiria, nos meliantes, a perigosa sensação de impunidade, transformando-os em verdadeiros "profissionais de furtos de bagatela".

Outro, aliás, não é o entendimento consolidado pelo e. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> *"A aplicação do princípio da insignificância há de ser precedida da análise criteriosa de cada caso para que sua adoção indiscriminada não constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais, por isso que, sem embargo do entendimento de que somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa supralegal de extinção da tipicidade, a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa, gerando constante prejuízo à sociedade, consoante entendimento desta Corte: HC 107.067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 23/11/2010; HC n. 104.586/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 24.9.2010; e HC n. 107.138/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 30.5.2011. 'In casu', não há falar-se em indiferente penal, porquanto o acórdão ora impugnado revela que o paciente ostenta vários antecedentes pela prática do mesmo crime, a evidenciar periculosidade social e, por essa razão, a impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância." (HC 108.125/RS, REL. MINISTRO LUIZ FUX, j. 31.08.2011, DJe-169, DIVULG. 01/09/2011, PUBLIC. 02/09/2011).*

Nessa trilha, diante do não preenchimento dos requisitos necessários, impossível a aplicação do princípio da insignificância.

Destarte, ante ao 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.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, MS, 27 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002713-25.2011.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO (ART. 250, § 1º, I, *B*, DO CÓDIGO PENAL) – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DANO – ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO DEMONSTRADO – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO ACOLHIDO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDO – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO – ART. 33, § 2º, *A*, DO CÓDIGO PENAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS OPERADA DE OFÍCIO (ART. 44 DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Ao contrário do que alega a Defesa, o elemento subjetivo do tipo (dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros) e a exposição a risco da integridade física de mais de 20 detentos restou suficientemente demonstrada nos autos.

II – Melhor sorte não assiste ao apelante quanto ao pedido de desclassificação da conduta para o delito de dano, pois *"o elemento subjetivo do delito previsto no art. 250 do CP é o dolo: vontade de causar o incêndio e consciência de que este acarretará perigo comum",* o que restou comprovado pelo acervo probatório.

III – É entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. *In casu*, a conduta do apelante não pode ser considerada como irrelevante, uma vez que o apelante ateou fogo em um colchão colocando em perigo a integridade física e a vida de outras pessoas.

IV – A culpabilidade, tida como desfavorável porquanto *"o réu é penalmente imputável e plenamente capaz de compreender a ilicitude do seu ato, sendo altamente reprovável a sua conduta"* não pode autorizar a exasperação da pena, pois a mera alusão à consciência da ilicitude do fato (ou o agir de forma deliberada) não demonstra o grau de reprovação da conduta gradualmente destacado que enseja o recrudescimento da resposta penal. Ademais, o fato do apelante *"atear fogo num colchão dentro de uma Unidade Policial com mais de vinte detentos e ainda com os funcionários públicos dentro, portanto, dentro de um local fechado"*, constitui elemento subjetivo do tipo. A fundamentação declinada não se revela suficiente para considerar desabonadora as circunstâncias do crime, eis que o fato do apelante atear fogo dentro de uma Unidade Prisional se afigura como elemento próprio da tipificação do delito, previsto no art. 250, § 1º, inc. I, *b*, do Código Penal. Do mesmo modo, as consequências do delito não devem prejudicar o apelante, uma vez que os bens mencionados pelo magistrado sentenciante foram avaliados em R$173,00 (cento e setenta e três reais).

Em parte com o parecer – para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar o regime inicial aberto, restando o apelante definitivamente condenado em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a

ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal. Nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, mantenho o valor mínimo fixado para reparação dos danos causados à vítima em R$171,00 (cento e setenta e um reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde da data do dano ocorrido (20.09.2011) até a data do efetivo pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ricardo Onório da Silva, conta a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, MS (fls. 128 – 137), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 250, § 1º, inc. II, *b*, do Código Penal, em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Dos autos consta que no dia 20 de setembro de 2011, por volta das 21 horas, no interior da 1ª Delegacia de Polícia de Fátima do Sul – MS, localizada na Rua Hegézipo de Menezes, n. 926, Bairro Katira, o apelante causou incêndio, expondo a perigo de vida e a integridade física de outrem e expondo a perigo o patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como danificou bem pertencente ao patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em razões recursais (fls. 143 – 150), Ricardo Onório da Silva pugna a sua absolvição, alegando que não restou caracterizado o crime de incêndio, por ausência do elemento subjetivo do tipo e em razão de não se encontrar presente o número indeterminado de pessoas a que se refere o tipo penal, bem como não restar comprovado o perigo concreto na conduta do agente. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito de dano, reconhecendo-se na sequência a sua insignificância ou, alternativamente, a fixação da pena-base no mínimo legal e, por consequência, a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 e 250, ambos do Código Penal e art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 153 – 159), pugna o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 170 – 183), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Ricardo Onório da Silva, conta a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, MS (fls. 128 – 137), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 250, § 1º, inc. II, *b*, do Código Penal, em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Dos autos consta que no dia 20 de setembro de 2011, por volta das 21 horas, no interior da 1ª Delegacia de Polícia de Fátima do Sul – MS, localizada na Rua Hegézipo de Menezes, n. 926, Bairro Katira, o apelante causou incêndio, expondo a perigo de vida e a integridade física de outrem e expondo a perigo o patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como danificou bem pertencente ao patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em razões recursais (fls. 143 – 150), Ricardo Onório da Silva pugna a sua absolvição, alegando que não restou caracterizado o crime de incêndio, por ausência do elemento subjetivo do tipo e em razão de não se encontrar presente o número indeterminado de pessoas a que se refere o tipo penal, bem como não restar comprovado o perigo concreto na conduta do agente. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito de dano, reconhecendo-se na sequência a sua insignificância ou, alternativamente, a fixação da pena-base no mínimo legal e, por consequência, a fixação de regime inicial aberto. Ao final, prequestiona o art. 59 e 250, ambos do Código Penal e art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Passo à análise do recurso.

Do pleito absolutório ou declassificação para o delito de dano:

Aduz a Defesa que o crime de incêndio não restou caracterizado nos autos, por ausência do elemento subjetivo do tipo e em razão de não se encontrar presente o número indeterminado de pessoas a que se refere o tipo penal, bem como não restar comprovado o perigo concreto na conduta do apelante, razão pela qual pugna a absolvição de Ricardo Onório da Silva.

Pois bem.

A materialidade delitiva restou consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 06), pelo boletim de ocorrência (fls. 27 – 28), pelo auto de apreensão (fl. 30), pelo auto de avaliação (fl. 83), pelo laudo pericial (fls. 86 – 92), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também restou consubstanciada nos autos.

Perante a Autoridade Policial (fl. 10), o apelante confessou a prática delitiva:

> *"(...) QUE: São verdadeiras as imputações que lhes estão sendo atribuídas. Segundo o interrogando, no dia de ontem, não se recorda o horário, mas lembra-se que foi por volta das 21h30min, policiais militares o conduziram até esta Unidade Policial pela prática, em tese, de crime previsto no art. 150 do CP (Violação de Domicílio). Ao chegar nesta Unidade Policial foi levado até uma das celas, haja vista seu estado de embriaguez. Ante a situação, afirma que ficou nervoso e utilizando-se de um isqueiro que portava em seu bolso ateou fogo no colchão que tinha na cela. Afirma que, de fato, também quebrou a torneira para que a utilizasse água para pagar o fogo, porém, mesmo com essa atitude o colchão ficou totalmente queimado. Afirma que tinha ingerido muita bebida alcoólica*

(conhaque Presidente) o que levou a descontrolar-se e a deixa-lo nervoso com os fatos que sequencialmente aconteceram. Alega que jamais praticou qualquer tipo de crime neste Estado e no Estado de Alagoas (Joaquim Gomes) de onde é oriundo, nem tampouco ficou preso. Afirma que atualmente está trabalhando com o Sr. Ademir Basílio, nesta cidade. Afirma que está muito arrependido do ato que praticou. (...)".

A testemunha Carlos Ramsdorf, ouvida em juízo (fl. 113), afirmou que o apelante se encontrava sozinho na cela quando ateou fogo no colchão, expondo a perigo à vida dos outros presos, *in verbis*:

"(...) Que o acusado estava sozinho na cela no momento dos fatos. (...). Que quando os presos gritaram o depoente correu para ver o que tinha acontecido e então viu a cela em chamas e a fumaça tomando conta de todas as celas. Que o incêndio colocou em risco a vida de todos que estavam na delegacia, pois a fumaça estava muito densa que mal dava para enxergar o acusado dentro da cela. (...) Que a fumaça foi saindo da entrada de ar. Que apagaram o fogo com baldes de água. (...) Que o acusado quebrou a torneira e alagou a cela depois do incêndio. (...) Que os outros presos correrem risco primeiramente de se intoxicarem com a fumaça, e posteriormente, caso o fogo se lastrasse, de serem queimados. Que foi o depoente e o investigador Adomatis que apagaram o incêndio. (...) Que além do colchão, houve dano nas paredes da cela, que ficaram todas pretas. Que além do colchão, apenas as roupas do acusado poderiam pegar fogo dentro da cela. (...)".

No mesmo sentido, tem-se as declarações de Marcos Emerson Soares Adomaitis (fl. 09):

"(...) Tão logo o investigado Carlos deixou o corredor da cadeia e seguiu para a sala de atendimento ao público notou uma gritaria no interior da cadeia onde ficam os presos em regime semi-aberto. Ao retornar para o corredor das celas para ver o que estava acontecendo, constatou que o preso Ricardo havia colocado fogo no colchão da cela, colocando em risco a integridade física de mais de 20 detentos que se encontravam recolhidos no interior da unidade, provocando inclusive a invasão de fumaça tóxica em todos os compartimentos da cadeia. (...)." (Depoimento ratificado em juízo à fl. 112).

Como se vê, a confissão extrajudicial do acusado está em consonância com as demais provas colhidas nos autos.

Assim, ao contrário do que alega a Defesa, o elemento subjetivo do tipo (dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros) e a exposição a risco da integridade física de mais de 20 detentos restou suficientemente demonstrada nos autos.

A Defesa pretende, ainda, a desclassificação da conduta para o crime de dano qualificado, contudo, o pleito não merece prosperar, pois "o elemento subjetivo do delito previsto no art. 250 do CP é o dolo: vontade de causar o incêndio e consciência de que este acarretará perigo comum", o que restou comprovado pelo acervo probatório.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"APELAÇÃO – PENAL – INCÊNDIO – PROVA SUFICIENTE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DANO – DOLO EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – NÃO PROVIMENTO. Havendo prova suficiente de que o acusado causou deliberadamente o crime de incêndio é medida de rigor a condenação. Demonstrado o dolo de incendiar e expor a perigo comum a integridade de terceiros resta incabível a desclassificação para o crime de dano. Ausente quaisquer dos requisitos do art. 44, do Código Penal, não há falar em substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Apelação defensiva a que se nega provimento com base no acervo probatório e

correta aplicação da lei." (Apelação Criminal n. 0010586-37.2010.8.12.0002 – Segunda Câmara Criminal – Exmo Sr. Des. Carlos Eduardo – julgamento em 25.11.2013).

Ademais, restou demonstrado através do Laudo Pericial n. 18.541/DO que o local foi palco de incêndio, de gênese proposital, cuja natureza sugere que tenha sido provocado por meio de uma fonte iniciadora de chama, como bitucas de cigarro, fósforo, isqueiro, entre outros (fls. 86 – 92).

Logo, mantém-se a condenação de Ricardo Honório da Silva pela prática do delito previsto no art. 250, § 1º, II, *b*, do Código Penal.

Do Princípio da Insignificância:

A Defesa pugna, ainda, a aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, é entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

In casu, a conduta do apelante não pode ser considerada como irrelevante, uma vez que o apelante ateou fogo em um colchão colocando em perigo a integridade física e a vida de outras pessoas.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INCÊNDIO. PERDÃO JUDICIAL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONTRADIÇÃO NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. MERO ERRO MATERIAL. 1) Restando evidenciada a conduta dolosa do agente, ateando fogo na residência onde habitavam seus familiares e colocando em risco não apenas eles mas um número indeterminado de pessoas, não há que se falar em concessão de perdão judicial. 2) para o reconhecimento do princípio da insignificância a conduta do agente deve ser minimamente ofensiva, restar evidenciada a ausência de periculosidade social da ação, além do grau de reprovabilidade do comportamento, reduzimento da lesão jurídica, requisitos que não foram preenchido pelo réu. 3) existindo mero erro material na parte dispositiva da sentença, desnecessária sua anulação, devendo ser procedida a devida correção. 4) apelo não provido."* (TJAP; APL 0000233-10.2012.8.03.0004; Câmara Única; Rel. Des. Gilberto Pinheiro; DJEAP 18/03/2014; Pág. 21).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. INCÊNDIO MAJORADO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. LAUDO INCONCLUSIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE, DE OFÍCIO. VIAS DE FATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO INVIÁVEL. REPRIMENDA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ABSOLVER O RÉU DA PRÁTICA DO DELITO DE INCÊNDIO MAJORADO. Ausente a prova da materialidade delitiva relativa ao delito de incêndio majorado, tendo em vista que o laudo pericial realizado é inconclusivo, a absolvição do apelante é medida que se impõe de ofício, com base no art. 386, II, do CPP. Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância no que tange a delitos praticados com violência física. Operado de forma escorreita o procedimento trifásico de fixação da reprimenda e imposta pena adequada e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, não há possibilidade de se acolher o pleito defensivo para proceder à sua redução."* (TJMG; APCR 1.0074.09.053949-0/001; Rel. Des. Nélson Missias de Morais; Julg. 12/09/2013; DJEMG 23/09/2013).

Da dosimetria da pena:

A pena-base restou fixada acima do mínimo legal diante dos seguintes fundamentos:

> *"(...) No que tange à culpabilidade, verifica-se que o réu é penalmente imputável e plenamente capaz de compreender a ilicitude do seu ato, sendo altamente reprovável a sua conduta, pois ateou fogo num colchão dentro de uma Unidade Policial com mais de vinte detentos e ainda com os funcionários públicos dentro, portanto, dentro de um local fechado, sendo necessária a retirada dos outros presos de dentro de suas celas. Não registra antecedentes que possam ser considerados conforme fls. 62/64. Quanto à personalidade, não há elementos nos autos que atestem a sua anormalidade. No que diz respeito à conduta social, também sem elementos de valoração nos autos. Os motivos do delito não ultrapassam às exigências do tipo penal. As circunstâncias em que correram os fatos são desfavoráveis ao acusado, uma vez que ateou o fogo dentro de uma Unidade Policial. As consequências do crime são péssimas, porquanto destruiu um colchão que se destinava para acomodar presos, danificou as paredes da cela, bem como uma torneira; por fim, não há que se falar que o comportamento da vítima contribuiu para a conduta do réu. (...)"*

Como se vê, foram consideradas desabonadoras as circunstâncias judicias da culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito.

Pois bem.

A culpabilidade, tida como desfavorável porquanto *"o réu é penalmente imputável e plenamente capaz de compreender a ilicitude do seu ato, sendo altamente reprovável a sua conduta"* não pode autorizar a exasperação da pena, pois a mera alusão à consciência da ilicitude do fato (ou o agir de forma deliberada) não demonstra o grau de reprovação da conduta gradualmente destacado que enseja o recrudescimento da resposta penal.

Sobre esse tema (moduladora da culpabilidade), bem esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:

> *"(...) É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)."* (Sentença Penal Condenatória: Teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88.)

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça é iterativa nesse sentido, como, *ad exemplum*, trago a colação:

> *"(...) Na hipótese, do modo como foi valorada, a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente 'efetiva consciência do caráter ilícito do fato' seria ela considerada inimputável. (...)"* (HC 136470/RS. Relator Ministro OG FERNANDES, 6ª TURMA, em 30/06/2010).

Ademais, o fato do apelante *"atear fogo num colchão dentro de uma Unidade Policial com mais de vinte detentos e ainda com os funcionários públicos dentro, portanto, dentro de um local fechado"*, constitui elemento subjetivo do tipo.

Na mesma obra alhures citada, Ricardo Augusto Schmitt bem define a figura das circunstâncias do crime como *"os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, (...) não*

podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora" (Sentença Penal Condenatória: Teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104); e segue, mencionando que quanto às consequências do crime *"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"* (op. cit., p. 105).

Nesse prospecto, a fundamentação declinada não se revela suficiente para considerar desabonadora as circunstâncias do crime, eis que o fato do apelante atear fogo dentro de uma Unidade Prisional se afigura como elemento próprio da tipificação do delito, previsto no art. 250, § 1º, inc. I, *b*, do Código Penal.

Do mesmo modo, as consequências do delito não devem prejudicar o apelante, uma vez que os bens mencionados pelo magistrado sentenciante foram avaliados em R$ 173,00 (cento e setenta e três reais).

Desta forma, diante da inexistência de circunstâncias judicias negativas, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Na segunda fase, embora presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, deixo de atenuar a pena, nos termos do que dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, se faz presente a causa de aumento de pena prevista na alínea *b* do inciso II do § 1º do artigo 250 do Código Penal, razão pela qual majoro a pena em 1/3 (um terço), restando o apelante condenado definitivamente em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, fixo o regime inicial aberto.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

O apelante não faz *jus* à suspensão condicional da penal (art. 77 do Código Penal).

Restando demonstrado nos autos os prejuízos sofridos pela vítima, nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, mantenho o valor mínimo fixado para reparação dos danos causados em R$ 171,00 (cento e setenta e um reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde da data do dano ocorrido (20.09.2011) até a data do efetivo pagamento.

Conclusões finais:

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar o regime inicial aberto, restando o apelante definitivamente condenado em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal. Nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, mantenho o valor mínimo fixado para reparação dos danos causados à vítima em R$ 171,00 (cento e setenta e um reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde da data do dano ocorrido (20.09.2011) até a data do efetivo pagamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414142-29.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE – NECESSIDADE DE RESGUARDAR, DE IMEDIATO, A SEGURANÇA DE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA.

A prisão preventiva tem contornos diferenciados nos casos de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes ou contravenção cuja pena seja inferior a quatro anos, sendo por vezes prescindível, para tanto, a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, desde que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

Deve ser mantida a prisão preventiva se presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 c/c art. 313, III, ambos do Código de Processo Penal, especialmente quando a segregação cautelar mostrar-se medida indispensável para assegurar, de imediato, a segurança da vítima e também da ordem pública.

Ordem denegada, em conformidade com 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, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, MS, 24 de novembro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O Advogado José Amilton de Souza impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de S. O. D., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Informa o impetrante que o paciente foi autuado e preso no dia 09 de novembro de 2014, pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 129, § 9º do Código Penal, perpetrados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Argumenta que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva e que a decisão singular não foi devidamente fundamentada, pois teria se baseado somente nas palavras da vítima.

Assevera que não se justifica a prisão preventiva do paciente pois não se logrou êxito em demonstrar, de forma concreta que sua liberdade oferece risco à ordem pública. Sendo suficiente a fixação de medidas protetivas para garantir a segurança da vítima.

Argumenta que o paciente possui residência fixa e ocupação lícita, bem como que a prisão não se deu em razão de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Requer o deferimento da liminar a fim de que o paciente seja posto em liberdade e, ao final a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida (p. 126-127).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 130-132).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 74-77).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator).

O Advogado José Amilton de Souza impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de S. O. D., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Informa o impetrante que o paciente foi autuado e preso no dia 09 de novembro de 2014, pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 129, § 9º do Código Penal, perpetrados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Argumenta que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva e que a decisão singular não foi devidamente fundamentada, pois teria se baseado somente nas palavras da vítima.

Assevera que não se justifica a prisão preventiva do paciente pois não se logrou êxito em demonstrar, de forma concreta que sua liberdade oferece risco à ordem pública. Sendo suficiente a fixação de medidas protetivas para garantir a segurança da vítima.

Argumenta que o paciente possui residência fixa e ocupação lícita, bem como que a prisão não se deu em razão de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Requer o deferimento da liminar a fim de que o paciente seja posto em liberdade e, ao final a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida (p. 126-127).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 130-132).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 74-77).

Bem analisada a controvérsia, a ordem não deve ser concedida.

A decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva foi proferida nos seguintes termos:

> *"No caso, verifica-se dos autos e do conjunto probatório, especialmente pelo termo de declaração da vítima e dos depoimentos das testemunhas, que estão presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como evidenciado que as infrações foram praticadas em infringência às disposições da Lei Maria da Penha.*
>
> ***Ao ser ouvida na Delegacia, a vítima L. A. L. declarou, em síntese**, que S. O. D., seu convivente com quem tem dois filhos, veio a agredí-la com um soco no olho esquerdo, fatos que fizeram com que L. A. L. reagisse, jogando um copo contra o mesmo.*
>
> ***A Autoridade Policial, inclusive, também representou pela preventiva do réu, aduzindo, em síntese**,'Ora, em se tratado de violência doméstica, entendo que seria um grande contrassenso colocar o autor das agressões em liberdade logo após sua prisão, mediante o pagamento de uma garantia pecuniária, pois nesse momento é certa a revolta do conduzido contra a vítima, bem como os ânimos estão ainda mais exaltados, acreditando que não seja essa a medida cautelar mais adequada.'*
>
> *Ressalta-se, ainda, que o indiciado já possui autuação criminal por prática de violência doméstica contra a vítima, conforme antecedentes criminais de f. 16, o que só reforça a necessidade de manutenção da segregação, tendo em conta que estaria plenamente preservada a integridade da vítima.*
>
> ***Nesse sentido, a prisão inclusive é uma forma eficaz de evitar que o autuado venha praticar outras infrações penais, haja vista a sua inclinação a condutas delitivas.***
>
> *Portanto, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva estão presentes.*
>
> *Resta demonstrado nos autos, assim, a necessidade e adequação da decretação da prisão preventiva, para a proteção da vítima e em garantia da ordem pública, encontrando-se atendido o princípio da proporcionalidade.*
>
> *Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que a autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública e em proteção da mulher em situação de violência doméstica.*
>
> ***Posto isso**, presentes os fundamentos da prisão preventiva, com fulcro no art. 20 da Lei 11.340/06 c.c.C os arts. 311 c.C 312 c.C 313, III, do Código de Processo Penal, e com fundamento no Princípio da Proteção previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de S. O. D. EM PRISÃO PREVENTIVA.**"* (g.n.)

É imperioso ressaltar, que a prisão preventiva tem contornos diferenciados nos casos de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes cuja pena seja inferior a quatro anos, sendo prescindível, para tanto, a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, desde que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

Segundo se extrai do termo de declarações prestadas pela vítima (p. 107-108), o paciente a agrediu com um soco no olho esquerdo, soco no cabeça, nas costas e pescoço, além de arranhá-la no braço esquerdo.

Tais fatos, denotam a periculosidade do paciente e o grande risco a que se submete a vítima, de modo que a segregação cautelar mostra-se indispensável, ao menos por ora.

Nesse sentido, não há como deferir outras medidas cautelares, como alega a impetrante, pois, não fosse a imperiosa necessidade de resguardar a incolumidade da vítima de violência de gênero, observa-se que as deferir resultaria, irremediavelmente, no retorno do agressor ao lar, posto que não há notícias nos autos de outro endereço de residência senão a da vítima.

Dessa maneira, não há ilegalidade para ser sanada com a impetração deste *habeas corpus,* já que, resumidamente:

1) a decretação da prisão preventiva nos casos de violência doméstica pode prescindir da adoção e descumprimento de uma medida protetiva anterior, bastando que seja necessário resguardar, de imediato, a segurança da vítima de violência de gênero, em vista dos princípios da adequação e da proteção, bem como dos objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

2) Estão presentes os requisitos previstos no art. 312 c/c art. 313, III, ambos do Código de Processo Penal, pois se trata de contravenção envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, onde há provas da materialidade e indícios suficientes da autoria dos delitos em relação ao paciente, constituindo a sua segregação cautelar medida indispensável para assegurar, de imediato, a segurança da vítima e também a ordem pública.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal):

Examinados os elementos de prova do processo, acompanho o Relator para denegar a ordem.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal):

A prisão preventiva não tem como requisito apenas os elementos do art. 312, do Código de Processo Penal, mas também ao menos uma das hipóteses do art. 313, do mesmo *Codex*, que dispõe:

> *"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do 'caput' do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
>
> *IV - (Revogado pela Lei n. 12.403, de 2011).*

> *Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."*

Desta forma, observando-se que o paciente está sendo acusado de crime cuja pena máxima *in abstrato* não alcança 04 (quatro) anos, e o mesmo não é reincidente, não se fala nas hipóteses do art. 313, I e II, do Código de Processo Penal.

> Quanto à situação do art. 313, III, do mencionado dispositivo legal, Renato Brasileiro de Lima explica que: *"a prisão preventiva pode ser adotada como medida de ultima ratio no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha (...) se tais medidas não surtirem o efeito almejado, a prisão preventiva pode ser usada como soldado de reserva a fim de evitar a reiteração de violência doméstica e familiar contra a mulher."* [8]

In casu, não houve descumprimento de medida protetiva anterior decretada em favor da vítima, razão pela qual inviabiliza-se a constrição cautelar nos moldes do art. 313, III, da Lei Adjetiva Penal.

A jurisprudência traz precedentes que calham à fiveleta na situação dos autos:

> *"HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO – DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO – APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *Segundo consta dos autos, o paciente está segregado desde 20.09.2012 por ter sido preso em flagrante e a prisão haver sido convertida em preventiva. Não há registro de inobservância de medida protetiva que justifique o cárcere para garantir sua execução.*
>
> *O crime de violência doméstica exige maior rigor na apreciação acerca da desnecessidade da prisão, todavia, há que se considerar também a pena abstratamente cominada ao delito, pois em caso de eventual condenação possivelmente o regime fixado será mais brando que o fechado.*
>
> *Além disso, verificando os muitos casos em que a vítima desiste da ação penal e por considerar que seu desejo deve ser respeitado como forma de não violar do direito da família como entidade protegida constitucionalmente (art. 226, CF), a prisão deve ser medida adotada quando o agente praticar um crime contra a vítima, de forma que demonstre não ser suficiente uma das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 ou uma das cautelares dispostas no artigo 319 e incisos, do Código de Processo Penal. Aplicação de medida cautelar."*[9]
>
> *"HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – CONCESSÃO DA LIBERDADE.*
>
> *O art. 313, III, do Código de Processo Penal, prevê a decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. No caso dos autos, nenhuma medida protetiva havia sido decretada. Em que pese tenha havido lesões corporais, poderiam ter sido estabelecidas algumas das medidas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 e, não sendo estas suficientes, no caso de descumprimento, ser decretada a prisão. Além disso, a segregação cautelar perdura há mais de 1 mês e, conforme informações prestadas, o feito aguarda a citação do réu.*

8 *Manual de processo penal*, Vol. I, Niterói: *Impetus*, 2011, p. 1.344.

9 TJMS, HC 0603155-35.2012.8.12.0000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS, j. 19/11/2012, DJ 10/12/2012.

> *Ademais, o preso não pode permanecer nessa condição indefinidamente, considerando, especialmente, o tempo de pena cominado abstratamente.*
>
> *Aliás, mesmo a prisão para a garantia da execução de medida protetiva é de urgência e emergencial, a significar a necessidade de adoção de outras providências judiciais, inclusive designação de audiência para ouvir as partes.*
>
> *ORDEM CONCEDIDA."* [10]

Assim, a medida cautelar extrema deve ser substituída por outras protetivas como: a) comparecimento mensal em juízo, para informar e justificar atividades; b) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; c) proibição de aproximação a menos de 300 (trezentos) metros da vítima, de seus familiares e das testemunhas; e d) proibição de contato com a agredida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; sem prejuízo de outras a serem estabelecidas em complementação.

Ante o exposto, concedo parcialmente o pedido de *habeas corpus* em favor de S. O. D., revogando a prisão decretada, expedindo-se o necessário "alvará de soltura", se por *al* não estiver preso, fazendo-se constar, expressamente, as determinações restritivas, advertindo-o de nova custódia em caso de descumprimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, MS, 24 de novembro de 2014.

***

10 TJRS, HC 463254-52.2012.8.21.7000, 3ª Câm. Crim., rel. Des. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, j. 08/11/2012, DJ 03/12/2012.

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1413081-36.2014.8.12.0000 - Itaporã
Relator Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FALSIDADE IDEOLÓGICA – DECLARAÇÃO DE POBREZA – AÇÃO PENAL – TRANCAMENTO – POSSIBILIDADE – FATO ATÍPICO – ORDEM CONCEDIDA.

I – Não se amolda ao tipo do artigo 299 do Código Penal a conduta do agente que se declara pobre, fora das hipóteses legais, visando o benefício da gratuidade judiciária, posto que a declaração, em si mesma, goza de presunção '*juris tantum*' de veracidade, podendo ser impugnada posteriormente, de ofício, pelo magistrado, ou pelo interessado, nos termos da Lei n. 1.060/50.

II – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Aurenô Cordeiro Júnior, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã, almejando, em síntese, o trancamento da ação penal, sob a alegação da atipicidade da conduta do paciente.

Às fls. 106, restou indeferida a liminar.

Uma vez solicitadas, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 110.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem para que fosse determinado o trancamento da ação penal às fls. 112/116.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva (Relator).

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Aurenô Cordeiro Júnior, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã, almejando, em síntese, o trancamento da ação penal e seu respectivo arquivamento.

Alega-se que o paciente foi denunciado como incurso no crime de falsidade ideológica previsto no art. 299, do Código Penal, pois, ao protocolar a petição inicial de ação declaratória de inexigibilidade de cobrança c.c. repetição de indébito e devolução em forma simples em face da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. Enersul, acostou, concomitantemente, declaração de hipossuficiência econômica, visando ser contemplado com os benefícios da justiça gratuita, sob a alegação de impossibilidade de arcar com as custas do processo.

Requerem, portanto, em sede de liminar, o trancamento da ação penal e seu respectivo arquivamento.

Segundo demonstrado pelos documentos que instruem a inicial, o paciente responde à ação penal pela suposta prática do delito previsto no art. 299 do Código Penal, uma vez que, pretendendo obter a gratuidade da justiça em ação cível ajuizada perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã, teria apresentado falsa declaração de pobreza (cópia da denúncia a f. 15 – autos de origem).

Alega o impetrante que a conduta atribuída ao paciente é atípica, uma vez que referida declaração não pode ser considerada "documento", para fins de caracterização do crime de falsidade ideológica.

Razão assiste ao impetrante. Embora seja o trancamento da ação penal medida excepcional, a hipótese ora analisada – que aponta fato manifestamente atípico – autoriza a interrupção da persecução penal.

Para a configuração do crime de falsidade ideológica, o documento particular que contém declaração supostamente falsa deve ser dotado de força probante por si só, independentemente de qualquer comprovação ulterior, ou seja, deve ser hábil a comprovar, desde logo, a existência da situação, ato ou fato jurídico ali descrito. Tal não ocorre com a declaração de pobreza.

A declaração de pobreza, apresentada em processo judicial visando a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é dotado de mera presunção, carecendo de força probante per se, eis que passível de posterior conferência pelo juízo.

Nesse sentido, é a oportuna lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"69. Declaração: tem variado significado: a) afirmação; b) relato; c) depoimento; d) manifestação. Ressalte-se que, havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante –, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso seja ela falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade.*
>
> *(...)*
>
> *70-A. Declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita: não pode ser considerada documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova a respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária. O juiz pode, à vista das provas colhidas, indeferir o pedido (art. 6º, Lei 1.060/50), sendo, pois, irrelevante a declaração apresentada."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.071/1.072).

Sendo assim, a inocuidade do falso, no caso em tela, é patente, pois carece o documento particular respectivo de força probante. Certo é que, uma vez comprovada a falsidade da declaração de pobreza, haverá o indeferimento do benefício, com a possibilidade, inclusive, de aplicação de pena pecuniária, prevista no art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50, tornando-se, portanto, referida declaração incapaz de causar qualquer consequência danosa ou de violar o bem jurídico tutelado, que é a fé pública.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS – PENAL – CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA – DECLARAÇÃO DE POBREZA PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – CONDUTA ATÍPICA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, somente deve ser acolhido se restar demonstrado, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou a atipicidade da conduta. 2. A declaração de pobreza com o intuito de obter os benefícios da justiça gratuita goza de presunção relativa, passível, portanto, de prova em contrário. 3. Assim, a conduta de quem se declara falsamente pobre visando aludida benesse não se subsume àquela descrita no art. 299 do Código Penal. Precedentes. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal." (STJ, HC 105.592/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010*).*

"PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DO INQUÉRIO POLICIAL – FATO ATÍPICO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CONCESSÃO DA ORDEM. – O crime de falsidade ideológica só se caracteriza quando a declaração falsa, inserida em documento, é dotada de força probante por si só, independente de qualquer comprovação ulterior. – A declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita não pode ser considerada documento para os fins de falsidade ideológica, tendo-se em vista que o juiz pode, após ulterior apreciação de provas, indeferir o pedido, não gerando, assim, perigo ao bem jurídico tutelado." (TJMG, HC n.: 1.0000.08.478046-9/000 ou 4780469-09.2008.8.13.0000, Rel. Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA, Data do Julgamento: 27/08/2008, Data da Publicação: 10/09/2008).

"HABEAS CORPUS – PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – DECLARAÇÃO DE POBREZA – FATO ATÍPICO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE – ORDEM CONCEDIDA. – O crime de falsidade ideológica só se caracteriza quando a declaração falsa, inserida em documento, é dotada de força probante por si só, o que não é o caso da Declaração de Pobreza, que pode ser averiguada, e indeferida, pelo juiz." (TJMG, HC n.: 0619436-10.2010.8.13.0000, Rel. Des. FURTADO DE MENDONÇA, Data do Julgamento: 30/11/2010, Data da Publicação: 17/01/2011).

"PENAL – HABEAS CORPUS – FALSIDADE IDEOLÓGICA – AÇÃO PENAL – TRANCAMENTO – POSSIBILIDADE APENAS QUANDO DEMONSTRADA A MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA – DECLARAÇÃO DE POBREZA – FALSIDADE AVENTADA PELO MAGISTRADO – NÃO ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL – DOCUMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO POSSUI FORÇA PROBANTE – NECESSIDADE DE ULTERIOR AVERIGUAÇÃO PELO JUÍZO, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO – ATIPICIDADE – NECESSIDADE DE TRANCAMENTO – ORDEM CONCEDIDA. I. O trancamento de ação penal somente é viável ante a cabal e inequívoca demonstração da atipicidade da conduta atribuída ao investigado. II. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, eventual declaração de pobreza firmada com o fito de obter o benefício da gratuidade de justiça não se adéqua ao tipo penal previsto no artigo 299 do Código Penal, pois não possui, por si só, força probante, já que sujeita à posterior averiguação pelo Magistrado, de ofício ou a requerimento. III. Ordem concedida." (TJMG, HC. n. 1.0000.09.509733-3/000 ou 5097333-15.2009.8.13.0000, Rel. Des. JANE SILVA, Data do Julgamento: 19/01/2010, Data da Publicação: 10/03/2010).

Portanto, tendo em vista a manifesta atipicidade da conduta atribuída ao paciente, verifica-se que inexiste justa causa a justificar o prosseguimento da ação penal contra ele instaurada, restando caracterizado o constrangimento ilegal apontado.

Ao impulso de tais razões, concedo a ordem, para determinar o trancamento da ação penal originária (Autos n. 0000109-05.2014.8.12.0037), pela suposta prática do crime previsto no art. 299, do Código Penal, em razão da atipicidade da conduta atribuída ao paciente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, MS, 20 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1413843-52.2014.8.12.0000 - Coxim
Relator Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO – PROVISÓRIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE FIANÇA ARBITRADA – NÃO RECOLHIMENTO – PACIENTE COMPROVADAMENTE POBRE – DISPENSA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 325, § 1º, I, C.C ART. 350, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

I – Se o paciente é comprovadamente pobre nos termos da lei, dispensa-se o pagamento da fiança arbitrada pela autoridade policial e mantida pelo magistrado como condição para a liberdade provisória, mormente se não está presente nenhuma das hipóteses elencadas no art. 313 do CPP, posto que o paciente não registra antecedentes criminais, está sendo acusado da prática do crime de embriaguez ao volante e direção de veículo automotor sem habilitação, cuja pena máxima não supera 04 (quatro) anos.

II – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 27 de novembro de 2014.

Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Rozemar Elias Pereira de Souza, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Infância e Juventude da Comarca de Coxim.

Segundo a inicial no dia 18.10.2014 foi preso quando conduzia veículo automotor, sem habilitação e com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, e que a autoridade coatora condicionou a sua liberdade ao pagamento de fiança.

Em vista disso requer a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a fiança e lhe concedido o alvará de soltura.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 47/49 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 55/56.

A f. 58/62 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva (Relator).

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Rozemar Elias Pereira de Souza, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Infância e Juventude da Comarca de Coxim, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal.

Segundo a inicial o paciente, no dia 18.10.2014, foi preso quando conduzia veículo automotor, sem habilitação e com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, acabou se envolvendo em um acidente de trânsito na Rodovia BR 163, incorrendo na prática dos crimes previstos nos artigos 306 e 309, da Lei Federal n. 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Os documentos juntados aos autos informam que o paciente foi acusado de ter praticado os crimes de embriaguez ao volante e por direção sem habilitação, tendo sido preso e sua liberdade condicionada ao pagamento e fiança.

Segundo consta dos autos, o paciente é pessoa hipossuficiente economicamente, não possuindo recursos financeiros para adimplir a fiança arbitrada no montante de R$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), pois exerce profissão de servente de pedreiro, não possuindo renda fixa, nem carteira de trabalho registrada, sendo, assim, hipossuficiente, de modo que a manutenção da segregação está cerceando o seu direito à liberdade.

Desta forma, sendo o paciente pobre nos termos da lei, demonstra-se equivocado e incoerente o arbitramento de fiança como condição para a concessão da liberdade provisória, independentemente do seu valor.

O art. 325, § 1º, I, c.c o art. 350, ambos do CPP, dispõem expressamente que a fiança poderá ser dispensada, se assim recomendar a situação financeira do preso, medida que deve ser adotada no presente caso.

Vejamos, a seguir, o teor dos aludidos dispositivos legais:

> *"Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (...)*
>
> *§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:*
>
> *I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;*
>
> *Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso."*

Ademais, nos termos do disposto no inciso IV, do art. 324 do CPP, *'não será, igualmente, concedida fiança, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)'*. A contrario disso, arbitrada a fiança, não se encontram presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão provisória. É a conclusão evidente.

Por outro lado, importante lembrar que após a alteração do Código de Processo Penal, realizada pela Lei n. 12.403/2011, só é cabível a prisão preventiva quando a situação concreta se enquadrar em uma das hipóteses dispostas nos incisos do art. 313, do Código de Processo Penal, não bastando estarem presentes os pressupostos e fundamentos dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal.

O art. 313 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei n. 12. 403/2011, dispõe que:

> *"Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do 'caput' do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011)."*

Assim, somente é cabível a prisão preventiva se: a) o crime pelo qual o agente responde comine pena máxima superior a 4 anos; b) o agente for reincidente em crime doloso; c) no caso de violência doméstica para garantir medida protetiva anteriormente imposta e; d) quando houver dúvida quanto a identidade do agente. *In casu*, não está presente nenhuma das hipóteses dispostas acima, pois o paciente é primário, está sendo acusado da prática do crime de embriaguez ao volante e direção sem habilitação, cuja pena máxima não supera 04 (quatro) anos, e não há nenhuma dúvida quanto a sua identidade.

Desta forma, por um motivo ou outro, não há como persistir a prisão cautelar do paciente.

Assim, expeça-se alvará de soltura em favor de Rozemar Elias Pereira de Souza, se por outro motivo não estiver preso, mediante compromisso de comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades; proibição de frequência a bares, casa noturnas, prostíbulos e estabelecimentos similares, sob pena de decretação da prisão preventiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, MS, 27 de novembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414522-52.2014.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PERTURBAÇÃO E DANO – AUSÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA FORMULADO PERANTE O JUIZ DE PRIMEIRO GRAU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INEXISTENTE – INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ARTISTA DE CIRCO ESTRANGEIRO – SEM PARADEIRO FIXO – INSUFICIÊNCIA PARA FUNDAMENTAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA.

I – A ausência de formulação de pedido de liberdade provisória no juízo de primeiro grau não obsta o conhecimento do *habeas corpus* impetrado contra a decisão que converte o flagrante em prisão preventiva, seja porque a decretação pode, por si só, configurar constrangimento indevido a ser sanado, ou porque a autoridade, já nessa ocasião, analisa os pressupostos previstos para a segregação cautelar, externando seu íntimo convencimento quanto à necessidade desta.

II – Num Estado Democrático de Direito, a análise do elemento subjetivo do indivíduo deve se orientar pela boa-fé. Assim sendo, o simples fato de o paciente ser argentino e artista de circo não impossibilita a concessão de liberdade provisória, sob pena de revigorar a antiga prisão por vadiagem.

II – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 4 de dezembro de 2014.

Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Neri Andres Yuful, alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Segundo a inicial, o paciente foi preso preventivamente pela prática dos delitos de perturbação por duas vezes e dano, e que o magistrado ao converter o flagrante em prisão preventiva não considerou a ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Em vista disso requer a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva, por conseguinte, expedido alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 37/38 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 43/44.

A f. 47/52 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva (Relator).

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara da Comarca Criminal de Campo Grande, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória.

Alega-se que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que não se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva, e não há que se falar em conveniência da instrução criminal pois não há sequer indícios de que o paciente atrapalharia na colheita de provas.

Requer, portanto, em sede de liminar, a revogação da prisão e que o paciente seja colocado em liberdade.

O paciente foi preso em flagrante delito em 31.10.2012 pelos crimes de perturbação, por duas vezes, e pelo crime de dano.

A Procuradoria de Justiça suscitou preliminar de não conhecimento do *writ*, ao argumento de que o paciente não ingressou com prévio pedido de liberdade provisória perante o juízo *a quo*. No mérito, opinou pela denegação da ordem.

Começo afastando a preliminar ventilada pela d. Procuradoria de Justiça, pois a ausência de formulação de pedido de liberdade provisória no juízo de primeiro grau não obsta o conhecimento do *habeas corpus* impetrado contra a decisão que converte o flagrante em prisão preventiva, seja porque a decretação pode, por si só, configurar constrangimento indevido a ser sanado, ou porque a autoridade, já nessa ocasião, analisa os pressupostos previstos para a segregação cautelar, externando seu íntimo convencimento quanto à necessidade desta.

Nesse sentido, já se exarou que:

> *"convertida a prisão em flagrante em preventiva, feita a análise dos pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, não há falar em supressão de instância, principalmente se não houve mudança na situação do paciente que pudesse levar o juiz a rever o seu posicionamento."* (TJMS, 2ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* – N. 2012.004739-7/0000-00 – Campo Grande, Rel. Des. Romero Dias Osme Lopes, j. 2.4.2012).

Inicialmente, devemos ressaltar que a Procuradoria-Geral de Justiça postula pela denegação da ordem sob o fundamento de que o paciente possui nacionalidade argentina e não portava nenhum documento quando foi preso, de maneira que restaria dúvida sobre a sua identidade civil. Além disso, deve-se garantir a aplicação da lei penal, já que o paciente é artista de circo e não possui paradeiro fixo.

Todavia, deve-se consignar que o fato de um paciente possuir residência fixa, emprego lícito, família constituída e vinculação com o distrito da culpa faz com que a concessão de liberdade provisória seja mais conveniente e confortável, tanto para o julgador quanto para o jurisdicionado.

Há que se notar, entretanto, que a inexistência dos fatores elencados acima não torna a concessão da liberdade provisória impossível, conforme já fora reconhecido pelo próprio Pretório Excelso, conforme nota-se a seguir:

> *"AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito e no fato de o réu ser morador de rua. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. HC concedido. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua."* (STF. HC 97.177/DF. Rel. Min. Cézar Peluso. 2ª Turma. j. 08/09/2009. DJe 08.10.2009.

Importante mencionar que, neste precedente, o paciente era acusado do cometimento de tentativa de homicídio qualificado, crime submetido a uma série de restrições e vedações, por sua natureza hedionda. Já no caso em tela, o paciente é acusado do cometimento de perturbação e dano, e desde o momento de sua prisão, não há indícios de que atrapalhará na colheita de provas. Impende mencionar trecho do voto do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC n. 80.805:

> *"Anoto apenas como este caso materializa o que tenho chamado 'a nostalgia apaixonada de alguns juízes pela prisão preventiva obrigatória'. Nele, volta-se à velha prisão por vadiagem: 'não provou ter residência fixa nem ocupação'."*

Assim sendo, reitero o posicionamento de que a custódia cautelar deve, sempre, ser fundamentada em elementos concretos de convicção, e não na perspectiva abstrata de que o paciente não comparecerá aos atos processuais, por não ter residência fixa.

Num Estado Democrático de Direito, a análise do elemento volitivo do cidadão deve partir sempre do pressuposto da boa-fé, esta deve ser presumida; a má fé deve ser provada, ainda que por indícios.

No caso concreto, não se nega que há elementos que, isoladamente analisados, poderiam justificar o decreto prisional, tal qual entendeu o juízo *a quo*, afinal, o paciente é de nacionalidade argentina, não possui residência fixa e não portava nenhum documento de identificação.

Mas no caso dos autos, considerando a ausência de gravidade das condutas, e principalmente a pena *"in abstrato"* prevista para os mesmos, eventual pena aplicada ao final será inferior ao tempo que estará cumprindo antecipadamente no regime mais gravoso, ou seja, o fechado, quando poderá, inclusive, e em caso de condenação, receber o benefício da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com relação ao art. 312 e 313 do Código de Processo Penal, assim dispõem os artigos:

> *"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".*
>
> *"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*

> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do 'caput' do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *IV - (revogado).*
>
> *(Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *(Revogado pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011)."*

No presente caso não existe abalo à ordem pública e não existem indícios de que o paciente atrapalhará na obtenção de provas. Com relação à garantia da aplicação da lei penal, o paciente perante a autoridade coatora informou seu endereço residencial, qual seja, Rua Juan XXIII, n. 257, Tre Lew Chubut, Patagônia, Argentina.

Sabe-se que a gravidade genérica do delito imputado ao paciente (que aqui não existe), bem como a sua periculosidade (acerca do que também não há indícios), se desvinculados de qualquer fato concreto ensejador de configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não podem justificar o decreto prisional.

Com relação ao fato de o paciente não estar portando nenhum documento de identificação, percebe-se que no momento da prisão forneceu todos os dados com relação a sua pessoa, tendo inclusive fornecido seu endereço residencial, de forma que não cabe dizer que o paciente não forneceu elementos suficientes acerca de sua identidade civil.

Desta forma, cabe ao Poder Público preservar a observância das garantias constitucionais a todos os cidadãos, até mesmo àqueles que vivem à margem da sociedade, possibilitando que o paciente responda ao processo criminal em liberdade.

Assim, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, para que Neri Andres Yuful seja colocado em liberdade provisória, se por *'al'* não estiver preso, mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas:

a) Comparecimento mensal em juízo para comprovar o endereço atual e suas atividades;

b) Comparecimento a todos os atos processuais a que for intimado.

c) 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 parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal.

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 a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, MS, 04 de dezembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0032624-41.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – AGENTE REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES – RECURSO DESPROVIDO.

Se o apelante é reincidente e possui antecedentes criminais, em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º, e art. 44, incisos II e III, c/c § 3º do Código Penal, deve ser mantido o regime prisional semiaberto, sem a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos.

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, MS, 1 de dezembro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Cleiton Soares de Souza foi condenado à pena de 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 15 da Lei 10.826/03 (fls. 234-243).

Pede a substituição por restritiva de direitos ou a fixação do regime prisional aberto, por preencher os requisitos legais, bem como por laborar como pedreiro e, permanecendo o regime prisional semiaberto, perderá o emprego no qual trabalha com carteira assinada, prejudicando o sustento de sua família (fls. 259-262).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 281-289).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 292-295).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Narra-se na denúncia que, no dia 04.08.13, por volta das 14:30 horas, na Rua Itapeva, Qd. 43, Lote 14, Bairro Jardim Aeroporto, nesta Capital, o denunciado Cleiton Soares de Souza tentou matar a vítima Jussara Gomes de Oliveira, não logrando êxito por erro de pontaria, em razão de não aceitar o fim do relacionamento amoroso.

Cleiton foi denunciado por infração ao art. 121, § 2º, II (fútil) c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Na fase da pronúncia, sua conduta foi desclassificada para outro crime não doloso contra a vida (fls. 206/209) e acabou sendo condenado por disparo de arma de fogo, à pena de 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime semiaberto (fls. 234-243).

Em seu recurso, pede apenas a substituição da pena por restritivas de direitos ou a alteração do regime prisional para o aberto.

Os documentos trazidos pelo apelante às fls. 263-276 deveras comprovam que estava trabalhando de pedreiro, com carteira assinada, e que o contrato de experiência foi prorrogado até o dia 14.10.14 (prazo já ultrapassado), bem como que possui filhos menores.

No entanto, observa-se às fls. 76-83 que o apelante além de reincidente, registra antecedentes criminais, visto que possui condenações definitivas por crimes de porte ilegal de arma de fogo (em 26.01.09) e homicídio (em 18.06.09), demonstrando personalidade voltada para a criminalidade e que a substituição da pena ou alteração do regime não seriam suficientes para a prevenção e reprovação do delito.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)*
>
> *2. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais." (Súmula n.º 269/STJ).*
>
> *3. Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias consignaram que as circunstâncias são desfavoráveis ao paciente, o que autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.*
>
> *4. No que diz respeito ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que o paciente não preenche os requisitos do art. 44, III, do Código Penal.*
>
> *5. Habeas corpus não conhecido." (H.C. n. 210.612/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 17/10/2014).*
>
> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 168, § 1°, III, DO CÓDIGO PENAL. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. (2) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO.*

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO. (...)

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o 'quantum' aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

*3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, bem como é vedada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente. 4. Habeas corpus não conhecido." (*HC n. 289.145/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014).

Portanto, em atendimento ao art. 33, parágrafo 2º, "b" e "c", e parágrafo 3º, bem como ao art. 44, incisos II e III, c/c § 3º, do Código Penal, tratando-se de agente reincidente e possuidor de antecedentes criminais, mantenho o regime prisional semiaberto e deixo de substituir a pena por restritivas de direitos.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor):

Acompanho o e. relator e nego provimento ao recurso interposto por Cleiton Soares de Souza.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal):

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso, porém com fundamentos distintos.

Conforme se infere, o réu restou apenado a 03 anos de reclusão pela prática do crime previsto no artigo 15 da Lei 10.826/2003 (disparo de arma de fogo). O regime prisional fixado foi o semiaberto.

Em seu recurso, pretende o abrandamento do regime prisional para o aberto e a substituição da pena carcerária.

Contudo, pesa em seu desfavor a existência de dupla reincidência, por crimes de porte ilegal de arma de fogo e homicídio doloso (f. 76-77), este último também perpetrado com arma de fogo conforme informações do SAJ.

Assim, o regime prisional é o semiaberto, como consta da sentença, em atenção ao disposto na Súmula n. 269 do STJ.

Por sua vez, a reincidência constitui causa impeditiva da substituição da privativa de liberdade, nos termos do inciso III do artigo 44 do Código Penal. Ademais, conforme dito alhures, as condenações definitivas pretéritas envolvem delitos ligados a armas de fogo, podendo-se concluir, por conseguinte, que a pretendida substituição não é suficiente para a ressocialização do recorrente, de modo que tal benefício encontra óbice também no § 3º do mesmo dispositivo legal.

Ante o exposto, com diversidade de fundamentos, acompanho o Relator para negar provimento ao recurso interposto por Cleiton Soares de Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 01 de dezembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1412886-51.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO TENTADO – AMEAÇA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM A GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – ORDEM PÚBLICA AFETADA – RISCO DE PREJUÍZO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONVENIÊNCIA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – ORDEM DENEGADA.

1. Não há falar em constrangimento ilegal quando o decreto prisional preventivo está embasado nas circunstâncias do crime, de onde são provenientes a gravidade concreta do crime, elementos que são capazes de infligir riscos à garantia da ordem pública, pelo que se faz necessária a manutenção da custódia cautelar.

2. A mera existência de condições subjetivas favoráveis ao agente não são elementos suficientes para garantir a concessão da liberdade provisória ao paciente, mormente se estiverem presentes, no caso concreto, os requisitos e fundamentos legais necessários ao embasamento da prisão preventiva.

3. A gravidade do delito penal em enfoque, pela sua natureza, impede a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 3 de novembro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Mozanei Garcia Furrer – OAB/MS n. 10.677, em favor de José Renato Rodrigues Dutra, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca Campo Grande/MS, almejando, em síntese, a revogação da prisão preventiva.

Afirma que foi preso em flagrante no dia 24 de agosto de 2014 pela suposta prática dos crimes de homicídio qualificado tentado, embriaguez ao volante e ameaça, todos previstos, respectivamente, no art. 121, c/c art. 14, II, do Código Penal, art. 306, do Código de Trânsito e art. 147, também do Código Penal.

Sustenta que não estão presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Sustenta, por fim, possuir condições subjetivas favoráveis.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 58-59.

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 63.

A Procuradoria-Geral de Justiça de pelo Parecer de fls. 72-75, manifestou-se, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado pelo advogado Mozanei Garcia Furrer – OAB/MS n. 10.677, em favor de José Renato Rodrigues Dutra, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca Campo Grande/MS, almejando, em síntese, a revogação da prisão preventiva.

Afirma que foi preso em flagrante no dia 24 de agosto de 2014 pela suposta prática dos crimes de homicídio qualificado tentado, embriaguez ao volante e ameaça, todos previstos, respectivamente, no art. 121, c/c art. 14, II, do Código Penal, art. 306, do Código de Trânsito e art. 147, também do Código Penal.

Sustenta que não estão presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Sustenta, por fim, possuir condições subjetivas favoráveis.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes de tentativa de homicídio, embriaguez ao volante e ameaça, todos previstos, respectivamente, no art. 121, c/c art. 14, II, do Código Penal, art. 306, do Código de Trânsito e art. 147, também do Código Penal.

Segundo os autos do inquérito policial e ocorrência policial, o paciente na condução de um automóvel teria colidido de modo proposital, na traseira de uma motocicleta marca Honda Biz, após haver perseguido a referida moto, até conseguir atingi-la, vindo a causar a queda do condutor da motocicleta, que segundo os autos do inquérito policial, teria tido a perna dilacerada, com arrastamento da vítima. Consta ainda que o paciente teria ameaçado a segunda vítima envolvida no acidente.

Pode-se verificar que a a autoridade apontada como coatora vislumbrando a necessidade de garantia da ordem pública, diante da gravidade do fato, e para a garantia da aplicação da lei penal, converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva e indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva.

A prisão preventiva tem por objetivo impedir que eventuais condutas praticadas pelo suposto autor da infração penal possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação ou do processo.

No entanto, em razão da gravidade dessa medida, cuja consequência é a privação de liberdade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, a segregação preventiva somente será admitida por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Essa exegese, aliás, vem consagrada no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Nesse contexto, para a decretação da prisão preventiva é fundamental a comprovação do "*fumus commissi delicti"* (aparência do delito), ou seja, a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação na infração penal (CPP, art. 312).

A par disso, é necessário que o decreto prisional esteja fundamentado em evidente fator de risco, apto a justificar a efetividade da medida. Nesse aspecto, exsurge a necessidade da indicação, fundamentada, do "*periculum libertatis"* (perigo em permanecer solto), cujo embasamento concreto é consubstanciado na garantia da ordem pública ou econômica, na conveniência da instrução penal, e na aplicação da lei penal.

> Ademais, também deve ser verificado se a situação concreta comporta a decretação da custódia preventiva (CPP, art. 313), cujas hipóteses são as seguintes: *"I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do 'caput' do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;"*

Pois bem. No presente caso, a infração penal (homicidio tentado) cujo cometimento foi imputado ao ora paciente está inserida na situação estampada no art. 313, I, do Código de Processo Penal, pois se trata de tipo penal em que a pena privativa de liberdade máxima é superior a 4 (quatro) anos de reclusão. Portanto, é possível a decretação da custódia preventiva do paciente, principalmente em razão do fato e porque estão presentes os demais requisitos legais autorizadores dessa medida.

No tocante à existência do "*fumus commissi delicti"*, a decisão do magistrado singular foi clara e objetiva no sentido de sinalizar os elementos concretos que deram ensejo à conclusão sobre a presença dos indícios sobre a autoria e a materialidade delitiva.

Por outro lado, as circunstâncias fáticas do delito penal, aliadas a outros elementos existentes na situação, são suficientes para indicar a gravidade concreta da conduta perpetrada, de modo a ensejar indicativos sobre a periculosidade do paciente.

Colhe-se dos autos que o paciente é contumaz no uso de bebida alcoólica. Além disso possui ocorrências criminais, inclusive relacionadas aos crimes de trânsito.

É de se destacar, também, a gravidade concreta da conduta delituosa, bem como a nocividade do paciente à segurança e incolumidade social e, sobretudo, à garantia da ordem pública, elementos aptos e suficientes para manutenção do decreto prisional preventivo.

Deve ser assentado, pois, que em razão da gravidade concreta vislumbrada na conduta do paciente, faz-se imprescindível a atuação imediata do Estado, de modo a garantir a efetiva aplicação da justiça, e, sobretudo, para atribuir uma resposta positiva à sociedade, fazendo desaparecer, assim, eventual sentimento de impunidade perante a população.

A esse respeito, destaco os seguintes julgados:

> *"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO EM SEDE DE PRONÚNCIA. FUNDAMENTOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. 'MODUS OPERANDI'. PERICULOSIDADE DO AGENTE. TEMOR DE TESTEMUNHA. SOLTURA QUE IMPLICA RISCO À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E À CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. ACÓRDÃO MOTIVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.*
>
> *1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a manutenção da custódia preventiva está devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base em elementos dos autos que evidenciam a gravidade concreta do delito em tese praticado, bem demonstrada pelo 'modus operandi' empregado, ante a suposta torpeza do motivo pelo qual foi cometido o ilícito – atividade típica de extermínio movida por sentimento de vingança – e com a utilização, em tese, de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido, reveladores da real periculosidade do acusado.*
>
> *2. Verificando-se que a segregação antecipada está fundada ainda no temor que os acusados causam a testemunhas, no caso a vítima sobrevivente e as que presenciaram os fatos, resta plenamente justificada a conservação da prisão cautelar, a bem da conveniência da instrução criminal, que, na hipótese dos processos afetos ao Tribunal do Júri, ocorre em duas etapas - 'judicium acusationis' (já vencido) e 'judicium causae' (a ocorrer).*
>
> *3. Inexiste coação ilegal no aresto quando, remetendo-se aos fundamentos utilizados pelo togado singular para justificar a preservação da constrição antecipada, decide pela sua legalidade. (...)."* (HC n. 201.738/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011*).*
>
> *"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, POR TRÊS VEZES E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, POR TRÊS VEZES. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. AFASTAMENTO DA VEDAÇÃO LEGAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. A alegação de ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa não foi sequer submetida à análise do Tribunal 'a quo', o que inviabiliza a exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e tumulto processual manifesto.*
>
> *2. O Pretório Excelso, no julgamento do HC 92.924, da relatoria do eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, publicado no informativo n. 493, assentou que, com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou que a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que ausentes os fundamentos necessários para a prisão preventiva.*
>
> *3. Na presente hipótese, estão presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, tendo em vista que a segregação do paciente foi mantida em razão da gravidade em concreto do crime praticado (três homicídios e três tentativas de homicídios), o 'modus operandi', vez que foi premeditado e executado de forma a impedir a defesa das vítimas, além do clamor público causado pelas circunstâncias que envolveram o crime, cometido em uma sociedade que se encontra em pânico, com o crescente nível de criminalidade.*
>
> *4. A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa, entre outros objetivos, acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade aquele que, diante*

dos meios de execução utilizados, demonstra ser dotado de periculosidade, gerando uma situação de intranqüilidade no seio da comunidade.

5. Condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a custódia cautelar, quando presentes os seus pressupostos legais.

6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC n. 96.126/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 28/04/2008).

Configurado, pois, o "*periculum libertatis"*, de forma que é de salutar importância a manutenção do decreto prisional do paciente, tudo no sentido de que seja ofertada proteção à garantia da ordem pública, à aplicação da lei penal e, sobretudo, por conveniência da instrução criminal.

Por outro lado, deve ser salientado que a mera existência de condições subjetivas favoráveis ao paciente (residência fixa, emprego lícito, bons antecedentes) não são elementos suficientes para garantir a concessão da liberdade provisória em seu favor, especialmente porque, na situação, estão presentes os requisitos e fundamentos legais necessários ao embasamento da custódia cautelar.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 'MODUS OPERANDI'. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Há fundamentação concreta para a manutenção da custódia cautelar, levando em conta que os pacientes cometeram delito de roubo, utilizando-se de grave ameaça, inclusive simulando o emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, sendo certo que o 'modus operandi' da conduta denota em si uma maior periculosidade dos agentes. 2. As instâncias ordinárias destacaram, ainda, que um dos pacientes – Diego Rodrigues Soares – ostenta condenação com trânsito em julgado, o que reforça a necessidade da manutenção da sua constrição cautelar para impedir a reiteração criminosa. 3. Informações pessoais que comprovem possuir os pacientes endereço fixo e exercer atividade lícita não impedem a manutenção da constrição cautelar, caso presentes os requisitos legais. Na hipótese, contudo, nem mesmo houve a comprovação de condições subjetivas favoráveis por parte da defesa. 4. Ordem denegada." (HC n. 243.079/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 31/08/2012).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT QUANTO AO PONTO. PRISÃO CAUTELAR SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. TEMOR CONCRETAMENTE DEMONSTRADO PELAS TESTEMUNHAS. NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA PROVA ORAL EM SESSÃO PLENÁRIA. 1. Tendo em vista a competência constitucionalmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça, não se conhece de habeas corpus dirigido a esta Corte Superior, contra ato imputado a tribunal sujeito à sua jurisdição, no tocante a questão por este não apreciada, sob pena de indevida supressão de instância. 2. É assente na Corte que, mesmo com a sentença de pronúncia, exige-se para a segregação cautelar do pronunciado que esteja devidamente fundamentada a referida medida na existência de elementos autorizadores da prisão preventiva, sendo,

em regra, inaceitável que só a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a restrição a seu direito de locomoção antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Inteligência do princípio da presunção de inocência, erigido à condição de garantia constitucional. 3. Por outro lado, a indicação de elementos concretos, no tocante à conveniência da instrução criminal e à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, em face do intenso temor demonstrado pelas testemunhas em relação ao paciente (policial militar) e da potencial necessidade de renovação da prova oral em plenário, constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal. 4. "Condições pessoais favoráveis, por si só, não são suficientes a amparar a concessão da liberdade provisória quando presentes outras razões para a manutenção da prisão preventiva." (HC n. 80.661/RS, Rel.Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010). 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem." (HC n. 145.817/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011).

Diante de todos esses aspectos, pode-se concluir que os requisitos e fundamentos imprescindíveis à manutenção da prisão preventiva estão presentes, quais sejam, o "*fumus commissi delicti*", comprovado pela suficiência dos indícios de autoria e materialidade delitiva, e o "*periculum libertatis*", consubstanciado, na situação, pela necessidade de garantir da ordem pública, a aplicação da lei penal e, por conveniência da instrução criminal.

Outrossim, um dos delitos imputado ao paciente (homicídio) ostenta elevado potencial ofensivo e, ainda, constitui-se em crime hediondo, a teor do art. 1º, VI, da Lei 8.072/90.

Diante dessas circunstâncias, a necessidade da prisão preventiva foi fundamentada, de forma satisfatória, com a demonstração dos requisitos legais peculiares à espécie, de modo que não há qualquer irregularidade capaz a demandar a revogação do decreto prisional.

Desse modo, não vislumbro qualquer ilegalidade a ser sanada pela via do presente remédio constitucional, vez que a custódia preventiva do paciente realmente atende aos pressupostos e condições que determinam a imposição da medida.

Assim, inexiste constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem pretendida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 03 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1412963-60.2014.8.12.0000 - Rio Negro
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – FLAGRANTE IMPRÓPRIO – CONFIGURADO – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 313 E PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – ORDEM DENEGADA.

1. Não há falar em constrangimento ilegal se o magistrado de origem, ao decretar a conversão da prisão em flagrante em preventiva da paciente, apontou, de forma fundamentada e concreta os elementos ensejadores da necessidade dessa medida, sobretudo os destinados à garantia da ordem pública, além dos demais requisitos legais estampados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. O tráfico de drogas é crime de perigo abstrato em que a probabilidade do dano é presumida pelo direito penal, visa, assim, a proteção da saúde pública que deve ser preservada.

3. O Código de Processo Penal disciplina várias modalidades de prisão em flagrante. Diante dos autos de inquérito e ocorrência policial, o caso dos autos conclama hipótese de prisão em flagrante prevista no art. 302, III e IV, do Código de Processo Penal. É o denominado flagrante impróprio, pois, segundo se verifica dos autos do inquérito policial, o paciente foi perseguido, logo após a infração, em situação que fazia presumir ser o autor do fato. Nesse sentido, está o § 1º, do art. 290, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 3 de novembro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado pelo advogado Guilhermo Suriano Ourives – OAB/MS n. 17.850 em favor de Paulo Sérgio Ferreira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Rio Negro/MS, almejando, em síntese, a revogação da prisão preventiva.

Afirma que foi preso em flagrante no dia 6 de outubro de 2014 pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006.

Sustenta não estar caracterizada a prisão em flagrante e que a sua prisão em período eleitoral seria ilegal.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 43.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 47-48.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls.50-59, manifestou-se, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Relator).

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Guilhermo Suriano Ourives – OAB/MS n. 17.850 – em favor de Paulo Sérgio Ferreira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Rio Negro/MS, almejando, em síntese, a revogação da prisão preventiva.

Afirma que foi preso em flagrante no dia 6 de outubro de 2014 pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006.

Sustenta não estar caracterizada a prisão em flagrante e que a sua prisão em período eleitoral seria ilegal.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela acusação da prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

> Segundo os autos do inquérito policial e a ocorrência policial, consta *"QUE durante investigações realizadas visando coibir o tráfico de entorpecentes, obteve informações de que a pessoa de prenome PAULO, morador da cidade de Campo Grande/MS, estava nesta urbe, em uma motocicleta de cor vermelha e preta, realizando comércio de entorpecentes; QUE, foi informado de que a pessoa de PAULO já possuía passagens policiais, inclusive por tráfico de Drogas na cidade de Rio Negro/MS;"*

Pode-se verificar que a a autoridade apontada como coatora, vislumbrando a necessidade de garantia da ordem pública, assentou que *"para evitar a reiteração da traficância no município de Rochedo-MS, bem como por conveniência da instrução criminal"* e converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

A prisão preventiva tem por objetivo impedir que eventuais condutas praticadas pelo autor da infração penal a ele imputada possa colocar em risco a efetividade da fase de investigação ou do processo e também, em certas situações, para a garantia da ordem pública.

No entanto, em razão da gravidade dessa medida, cuja consequência é a privação de liberdade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, a segregação preventiva somente será

admitida por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Essa exegese, aliás, vem consagrada no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

No sistema processual penal vigente, a prisão preventiva encontra respaldo jurídico no âmbito dos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

> Com efeito, o legislador ordinário estabeleceu que: *"em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial." (CPP, art. 311).*
>
> Dispôs-se, ademais, que *"a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (CPP, art. 312).*

Observa-se, a partir dos dispositivos legais acima aventados, que para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível, em princípio, demonstrar a existência de indícios concretos de autoria e materialidade delitiva. Outrossim, como pressuposto cumulativo, é necessário que a medida seja destinada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Além disso, a segregação preventiva depende, também, da verificação de quaisquer das situações estampadas nos incisos do artigo 313 do Código de Processo Penal, a saber:

> *"Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do 'caput' do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2.011).*
>
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).*
>
> *Parágrafo único: Também será admitida da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."*

A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente está nos seguintes termos:

> *"O flagrante se encontra formalmente em ordem, razão pela qual o homologo.*
>
> *Presentes os requisitos da prisão preventiva e inviável a concessão de liberdade provisória.*
>
> *Existem indícios suficientes da materialidade e da autoria com base no auto de apreensão da droga, fl. 13, nos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante e no depoimento das testemunhas.*

(...)

A prisão preventiva se justifica para evitar a reiteração da traficância no município de Rochedo-MS, bem como por conveniência da instrução criminal, evitando-se intimidação das testemunhas, uma vez que são de fundamental relevância para a apuração dos fatos."

Em informações prestadas pela autoridade apontada como coatora consta o seguinte (fl. 47):

"No caso, o Paciente PAULO SÉRGIO FERREIRA foi abordado e preso por policiais civis de Rochedo-MS, após denúncias anônimas que o davam como pessoa que fazia uso de uma motocicleta vermelha e preta, e estava comercializando entorpecente (paradinhas de pasta-base de cocaína) no município de Rochedo-MS. Identificados os adquirentes da drogas (...), ambos admitiram terem adquirido 'três paradinhas' de pasta-base do Paciente PAULO, pelo preço de R$ 50,00 cada uma (fls. 07/08 do auto de prisão em flagrante e fls. 20/21 do 'writ').

(...)

Diante desse contexto fático, é de se considerar que a hipótese da prisão em flagrante permanece hígida, na forma do que dispõe o art. 302, incisos III e IV do CPP."

Informa ainda a autoridade apontada como coatora que:

"Houve apreensão de instrumento utilizado para o consumo de droga com as testemunhas que delataram o Paciente, com resquícios de entorpecentes, e em poder de PAULO foi apreendido dinheiro em notas de pequeno valor, indicativo de traficância (fls. 13), o que satisfaz a prova da materialidade do delito.

(...)

Cumpre ressaltar que o Paciente já foi condenado em dois processos pelo delito do art. 33, 'caput', da Lei 11.343, sendo reincidente, conforme se infere dos autos sob n. 0000192-08.2011.8.12.0043 e 0000137-08.2012.8.12.0048, ambos de Execução de Pena...".

No caso, a prisão preventiva está devidamente justificada. Como salientou a autoridade apontada como coatora *"é de considerar que a hipótese da prisão em flagrante permanece hígida, na forma do que dispõe o art. 302, incisos III e IV do CPP."*

O Código de Processo Penal disciplina várias modalidades de prisão em flagrante.

Diante do que consta dos autos do inquérito e da ocorrência policial, o caso dos autos conclama hipótese de prisão em flagrante prevista no art. 302, III e IV, do Código de Processo Penal. É o denominado flagrante impróprio.

Pelo que se verifica dos autos do inquérito policial, o paciente foi perseguido, logo após a infração, em situação que fazia presumir ser o autor do fato. Nesse sentido, está o § 1º, do art. 290, do Código de Processo Penal.

O art. 302, da lei processual penal é expressa em estabelecer que:

"Considera-se em flagrante delito quem:

(...)

> *III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;*
>
> *IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração."*

Desse modo, a prisão em flagrante do paciente não está em desacordo com o que estabelece o art. 236 do Código Eleitoral, que autoriza, a prisão em flagrante, ainda que no dia da eleição.

A par disso, a materialidade delitiva está evidente. Os indícios quanto à autoria do delito são suficientes. Outrossim, deve ser ressaltado que as condições pessoais do paciente não são capazes, por si só, de elidir o decreto prisional, mormente, se presentes os requisitos autorizadores estabelecidos pela lei processual, como no caso vertente.

Outrossim, o delito penal imputado ao paciente é de perigo abstrato, colocando a saúde pública em risco.

Assim, com enfoque nesses aspectos, está comprovado que a conduta do paciente, de fato, importou em ofensa à ordem pública.

Ainda, o crime de tráfico de drogas imputado ao paciente possui pena máxima superior a 4 anos, portanto, a prisão preventiva é admitida, nos termos do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. 'MODUS OPERANDI'. GRAVIDADE CONCRETA DAS CONDUTAS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. 'In casu', a segregação encontra-se suficientemente fundamentada em relação à garantia da ordem pública. Hipótese na qual o 'modus operandi' pelo qual foi cometido o delito denota a necessidade da segregação provisória também para o fim de resguardar a ordem pública, pois o acusado teria praticado o crime em concurso com menor, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, ocasião em que o paciente teria, ainda, desferido um golpe com o um objeto pesado na cabeça da vítima. As condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, por si só, viabilizar a revogação da custódia preventiva, se existem outros elementos nos autos que respaldam a medida constritiva. Ordem denegada."* (*"H.C."* n. 242.546/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012).
>
> *"RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS.' ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. 'MODUS OPERANDI'. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando evidenciada a imprescindibilidade da segregação preventiva para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo 'modus operandi' empregado. Além disso, verifica-se a necessidade da custódia cautelar para evitar a reiteração delitiva,*

> *pois o recorrente registra antecedentes por tentativa de homicídio e já foi condenado por tortura. Recurso improvido."* (R*'H.C.'* 32.575/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 29/08/2012).

Ora, a necessidade da prisão cautelar do paciente é manifesta, diante da presença dos seus requisitos autorizadores, quais sejam, o "*fumus comissi delicti"* e o "*periculum libertatis",* além da garantia da ordem pública, asseverado pela decisão que decretou a prisão preventiva, diante do risco de reiteração delitiva.

Por conseguinte, em restando demonstrados os requisitos do art. 313 e os pressupostos e fundamentos dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal, não há falar em liberdade provisória.

Assim, inexiste ilegalidade tampouco constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem pretendida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 03 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002916-16.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – DELITO DE TRÂNSITO – ART. 306, *CAPUT*, DA LEI N. 9.503/97 – PENA DE SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – REDUÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Diante do reconhecimento da inexistência de condições desfavoráveis ao réu, a suspensão da habilitação para dirigir deve ser fixada em seu mínimo legal, seguindo a reprimenda corporal, que restou estabelecida também no seu patamar mínimo.

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

Campo Grande, MS, 4 de novembro de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por Gleison Vidal Venâncio contra a sentença de f. 121-127 que o condenou à pena de 6 (seis) meses de detenção e 59 (cinquenta e nove) dia-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo à época dos fatos, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, bem como a 10 (dez) meses de suspensão para dirigir veículo automotivo, ante a prática do crime previsto no artigo 306*, caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Em suas razões recursais às f. 136-144, requer a redução da pena de suspensão do direito de dirigir para o patamar mínimo.

Em contrarrazões às f. 150-154, o *parquet* pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para reduzir a pena de suspensão da habilitação para o patamar mínimo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 160-161, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Trata-se de apelação criminal interposta por Gleison Vidal Venâncio contra a sentença de f. 121-127 que o condenou à pena de 6 (seis) meses de detenção e 59 (cinquenta e nove) dia-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo à época dos fatos, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, bem como a 10 (dez) meses de suspensão para dirigir veículo automotivo, ante a prática do crime previsto no artigo 306*, caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Postula, em síntese, pela redução da pena de suspensão do direito de dirigir para o patamar mínimo.

O recurso deve ser provido.

Fixou o julgador singular a pena privativa de liberdade do apelante em 6 (seis) meses de detenção e a pena acessória de suspensão para dirigir em 10 (dez) meses.

Transcreve-se, por oportuno, parte da sentença hostilizada (f. 121-127), *in verbis:*

> *"(...) QUANTIFICAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO (LEI N. 9.503/97, ART. 293). CNH.*
>
> *Entendo que a pena de suspensão deve ser fixada na mesma proporção da pena privativa de liberdade fixada em relação à pena máxima prevista.*
>
> *Consta na Lei n. 9.503/97, artigo 293:*
>
> *Art. 293 – A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.*
>
> *A pena restritiva de liberdade aplicada nesta terceira fase corresponde a 16,66 % da pena máxima (que é de 03 anos). Aplico a pena de suspensão na mesma proporção do máximo (que é de 05 anos), resultando em 10 meses de suspensão da habilitação.*
>
> *Aplico, ainda, pena de 10 meses de suspensão da habilitação (...)".*

Prevê o artigo 293, do Código de Trânsito Brasileiro que: *"A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos".*

Acerca de tal artigo, leciona Guilherme de Souza Nucci[11] que: *"parece-nos razoável que o magistrado leve em consideração o padrão estabelecido para a pena privativa de liberdade. Não haveria sentido em fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal e suspender a carteira de habilitação por período muito superior ao mínimo".*

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO E OMISSÃO DE SOCORRO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE DEVER DE CUIDADO DEMOSTRADA. CONDUTA CULPOSA CONFIGURADA. EXCLUSÃO DA PENA DE SUSPENÇÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO PRAZO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXIGÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENCIONAMENTO DE OFÍCIO. APELO NÃO PROVIDO. I. Não merece reforma, e conseqüente absolvição do réu, sentença que o condenou em harmonia com as provas carreadas aos autos. II. O crime de homicídio culposo exige, para*

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*.5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1235.

a sua configuração, a descrição de fato que revele a existência de negligência, imprudência ou imperícia. No caso, restou evidenciado através da prova emanada que o apelante praticou o delito descrito na denúncia, agindo com imprudência ante a inobservância dos cuidados objetivos necessários para a condução do veículo, não merecendo guarida a alegação da defesa de que o condutor da moto foi o causador do acidente, posto que as vítimas, conforme assinalado, estavam na mão correta de direção, tendo o acusado invadido a faixa contrária de direção, bem como, deixou de prestar socorro imediato às vítimas. III. A fixação da pena restritiva de direitos prevista no art. 302 do CTB. Suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Deve ser fundamentada em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. Que não a própria gravidade do delito. E demais circunstâncias a ela relativas. IV. Diante do reconhecimento da inexistência de condições desfavoráveis ao réu, a suspensão da habilitação para dirigir deve ser fixada em seu mínimo legal, seguindo a reprimenda corporal, que restou estabelecida também no seu patamar mínimo. V. Decisão unânime. Apelação não provida." (TJPE; APL 0000446-31.2006.8.17.1590; Terceira Câmara Criminal; Relª. Desª. Daisy Maria de Andrade Costa Pereira; Julg. 17/09/2014; DJEPE 23/09/2014).

"O art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece a duração mínima e máxima da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. 4. Tendo em vista que a pena privativa de liberdade fora estipulada no seu patamar mínimo e observando-se o princípio da proporcionalidade, deve o prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ser reduzido para 02 (dois) meses, mínimo legal. 5. Apelo Conhecido e parcialmente Provido. Unanimidade." (TJMA; Rec 0027542-30.2006.8.10.0001; Ac. 115046/2012; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. José de Ribamar Froz Sobrinho; Julg. 12/09/2011; DJEMA 23/05/2012).

No caso concreto, tenho que o quantum fixado pelo julgador singular em relação à pena acessória é desproporcional à pena privativa de liberdade e tendo em vista que o apelante possui todas circunstâncias judiciais favoráveis, reduzo a suspensão para dirigir pelo período de dois meses.

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso interposto por Gleison Vida Venâncio, a fim de reduzir a pena de suspensão para dirigir para o período de 2 (dois) meses.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 04 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0038274-69.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – CRIME MILITAR – RECURSO DA DEFESA – ART. 324 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – USO DE VIATURA DA CORPORAÇÃO EM PROVEITO PRÓPRIO – CONDUTA QUE NÃO CONSTITUI CRIME, MAS INFRAÇÃO DISCIPLINAR – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Oficiais que se utilizaram de viatura militar para proveito próprio, consistente em deslocarem-se ao território estrangeiro, agem em desconformidade com obrigações e deveres estatutários; conduta comissiva que não é alcançada pela norma do art. 324 do CPM – delito essencialmente omissivo que exige comportamento negligente ou tolerante do agente.

Atipicidade da conduta, impondo-se a absolvição dos réus, o quais já mereceram punição disciplinar pelo fato.

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, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 4 de novembro de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Márcio Alves Acácio e José Ricardo Ferreira Barbosa interpuseram apelação criminal contra a sentença proferida às f. 301-310, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando os ora apelantes pela prática do crime previsto no artigo 324, na modalidade dolosa, do Código Penal Militar, à pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, concedendo *sursis* ao segundo apelante pelo prazo de 2 (dois) anos, bem como absolvendo-os do crime incurso no artigo 303, *caput*, cumulado com artigo 70, inciso II, alíneas "a" (por motivo fútil), "l" (estando de serviço) e "m" (com emprego de instrumento de serviço), do mesmo *Codex*, com fulcro no artigo 439, "b", do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais às f. 327-336, a defesa pleiteia a absolvição com fundamento no art. 439, "b", do Código de Processo Penal e, subsidiariamente, com fundamento na Súmula n. 19, do Supremo Tribunal Federal, que veda o *bis in idem* da punição ao servidor público, visto que os apelantes já foram punidos pelos mesmos fatos na esfera administrativa.

Em contrarrazões às f. 342-350, o *parquet* pugna pelo manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, em parecer às f. 356-363 opina pela declaração da extinção da punibilidade em favor dos apelantes, a fim de reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva.

Documentos às f. 368-473.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 477-486, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de absolver os apelantes.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Márcio Alves Acácio e José Ricardo Ferreira Barbosa interpuseram apelação criminal contra a sentença proferida às f. 301-310, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando os ora apelantes pela prática do crime previsto no artigo 324, na modalidade dolosa, do Código Penal Militar, à pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, concedendo *sursis* ao segundo apelante pelo prazo de 2 (dois) anos, bem como absolvendo-os do crime incurso no artigo 303, *caput*, cumulado com artigo 70, inciso II, alíneas "a" (por motivo fútil), "l" (estando de serviço) e "m" (com emprego de instrumento de serviço), do mesmo *Codex*, com fulcro no artigo 439, "b", do Código de Processo Penal.

Postulam, em síntese, pela absolvição com fundamento no artigo 439, "b", do Código de Processo Penal e, subsidiariamente, com fundamento na Súmula n. 19, do Supremo Tribunal Federal, que veda o *bis in idem* da punição ao servidor público, visto que os apelantes já foram punidos pelos mesmos fatos na esfera administrativa.

A Procuradoria-Geral de Justiça suscita em seu parecer às f. 356-363, a preliminar da prescrição da pretensão punitiva estatal, argumentando, para tanto, que teria transcorrido lapso temporal superior a 2 (dois) anos entre a data do fato (13.8.2011 - f. 01-05) e o recebimento da denúncia (1º.10.2013 - f. 111), razão pela qual deveria ser declarada a extinção da punibilidade.

Importante observar que a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, revogou o § 2º, do artigo 110, do Código Penal que tinha por termo inicial do cálculo prescricional data anterior a do recebimento da denúncia.

Muito embora existam entendimentos jurisprudenciais na Justiça Castrense no sentido de que o cálculo jurisprudencial teria como termo inicial a data do fato, não se trata do caso em concreto, uma vez que os fatos narrados na peça acusatória ocorreram após a vigência da lei em comento, vale dizer, em 13.8.2011.

A propósito:

> *"A partir da edição da Lei n. 12.340/10, foi abolido o cálculo da prescrição, retroativamente, a partir da data do fato. Tal regra não retroage para atingir situações anteriores, seja porque se trata de inovação legislativa 'in malam partem', seja porque há expressa vedação constitucional (art. 5º, inciso XL) de irretroatividade da lei penal mais gravosa ao réu (Embargos de Declaração n. 21-57.2005.7.05.0005/DF [DJe: 15/08/2013])".*
>
> *"APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE PELA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAMENTO DE RÉU CIVIL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO*

DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. ACOLHIMENTO. UNANIMIDADE. A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis que cometem crimes capitulados no Código Penal Militar decorre da dicção da norma insculpida no art. 124 da Constituição Federal. A conduta praticada pelo Agente amolda-se ao tipo penal militar descrito no artigo 251 do CPM, em consequência do que, conforme a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do referido Códex, compete à Justiça Militar da União processar e julgar o feito, ainda que se trate de Ré Civil. Consoante a redação do inciso VI do artigo 125 do CPM, se verificado que, entre a data do fato, anterior à edição da Lei n. 12.234/2010, e a do recebimento da Denúncia, transcorreu o lapso temporal descrito na norma, deve ser declarada a extinção da punibilidade. STM." APELAÇÃO. Cód Num.: 0000142-46.2012.7.01.0201 UF: RJ .Ministro Relator:Cleonilson Nicácio Silva.Decisão: 11/06/2014. Data da Publicação: 03/07/2014.

Na presente demanda, apenas os réus recorreram da sentença e, em decorrência ao disposto no § 1º, do artigo 125, do CPM, a contagem do prazo prescricional passou a regular-se pela pena em concreto, *in casu*, 3 (três) meses de detenção, o que implica prazo prescricional de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 125, inciso VII, do referido *Codex.*

Verifica-se que entre a data do recebimento da denúncia (13.8.2011) e a prolação da sentença (12.03.2014), não transcorreu lapso temporal superior a dois anos, sendo lícito concluir que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa.

Destarte, rejeito a preliminar da prescrição.

No mérito, traduz o parecer de f. 477-486 meu entendimento e como forma de evitar despicienda tautologia, transcrevo parte deste, integrando ao voto, com a vênia do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Adhemar Mombrum de Carvalho Neto, que lavrou o que segue, *in verbis*:

"(...) No crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução, pune-se aquele que deixa de observá-los, no exercício de sua função, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar (art. 324, do Código Penal Militar).

Cumpre destacar que o dispositivo prevê duas modalidades de crime. A primeira consiste na forma culposa, pela referência da negligência, tida como um desleixo do militar no exercício de sua função, e a segunda constitui o crime tolerante, ou seja, doloso, praticado por tolerância, condescendência, indulgência.

Ressalta-se, ainda, que o delito em questão ocorrerá apenas quando o ato do agente for omissivo, constituído pela inobservância de normas postas de qualquer grau, desde que emanadas de órgão competente. Contudo, mesmo que seja omissivo em relação ao descumprimento do dever funcional, o tipo penal demanda a existência de resultado naturalístico, tornando-o material, devendo causar um prejuízo à administração militar[12]*. Sendo assim, o fato somente será punido se causar prejuízo ao ente administrativo, tratando-se de 'conditio sine qua non'*[13].

No caso dos autos, os acusados José Ricardo Barbosa e Márcio Alves Acácio confessaram em juízo que de fato atravessaram a fronteira com o Paraguai com a viatura da Polícia Militar, adentrando aproximadamente 50 (cinquenta) metros na cidade de Pintoty Porã, que faz divisa seca com a cidade sul-mato-grossense de Sete Quedas. Relataram, ainda, que permaneceram no território estrangeiro por cerca de 15 (quinze) minutos, apenas para comprar pilhas, e que logo após retornaram para o território nacional. Responderam também, que antes de chegarem a Sete Quedas, foram atender

12 Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Militar Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 427.

13 Jorge César de Assis. Comentários ao Código Penal Militar Parte Especial. 6. ed. Juruá, 2009. p. 713.

uma ocorrência para retirada de gado da pista no trevo de Paranhos, rodovia esta que liga ao município de Sete Quedas, onde fizeram uma pausa para o almoço.

Além disso, dos depoimentos das testemunhas Gelto Benites Rodrigues, José Roberto da Silva Ribeiro e Valdeci Vergilio de Albuquerque, inquiridas perante a autoridade judicial, extrai-se que é comum na região a solicitação para a retirada de animais da pista e que nem sempre são realizados os registros de afastamento da guarnição da PM do local que esteja previamente escalado para atender ocorrências desse tipo. Afirmaram, ainda, que a faixa de território internacional fronteiriça é compreendida como área de atuação da PRE.

Conforme atribuído na sentença condenatória, os acusados, ao transporem a fronteira com o país vizinho, praticaram uma ação ofensiva às normas militares, especificamente ***aos arts. 26 e 28 da Lei Complementar n. 53/1990****, os quais dizem respeito à conduta moral e profissional irrepreensível, ao devido cumprimento das ordens de autoridades competentes, ao zelo pelo bom nome da Polícia Militar, bem como aos deveres de disciplina e rigoroso cumprimento das ordens, ao argumento de que os policiais recorrentes não possuíam autorização de seu superior hierárquico para atravessarem a fronteira nacional, atingindo o território estrangeiro. Contudo, muito embora se considere que a legislação utilizada como complementação à norma penal em branco presente no tipo penal do art. 324, do Código Penal Militar, se enquadra na hipótese de norma complementadora, não sendo, portanto, de mera natureza administrativa disciplinar, é bem de ver que a conduta perpetrada pelos acusados é comissiva, eis que agiram dentro da área de atuação da base militar, não havendo que se falar em violação ao art. 324, do Código Penal Militar, que é delito essencialmente omissivo e exige um comportamento negligente ou tolerante.*

De tal modo, a utilização da viatura oficial em proveito próprio, por ser conduta comissiva, viola obrigações e deveres estatutários, subsumindo-se às normas disciplinares que regem a corporação. Na hipótese, inclusive, os apelantes já foram punidos disciplinarmente por tal conduta (f. 368-473).

Além disso, observa-se que no presente caso não houve prejuízo à administração militar, tendo em vista que os acusados adentraram apenas 50 (cinquenta) metros no território estrangeiro, eis que a área da rodovia MS 160 era objeto de patrulhamento da guarnição, de modo que não há que se falar em consumo indevido de combustível ou desgaste físico do automóvel utilizado como viatura policial.

Da mesma forma, não há que se falar em prejuízo moral à administração, mormente porque os acusados permaneceram por um curto período de tempo em solo paraguaio, não havendo tempo hábil para prejudicar a imagem moral da corporação.

Ademais, este Tribunal de Justiça já decidiu neste sentido:

CRIME MILITAR. ART. 324 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. USO DE VIATURA DA CORPORAÇÃO EM PROVEITO PRÓPRIO. CONDUTA QUE NÃO CONSTITUI CRIME, MAS INFRAÇÃO DISCIPLINAR. RECURSO DA DEFESA PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU.

Oficial que, com autorização prévia, utilizou-se de viatura militar para proveito próprio, consistente em transportar objetos pessoais, age em desconformidade com obrigações e deveres estatutários; ***conduta comissiva que não é alcançada pela norma do art. 324 do CPM delito essencialmente omissivo que exige comportamento negligente ou tolerante do agente. Atipicidade da conduta****. Absolvição do réu, o qual já mereceu punição disciplinar pelo fato."* (Apelação Criminal n. 2012.001904-4/0000-00 –

Campo Grande. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. Julg. 04/06/2012.) ***Grifou-se*(...)" - grifos no original.***

Ainda, nesse sentido, são os precedentes julgados:

> *"Ementa: Inobservância de lei, regulamento ou instrução (CPM, art. 324). Decisão 'a quo', por não constituir o fato infração penal (CPPM, art. 439, 'b'). Apelo do Ministério Público. Sargento Comandante de Seção de Combate a Incêndio, SCI, que se utiliza de viatura oficial da Corporação em desacordo norma administrativas internas (Portaria 03/93 e NI 02/93, ambas do Comando-Geral) comete grave violação das obrigações e deveres estatutários, subsumindo sua conduta às normas disciplinares, sem incursioná-las na esfera penal. Recurso unanimente improvido, para confirmar a decisão absolutória, divergindo o colegiado quanto a sua fundamentação."* (TJM/RS – Ap. n. 2.807/95 – Rel. Juiz Cel. Antônio Carlos Maciel Rodrigues – Acórdão de 10.04.1996).

> *"Ementa: Inobservância de lei, regulamento ou instrução, art. 34 do C.P. Militar. Inocorrência. Delito essencialmente omissivo que exige comportamente negligente ou tolerante do agente. Oficiais que utilizaram viatura da Força, em proveito próprio e em desacordo com as normas vigentes. Conduta omissiva que refoge ao alcance da norma insculpida no art. 324 do C.P. Militar. Apelo defensivo provido. Decisão Unânime."* (TJM/RS – Ap. Crim. n. 3.011/97 – Rel. Juiz Cel. João Vanderlan Rodrigues Vieira – J. em 27.11.1997 – Jurisprudência Penal Militar, jul./dez. 1997, p. 259).

Diante do exposto, com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso interposto por Márcio Alves Acácio e José Ricardo Ferreira Barbosa, para absolver os ora apelantes do crime previsto no artigo 324, do CPM, por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 439, alínea 'b' do CPPM.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, MS, 04 de novembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414586-62.2014.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO – BLOQUEIO DE ENVELOPES EM CAIXAS ELETRÔNICOS – REITERAÇÃO DELITIVA – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

Mantém-se a prisão preventiva do paciente, pois as circunstâncias concretas demonstram ser a prisão cautelar necessária para garantia da ordem pública, uma vez que o agente veio de São Paulo para Mato Grosso do Sul praticar crime de furto qualificado, consistente na implantação de bloqueio de envelopes de depósito em caixa eletrônico de instituição bancária, havendo reiteração delitiva.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 2 de dezembro de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Nilson Alexandre Gomes impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Rodolfo Tadao Assari, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS.

Versa o presente *writ* acerca da ilegalidade da prisão preventiva do(a) paciente, decretada sem estarem presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como, por serem suficientes ao caso a aplicação de medidas cautelares.

Discorre sobre os requisitos autorizadores da liminar.

Requer a concessão de liminar para que seja expedido o alvará de soltura do paciente e, ao final, a revogação da prisão preventiva do paciente. Documentos de f. 21-56.

Liminar indeferida, às f. 59-60.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 64-67.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 69-72, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator).

Nilson Alexandre Gomes impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Rodolfo Tadao Assari, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS.

> O fato que levou ao decreto de prisão preventiva de Rodolfo é o seguinte: *"Depreende-se do caderno inquisitorial que, aos 12 de novembro de 2014, por volta das 23 h, na agência do Banco Bradesco situada na confluência das Ruas Joaquim Teixeira Alves e Nélson de Araújo, centro, nesta urbe, o denunciado foi preso em flagrante delito, porquanto subtraiu, para si, mediante fraude , consistente em inserir uma chapa de coifa em caixas eletrônicos, R$ 1.000,00 (mil reais), pertencente a Rafael Ribeiro Miranda da Silva, e R$ 220,00 (duzentos e vinte reais), pertencente a Umberto Antônio Cazarin. Infere-se das peças coligidas até o momento que, no dia dos fatos, em momentos distintos, as vítimas Umberto Antônio Cazarin e Rafael Ribeiro Miranda da Silva deslocaram-se até a aludida instituição financeira para realizar depósitos bancários. Durante as operações, ao colocarem envelopes de depósito nos caixas eletrônicos, os ofendidos foram surpreendidos com uma mensagem de erro na operação, bem como pela retenção do valor inserido. À luz de tais acontecimentos, ambos foram até a Delegacia de Polícia e noticiaram o ocorrido (p. 15 e p. 16). Em diligências, uma equipe da Polícia Militar localizou, nos caixas eletrônicos apontados pelas vítimas, duas chapas de coifa, vulgarmente conhecidas como 'felipetas' , instaladas no local de inserção do envelope. Tais instrumentos burlavam a vigilância das vítimas sobre a 'res', pois ocasionavam um erro de operação e faziam com que elas se afastassem do bem, átimo em que o denunciado se apoderava do 'quantum' depositado. Nessa contextura, os beleguins passaram a monitorar o local, no afã de prender o autor dos delitos. Por volta das 23 h, os castrenses notaram que o increpado adentrou o comércio e, em posse de um alicate, retirou dois envelopes de depósito, contendo, no interior deles, R$ 1.000,00 (mil reais) e R$ 220,00 (duzentos e vinte reais), dos mencionados caixas eletrônicos. Ato contínuo, os policiais abordaram o denunciado e, em revista pessoal, localizaram os objetos furtados, duas chapas de coifa, dois alicates, uma chave de fenda e R$ 1.440,00 (mil, quatrocentos e quarenta reais) em espécie na carteira dele."* (0014332-68.2014.8.12.0002 – Inquérito Policial).

A prisão de Rodolfo foi decretada para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Tenho que não há o que se falar em revogação da prisão preventiva.

Verifica-se que o paciente veio de São Bernardo do Campo-SP para Dourados-MS somente para praticar o referido delito, instalando no caixa eletrônico de instituição bancária sistema de bloqueio de envelopes de depósito capaz de prejudicar inúmeras pessoas.

Insta salientar que Rodolfo responde pela prática de delito similar no Estado de São Paulo (f. 23), havendo reiteração delitiva.

Outrossim, conforme acima consignado Rodolfo reside em São Bernardo do Campo-SP e não comprovou exercer qualquer atividade laborativa, uma vez que não consta assinatura no documento de f. 27 e nem o CNPJ e a inscrição na Junta Comercial de São Paulo da Gonçalves Imóveis e Condomínios.

Portanto, como o paciente é "especializado" em furtos a caixas eletrônicos de bancos, vindo de outro Estado somente para praticar tal delito, mantida a sua prisão cautelar, visando a proteção da ordem pública.

> Por derradeiro, *"A possibilidade real do acusado voltar a delinquir caso seja posto em liberdade afasta, igualmente, a aplicação de medida cautelar menos gravosa do que a prisão ao réu, conforme previsto no art. 319 do CPP, conferida após o advento da Lei n. 12.403/11."* (STJ. HC n. 294.199/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014).

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, MS, 02 de dezembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0000122-10.2013.8.12.0014 - Maracaju
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – DECOTE DE QUALIFICADORAS – POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – MANUTENÇÃO DA QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL PELA MULTIPLICIDADE DE LESÕES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para caracterização do motivo torpe, não basta a acusação dizer na denúcia que o denunciado resolveu vingar-se da vítima em razão de desavença anterior e que tal afirmação caracterizaria a qualificadora, sendo necessário indicar que o motivo do crime é desprezível, vil, imoral, o que de pronto não restou demonstrado nos autos.

2. Deve ser mantida a qualificadora de meio cruel, haja vista a multiplicidade de lesões, se foram desferidas nove facadas na vítima, indicando que o delito foi praticado com brutalidade extrema.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente 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 maioria, em parte contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso para restabelecer a qualificadora do meio cruel, nos termos do voto da Relatora (Desª. Maria Isabel), vencido o 2º Vogal (Des. Dorival Moreira), que o improvia.

Campo Grande, MS, 16 de outubro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Ministério Público Estadual interpôs recurso em sentido estrito manifestado seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju que pronunciou Lucas Riquelme Monteiro como incurso nas sanções do art. 121, *"caput"*, do CP, porém, afastou as qualificadoras do motivo torpe (§ 2º, I) e do meio cruel (§ 2º, III).

O Recorrente, em sua razões recursais, alega que na decisão de pronúncia compete ao julgador apreciar apenas a viabilidade da acusação formulada na denúncia, não podendo excluir, de plano, as qualificadoras demonstradas nos autos pois tal análise deve ficar a cargo do Conselho de Sentença.

Pondera que haveria no processo elementos capazes de demonstrar que o recorrente agiu por vingança, vez que tinha desavença anterior com a vítima, o que evidenciaria a qualificadora do motivo torpe. Aduz ainda que o meio cruel estaria demonstrado pelo número de golpes de faca que atingiram a vítima.

Assim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconhecer as qualificadoras previstas nos incisos I e III, do art. 121, § 2º, do CP, postergando a apreciação da matéria ao Tribunal do Júri (f. 137/144).

O Recorrido, em contrarrazões de f. 148/155, pugna pelo improvimento do recurso sustentando que as qualificadoras não ficaram demonstradas na instrução criminal.

Em juízo de retratação, a decisão restou mantida por seus próprios fundamentos (f. 156).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, em parecer que recebeu a seguinte ementa (f. 164/168):

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PRONÚNCIA QUE AFASTOU AS QUALIFICADORAS – QUALIFICADORAS QUE DEVEM SER SUBMETIDAS AO TRIBUNAL DO JÚRI – PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO."*

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual manifestado seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju que pronunciou Lucas Riquelme Monteiro como incurso nas sanções do art. 121, *"caput"*, do CP, porém, afastou as qualificadoras do motivo torpe (§ 2º, I) e do meio cruel (§ 2º, III).

Colhe-se dos autos que Lucas Riquelme Monteiro foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I (torpe) e inciso III (meio cruel), do CP, pois no dia 23/09/2012 desferiu facadas contra a vítima Mácio Domingos da silva, causando-lhe ferimentos que causaram-lhe a morte. Extrai-se da denúncia a seguinte situação fática (f. 01/03):

> *"(...) Segundo restou apurado, no local e hora do fato, o denunciado estaria andando por uma rua escura, quando foi surpreendido pela vítima, a qual teria investido contra o mesmo. Em ato contínuo, o denunciado, que se encontrava de posse de uma faca, passou a desferir golpes contra a vítima, causando-lhe as lesões descrita às fls. 18/22, que culminaram em sua morte.*
>
> *Conforme se verifica no laudo de exame necroscópico, a vítima recebeu nove golpes de faca, circunstância que deixa claro o excesso doloso na conduta criminosa do denunciado.*
>
> *Consta dos autos que, o denunciado e vítima tinha desavenças anteriores, razão pela qual o denunciado no dia dos fatos resolveu se vingar da vítima.*
>
> *O crime foi praticado com a utilização de meio cruel, vez que a vítima foi atingida por inúmeros golpes de faca na face, costas, tórax e abdômen, causando um sofrimento desnecessário e atroz à vítima (...)".*

Findo o Sumário da Culpa (*"Judicium accusatione"*), o Recorrido foi pronunciado pelo crime de homicídio simples, conforme sentença de f. 131/134, na qual constou:

> *"(...) No que tange à autoria do delito, a realidade dos autos indica existir indícios suficientes de sua existência, porquanto o réu confessou ter sido o autor do crime, embora alegue a legítima defesa (áudio de fl. 87), de maneira a reiterar a versão de que a vítima o estava ameaçando de morte e, assim, ao se encontrarem na rua a vítima tentou esfaqueá-lo, todavia conseguiu pegar a faca da vítima e a golpeou.*
>
> *Ocorre que inexistindo prova extreme de dúvida quanto à presença dos requisitos da legítima defesa, tal instituto deve ter sua apreciação reservada ao Egrégio Tribunal do Júri, tendo em vista a vigência do princípio 'in dubio pro societate'. Isso porque as testemunhas ouvidas em juízo (fl. 87), não souberam dizer os motivos do crime, nem tampouco presenciaram o fato. (...)*
>
> *Adiante, a qualificadora da vingança deve ser excluída, pois não há nos autos qualquer prova de que o réu tenha cometido o crime para se vingar da vítima.*
>
> *Também deve ser excluída a qualificadora da crueldade, uma vez que a mera reiteração de golpes não pode ser considerada como tal, haja vista a inexistência de provas de que fora utilizada com o intuito de provocar sofrimento à vítima, apesar do estado em que ficou. (...)"*

Irresignado com a decisão, o Órgão Ministerial de primeira instância argumenta que estaria demonstrado que o Recorrente agiu por vingança, vez que tinha desavença anterior com a vítima, o que evidenciaria a qualificadora do motivo torpe. Aduz ainda que o meio cruel estaria demonstrado pelo número de golpes de faca que atingiram a vítima. Assim, pugna pelo provimento do recurso para o fim de reconhecer as qualificadoras previstas nos incisos I e III, do art. 121, § 2º, do CP, postergando a apreciação da matéria ao Tribunal do Júri (f. 137/144).

Da qualificadora do motivo torpe (inciso I).

Segundo a acusação, a qualificadora do art. 121, § 2º, I do Código Penal deve incidir porque *"o denunciado e vítima tinham desavenças anteriores, razão pela qual o denunciado no dia dos fatos resolveu se vingar da vítima."* (f. 282).

Muito embora o Ministério Público alegue que o motivo do crime seja torpe, a qualificadora não ficou demonstrada razoavelmente, para ser decidida pelo Conselho de Sentença.

Sobre motivo torpe, Rogério Grecco conceitua que *"torpe é o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente"* (*in* Código Penal Comentado, 6º ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012, p. 278).

Torpe é o motivo que ofende gravemente a moralidade média. Ao meu ver, não se pode exigir que o agente tenha consciência de que o motivo que o levou a atuar é torpe, isso porque a valoração dos motivos não depende do réu, devendo ser feita objetivamente, segundo padrões éticos.

A vingança, apesar de ser um sentimento reprovável, não induz, obrigatoriamente, à torpeza, conforme jurisprudência dominante:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. VINGANÇA. VERIFICAÇÃO. (...).*
>
> *I - A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto, de modo que, não se pode estabelecer*

> *um juízo a priori, seja positivo ou negativo. Conforme ressaltou o Pretório Excelso: a vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato. (H.C. n. 83.309/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06/02/2004). (...) Ordem denegada."* (STJ. HC n. 80107-SP. Rel. Min. Félix Fisher, Quinta Turma, Julgado em 25/02/2008).

Para que a vingança apontada pela acusação constitua motivo torpe, imperiosa a análise da realidade fática e circunstâncias noticiadas no processo.

É certo que é vedado ao julgador, nessa fase, valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri, porém no caso presente não há indícios de que a conduta do Recorrido tenha sido motivada por vingança.

Não basta a acusação dizer na denúncia que o denunciado resolveu vingar-se da vítima em razão de desavença anterior e que tal afirmação caracterizaria a qualificadora do motivo torpe, mostra-se necessário indicar que o motivo do crime é desprezível, vil e profundamente imoral, o que de pronto não consta da inicial.

Dos autos consta que realmente existia uma animosidade prévia entre réu e vítima, diante da disputa de guarda do filho da vítima que residia com o réu, mas tal fato, por si só, não demonstra ser o motivo vil ou abjeto.

O acusado Lucas, em ambas as fases processuais, confessou a autoria delitiva, embora tenha agregado à sua fala a alegação de que era ameaçado de morte pela vítima (f. 09 e áudio da audiência de f. 87).

A testemunha Jackson Ferreira Bispo, policial militar, em juízo, não soube precisar as circunstâncias em que o fato ocorreu, afirmando que não estava no local e que sua função seria apenas prender o acusado (áudio da audiência de f. 87).

O também policial Marcelo Alves, narrou que durante um comício político, houve uma discussão entre acusado e a vítima, mas negou ter informação sobre possível desavenças entre eles (áudio da audiência de f. 87).

A testemunha Giuvan de Oliveria Barbosa, policial que ouviu Lucas Riquelme na delegacia, também negou ter conhecimento de desavenças entre réu e vítima (áudio da audiência de f. 87).

Vê-se que a prova testemunhal noticia que o crime foi precedido por uma discussão entre as partes, entretanto, nada menciona sobre vingança como sendo o motivo do crime.

Não há nos autos indícios contundentes da qualificadora do motivo torpe, apenas indicam a existência de prévia animosidade e desavença entre réu e vítima, o que torna presumível para qualquer dos contendores uma tensão ou possível agressão, mas não é capaz de caracterizar o fato do crime ter sido cometido por vingança. Assim, sem prova do alegado motivo de vingança, mantenho o afastamento da qualificadora.

Da qualificadora do meio cruel (inciso III).

Quanto à qualificadora do homicídio cometido mediante meio cruel, deve ser mantida.

Meios cruéis são aqueles que aumentam, inutilmente, o sofrimento da vítima, quer seja física, quer seja moralmente. Rogério Grecco ao definir tal qualificadora, preleciona que *"cruel, ao seu turno, é aquele que causa sofrimento excessivo, desnecessário à vítima enquanto viva"*. (*in* Código Penal Comentado, 6º ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 280).

Assim, para o tipificação do meio cruel é necessário que o delito seja praticado mediante requintes de sofrimento, inflingindo à vítima maus-tratos dispensáveis à sua consumação.

A mera reiteração de golpes, por sí mesma, não qualifica o crime, inclusive assim ficou decidido por esta Câmara no RESE n. 0051186-35.2012, de Relatoria do Des. Dorival Moreira.

Entretanto, em matéria criminal, o contexto fático do delito é de fundamental importância, e o caso em tela mostra situação em que a reiteração de golpes de fato configura a qualificadora em questão.

Os vários golpes de faca sofridos pela vítima geraram elevados números de ferimentos além dos letais, o que é indicativo de que houve um maior padecimento físico ao ofendido.

O laudo de necropsia concluiu que a morte foi provocada por *"ferimento corto contuso atingindo a caixa torácia e ferindo pulmão e cavidade do coração. Devido aos ferimentos também levou a uma hipovolemia"*. Ao descrever as lesões, o perito pontuou que (f. 29/30):

> *"(...) ferimento corto contuso de +-6cm na região inframamária no hemitórax do lado esquerdo. Ferimento atingindo cavidade torácica.*
>
> *Ferimento corto contudo de +-4cm no hemitórax direito atingindo cavidade torácica.*
>
> *Dois ferimentos corto contuso de +-3cm na região axilar esquerda.*
>
> *Ferimento corto contuso de +-6cm na região Deltoidiana do lado esq.*
>
> *Vários ferimentos corto contuso no nariz, face do lado esq. e orelha esq de +- 2cm e 3cm. Ferimento de +- 6 cm na região posterior. (total de +- 9 ferimento corto contuso).*
>
> *Ferimento perfuro contuso na região do omoplata do lado esquerdo, orifício de entrada com orla de contusão.*
>
> *Ferimento irregular no ombro esquerdo sugestivo de orifício de saída. (...)".*

Pela multiplicidade de lesões e pela intensidade com que estas foram causadas, há indicativos de que o delito foi praticado com excesso de brutalidade e causando sofrimento excessivo à vítima, desnecessário até para o objetivo de causar a morte, portanto, em análise superficial, estão preenchidos os contornos típicos da qualificadora.

Não havendo evidência de que o réu não cometeu a infração mediante meio cruel, deve-se manter a qualificadora, que deverá ser analisada mais detalhadamente pelo plenário do júri.

Em caso semelhante, pronunciou-se o TJRS:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL MANTIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.*
>
> *1. A existência do fato restou demonstrada e há suficientes indícios de autoria. Nesta primeira fase processual, vige o 'in dubio pro societate', a sinalizar que a decisão de pronúncia não é juízo de mérito, mas de admissibilidade.*
>
> *(...) 3. Quanto à qualificadora do homicídio cometido mediante meio cruel, não cabe o afastamento. Há indicativos (auto de necropsia) de que tenham sido desferidas diversas facadas (em torno de onze) na ofendida, demonstrando, ao que tudo indica, que*

> *o delito foi praticado com brutalidade e causação de sofrimento desnecessário à vítima. Portanto, inexistindo prova concreta de que o réu não cometeu a infração mediante meio cruel, é plausível manter a qualificadora, que deverá ser analisada mais detalhadamente pelo Plenário do Júri.*
>
> *RECURSO DESPROVIDO."* (TJRS. RESE 70058389974. Rel. Des. Jayme Weingartner Neto. Terceira Câmara Criminal. Julgado em 21/08/2014).

Há indícios de que os inúmeros golpes de faca impuseram desnecessário sofrimento à vítima do homicídio, por isso é conveniente a apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença para que possa dirimir qualquer dúvida sobre o tema, decidindo sobre os fatos imputados.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, tão-somente, para restabelecer a qualificadora do meio cruel.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal).

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal).

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença que pronunciou Lucas Riquelme Monteiro como incurso no art. 121, *caput,* do Código Penal.

Em razões recursais pede o reconhecimento das qualificadoras previstas nos incisos I (motivo torpe) e III (meio cruel) do § 2º do art. 121 do Código Penal.

A Relatora dá parcial provimento ao recurso ministerial para manter a qualificadora do meio cruel.

Divirjo em parte, pois entendo que também não restou configurada a referida qualificadora.

Ao contrário do que alega o recorrente, não é o número/excesso de facadas que caracteriza a crueldade do meio, tal como pretende na peça acusatória. Logo, se a imputação do meio cruel estiver embasada tão-somente na repetição de facadas desferidas contra a vítima, tal qualificadora evidencia-se como manifestamente improcedente, portanto passível de afastamento pelo julgador singular.

Como conceitua Julio Fabbrini Mirabete:

> *"Qualifica também o crime a utilização de meio cruel, que sujeita a vítima a graves e inúteis sofrimentos físicos ou morais, meio bárbaro, brutal, que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima. A reiteração de golpes, por si mesma, não qualifica o crime, mas o faz quando denuncia a crueldade do agente e o sofrimento desnecessário da vítima."*[14]

Oportunamente, como bem diferencia Cléber Masson:

> *"(...) quando a morte poderia ser provocada de forma menos dolorosa. Exemplo: matar alguém lentamente com inúmeros golpes de faca, com produção inicial dos ferimentos em região não letal do seu corpo."*[15]

Não é o caso dos autos, em que segundo está narrado na exordial e no laudo pericial de fls.29-35, as facadas atingiram as seguintes regiões: região inframamária, cavidade torácica, hemitórax direito,

14 MIRABETE, Julio Fabbrini e MIRABETE, Renato N. Código Penal Interpretado, 7. ed., São Paulo: Atlas 2011.

15 MASSON, Cleber Rogério.Direito penal esquematizado:parte especial.2ed.Rio de Janeiro:Forense,2010

axilar esquerda, deltoidiana (ombro), nariz, face, orelha, pescoço e omoplata da vítima, ou seja, em zonas letais, com a única característica de ocasionar a morte do ofendido, sem qualquer elemento que evidencie a conduta de aumentar seu sofrimento.

Neste sentido, o julgado do STJ:

> *"PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, III, DO CP. MEIO CRUEL. REITERADOS GOLPES. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. I - As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do 'iudicium accusationis', se manifestamente improcedentes. (Precedentes do STF e do STJ). II - O meio cruel, previsto no art. 121, § 2º, III, do CP, é aquele em que o agente, ao praticar o delito, provoca um maior sofrimento à vítima. Vale dizer, quando se leva à efeito o crime com evidente instinto de maldade, objetivando impor à vítima um sofrimento desnecessário. Dessa maneira, a multiplicidade de atos executórios ('in casu', reiteração de facadas), por si só, não configura a qualificadora do meio cruel. Recurso desprovido."* (REsp. n. 743.110/MG, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 27/03/2006, p. 322).

No mesmo vértice, a jurisprudência do TJ/RS:

> *"APELAÇÃO. PROCESSO DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DEFENSIVO INTERPOSTO E CONHECIDO NOS TERMOS DO ART. 593, INC. III, ALÍNEA "D" DO CPP. DECISÃO QUE SE MOSTRA CONFORME À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. Negativa de autoria. Prova dos autos que sustenta plenamente o veredito. Réu que admite estar presente mas não ter participado da ação exclusiva e autônoma do corréu, mas que antes confessara, foi chamado à autoria, tinha as vestes ensanguentadas e estava na companhia do imputado coautor logo após, tendo sido o crime praticado por mais do que uma pessoa. Veredito que constitui razoável interpretação da prova. Qualificadora do meio cruel. Não é o número de facadas que qualifica o crime e sim, o maior sofrimento imposto à vítima de modo deliberado, o que não ocorreu no caso. Qualificadora que funcionou como agravante. Quantidade de pena resultante que é adequada às circunstâncias do crime: homicídio qualificado por dissimulação, recurso que dificultou a defesa da vítima e mediante paga. Manutenção do veredito em razão da pena resultante. RECURSO DESPROVIDO."* (Apelação Crime n. 70050817139, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 15/07/2013).

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMÍCIDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (MOTIVO FÚTIL, RECURSO QUE DIFICUTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MEIO CRUEL) CONTRA MAIOR DE SESSENTA ANOS E DELITOS CONEXOS DE LESÃO CORPORAL E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. NÃO ACOLHIMENTO. Há segmento de prova de que o réu praticou o crime em face de a vítima tê-lo convidado a se retirar da residência, motivo totalmente desproporcional, impedindo assim o afastamento da qualificadora do motivo fútil. QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL EM FACE DO NÚMERO DE FACADAS. EXPUNÇÃO DE OFÍCIO. A qualificadora do meio cruel mostrou-se improcedente, uma que inexistiu demonstração de que o número de facadas teve como fundamento causar maior sofrimento a vítima, demonstrando crueldade do acusado. DELITO CONEXO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. TESE DE ATIPICIDADE OU FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA. O fato da arma de fogo estar desmuniciada não afasta a tipicidade da conduta de portá-la ilegalmente em via pública. Outrossim, existência de um lastro probatório mínimo demonstrando a materialidade do crime e os indícios de autoria, devendo, assim, ser mantida a submissão*

> *deste delito conexo à julgamento pelo Tribunal do Júri. LESÃO CORPORAL LEVE. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. SUPRESSÃO DA FORMALIDADE PELO AGIR DA VÍTIMA. Possibilidade de supressão da representação pelo evidente agir da vítima, demonstrando o desejo de ver o réu processado. Recurso parcialmente provido."* (Recurso em Sentido Estrito n. 70047435490, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 30/05/2012).

Pois bem, considerando que a pronúncia é medida de simples admissibilidade, destinado a examinar a existência do crime e indícios de autoria, é que, na hipótese, pode-se afirmar que a qualificadora do meio cruel tão-somente pela repetição de facadas que levaram a graves lesões na vítima deve ser de plano descartada, pois juridicamente desfigurada.

Desse modo, divirjo parcialmente da relatora para manter integralmente a sentença do juiz singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso para restabelecer a qualificadora do meio cruel, nos termos do voto da relatora (Desª. Maria Isabel), vencido o 2º vogal (Des. Dorival Moreira), que o improvia.

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, MS, 16 de outubro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0035800-28.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – AGRAVANTE RECOLHIDO EM PRESÍDIO FEDERAL – PEDIDO PARA CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DA CAPITAL – INCOMPETÊNCIA RECONHECIDA DE OFÍCIO – PEDIDO QUE DEVE SER PROCESSADO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL – AGRAVO NÃO CONHECIDO.

A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente. Inteligência dos arts. 2º e 4º, § 1º da Lei n. 11.671/08.

Incompetência reconhecida de ofício.

Agravo não conhecido.

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, de ofício, não conhecer do recurso, reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para análise do pedido, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, MS, 6 de outubro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora.

RELATÓRIO

A Sra . Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Cícero Lourenço da Silva interpõe agravo em execução penal em face da decisão de fls. 1.106-1.108 dos Autos n. 0826391-92.2013, que indeferiu seu pedido de transferência do presídio federal de Campo Grande/MS para uma unidade prisional estadual desta Capital.

Em razões recursais (fls. 05-20), alega estar recluso no Presídio Federal de Campo Grande/MS, porém, anteriormente cumpria pena no presídio estadual, já havia conseguido inclusive sua transferência, através de permuta, para a Comarca de Rondonópolis/MT.

Sustenta que a transferência para o presídio federal ocorreu com frontal violação dos ditames legais e constitucionais, uma vez que a defesa não foi intimada para se manifestar nos autos, ferindo os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Afirma que o argumento lançado pelo juiz singular, no sentido de ser membro de facção criminosa, não encontra amparo em nenhuma prova constante dos autos, assim como aduz não ter praticado nenhum crime que colocasse em risco sua integridade física no presídio estadual.

Argumenta que a decisão objurgada apenas afirma que foi cumprido o disposto no art. 3º do Decreto n. 6.877/09, mas silencia quanto às violações cometidas no processo de transferência, que afrontaram o disposto na Lei n. 11.671/08.

Por fim, prequestiona o art. 5º da Constituição Federal, Lei n. 7.210/84, Decreto n. 6.877/09, Lei n. 11.671/08 e requer o provimento do recurso para que seja determinado o retorno do agravante para o sistema penitenciário estadual.

Em contrarrazões (fls. 35-45), o *parquet* estadual alega preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de peças fundamentais à instrução do agravo criminal. No mérito, pugna pela manutenção da decisão vergastada, prequestionando, em caso de entendimento diverso, negativa de vigência ao art. 3º do Decreto n. 6.877/09 e arts. 3º e 5º, § 6º, ambos da Lei n. 11.671/08.

A decisão recorrida está acostada às fls. 26-28 dos autos e, em sede de retratação, restou mantida por seus próprios fundamentos (f. 46).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 26-29).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Insurge-se o agravante contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Campo Grande/MS, que indeferiu seu pedido de transferência do Presídio Federal de Campo Grande/MS para uma unidade prisional estadual desta Capital (f. 26-28).

Antes da análise do mérito do presente agravo, cabe reconhecer que a preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada pelo *parquet* estadual, face a ausência de peças necessárias à instrução do agravo, restou superada ante a juntada de documentos pelo Agravante às fls. 26-28.

No que pertine à matéria posta nos autos, destaco os fundamentos lançados pelo magistrado *a quo* ao indeferir o pedido de transferência do Agravante para esta capital (fls. 26-28):

> *"Com efeito, a inclusão e permanência de presos em unidades prisionais federais é possível diante da necessidade de resguardo da segurança pública ou do próprio detento.*
>
> *Nesse sentido, em análise aos fundamentos que embasam a recomendação formulada pela Administração Penitenciária, observa-se que se busca assentar a medida requerida no interesse da segurança da sociedade e do sistema prisional estadual.*
>
> *Note-se que as informações declinadas pela Gerência de Inteligência do Sistema Penitenciário, por meio do Relatório de Inteligência n. 073/161997/12-518112415, datado em 16 de maio de 2013, demonstram que Cícero Lourenço da Silva é membro da organização criminosa Primeiro Comando da Capital-PCC, exercendo influência negativa perante a massa carcerária, tendo inclusive, permanecido sob a custódia da Penitenciária Federal de Catanduvas por duas vezes, nos períodos de 24/08/2006 a 17/07/2008 e de 05/11/2009 a 23/07/2012.*

De acordo com referido relatório, informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Federal do Ministério da Justiça, em operação denominada 'pente-fino', demonstram ligação do reeducando Cícero com o interno Luis Fernando da Costa, vulgo 'Fernandino Beira-Mar', confirmando assim, a alta periculosidade do sentenciado.

Pois bem. A inclusão de preso em unidade prisional federal demanda a constatação de determinadas características, consoante art. 3º do Decreto n. 6.877/09, 'in verbis':

Art. 3º – Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem;

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

(...)

Assim, conclui-se de forma irrefutável que o detento desempenha liderança e participação revelante na organização criminosa e que é necessário cautela com relação a ocorrência de eventual ato de violência ou grave indisciplina do sistema prisional estadual.

Ante o exposto, restando consubstanciada a periculosidade do sentenciado, uma vez que se encontram satisfeitas as elementares previstas no artigo 3º do Decreto n. 6.877/09, acolho a manifestação do Ministério Público para indeferir o pedido da defesa, mantendo assim a decisão que autorizou a transferência do sentenciado Cícero Lourenço da Silva para a Penitenciária Federal de Campo Grande/MS".

A jurisdição é una e pode ser exercida, em abstrato, por todos os órgãos jurisdicionais, contudo, por uma questão prática, em face da impossibilidade material de cada órgão exercer a função jurisdicional em todo o território nacional, e para todos os tipos de matérias a lei impõe limites ao exercício da jurisdição, cumprindo, assim, cada órgão, o exercício da jurisdição segundo determinados parâmetros. Essa distribuição tem por fim garantir que a justiça seja mais ágil e eficaz.

A competência determina em que caso e com relação a que controvérsias cada órgão, em particular, tem o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas. A competência fixa os limites para o exercício válido e regular do poder jurisdicional.

A competência determina a esfera de atribuições dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais.

No caso em questão, verifica-se que este Juízo não é competente para processar e julgar o feito.

Estabelece a Lei n. 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências:

> *"Art. 1º. A inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e a transferência de presos de outros estabelecimentos para aqueles obedecerão ao disposto nesta Lei.*
>
> ***Art. 2º. A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federação da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.***
>
> *Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.*
>
> *Art. 4º. A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória.*
>
> ***§ 1º. A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente****"*. (grifo nosso).

Tratando-se de preso recolhido em estabelecimento penal federal desta Capital, a competência para o presente pedido, formulado em fase de execução de pena, pertence ao Juízo Federal da comarca em que se encontra recolhido.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONTRARIEDADE ENTRE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS. CONTROVÉRSIA SOBRE O LOCAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESO TRANSFERIDO DE UM ESTADO A OUTRO DA FEDERAÇÃO. ATO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS NORMAS REFERENTES À EXECUÇÃO. JUÍZO DO LOCAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. ENTENDIMENTO DO ART. 86, 'CAPUT', E § 3º, DA LEP. RETORNO DO PRESO AO LOCAL DA CONDENAÇÃO. INCONVENIÊNCIA. PRESO DE ELEVADA PERICULOSIDADE. INTERESSE PÚBLICO 'VERSUS' INTERESSE INDIVIDUAL. FINALIDADE DA PENA. ENTENDIMENTO DO ART. 52 DA LEP. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADA. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. MANUTENÇÃO DO PRESO NO LOCAL ONDE ESTÁ CUMPRINDO PENA.*
>
> *1. A relação de contrariedade e de recíproca exclusão entre dois julgados é, embora sem os rigores da técnica processual, suficiente para reconhecer-se a existência do conflito de competência. Situação em que o Juízo suscitado não aceita a permanência do condenado sob sua jurisdição e, ao entendimento de que a pena deve ser cumprida no local da condenação – que é também o meio familiar e social do preso - determina a transferência; o Juízo suscitante não aceita a transferência, ao entendimento de que deve ser evitada a presença do condenado exatamente no meio em que exerce liderança sobre facção criminosa ligada ao narcotráfico – situação em que permanece indefinido o objeto central da controvérsia: o local para o cumprimento da pena.*
>
> *2. A autoridade administrativa tem atribuição legal para atuar no curso da execução, não apenas naquilo que respeita ao exercício do poder disciplinar, como*

também na solução de problemas relacionados à rotina carcerária, em conformidade com as normas regulamentares, mas é da autoridade judiciária a competência para a definição quanto ao local de cumprimento da pena (art. 86, § 3º, LEP).

3. A definição do local de cumprimento da pena deve atender à supremacia do interesse público sobre o interesse individual (aplicação do artigo 86, LEP) e aos propósitos de prevenção geral e especial – positivo e negativo.

4. Condenado que se encontra sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado há um ano e nove meses. Constrangimento ilegal afastado. A melhor exegese a ser levada a efeito quanto ao art. 52, I, 'in fine', da Lei de Execução Penal, no que concerne à possibilidade de se repetir a sanção, pelo prazo de até 1/6 da pena aplicada, no caso de falta grave, é aquela, na qual, a reprimenda estender-se-á na mesma proporção em que vierem ass referidas faltas a serem cometidas.

5. Eventual tensão entre normas de direito posto, em principal as que circundam interesses de dignidade Constitucional, em face à relevância com que se projetam no corpo social, necessita de soluções de sacrifício mínimo aos bens jurídicos conflitantes.

6. O exercício abusivo de um direito fundamental esbarra na rejeição da ordem jurídica presidida pela Carta Magna, em razão da exigência de compatibilização entre as várias esferas jurídicas individuais.

7. Competente para a aplicação das normas referentes à execução é o Juiz sob cuja jurisdição o preso está submetido, ou seja; aquele do lugar em que a pena é cumprida.

8. Conflito conhecido para indicar a competência do Juízo suscitado e determinar a permanência do condenado no estabelecimento onde cumpre pena e a manutenção do regime disciplinar diferenciado." (CC 40.326/RJ, Rel. p/ acórdão Min. PAULO MEDINA, Terceira Seção, DJ 30/3/05).

"PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. LOCAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TRANSFERÊNCIA PARA PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. RENOVAÇÃO DO PRAZO DE PERMANÊNCIA. ART. 10, § 1º, DA LEI 11.671/08. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDADA MOTIVAÇÃO PELO JUÍZO DE ORIGEM. OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PARA ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO PENAL. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DO PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA. MANUTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO PARA APLICAR AS NORMAS DA EXECUÇÃO, COM A MANUTENÇÃO DOS RÉUS NO PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA.

1. Quando as autoridades judiciárias não afirmam nem negam a sua competência para julgar determinado caso, mas havendo efetivamente uma discordância entre elas, não há um conflito nos moldes tradicionais, mas pode configurar, na realidade, conflito.

2. Existe a possibilidade de renovação do prazo de permanência do preso em presídio de segurança máxima, desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 10, § 1º, da Lei 11.671/08.

3. O Juízo de origem deve fundamentar o pedido de transferência dos presos para o presídio de segurança máxima, consoante os arts. 3º e 4º da Lei 11.671/08.

4. Não obstante os direitos individuais garantidos aos presos, o interesse em resguardar a coletividade por vezes se sobressai, preponderando a necessidade de se primar pela segurança pública, justificando a transferência ou a manutenção do preso em presídio de segurança máxima, conforme previsto nos arts. 3º, 4º e 10 da Lei 11.671/08.

> *5. O acompanhamento da execução, quando da transferência de presos para presídio de segurança máxima, cabe ao Juízo Federal competente da localidade em que se situar referido estabelecimento, salvo na hipótese de preso provisório, consoante o art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 11.671/08.*
>
> *6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara de Campo Grande da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, ora suscitado, para acompanhar e aplicar as normas referentes à execução penal para o restante do período de prorrogação em curso."* (CC 110.576/AM, Rel. p/ acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, DJ 09/06/10).

Já foi decidido que este TJMS não possui competência para intervir em processo de execução que tramita perante o juízo da execução penal federal, em decorrência da transferência de condenado para a penitenciária federal. Vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL PROCESSO PENAL INTERNO TRANSFERIDO PARA PENITENCIÁRIA FEDERAL EXECUÇÃO DA PENA MODIFICADA NO TOCANTE AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES INCOMPETÊNCIA DA CORTE ESTADUAL NÃO PROVIMENTO. O Tribunal de Justiça possui jurisdição limitada aos atos emanados da justiça local, sendo incompetente para sanar eventual ilegalidade em processo que tramita perante o juízo das execuções federal, em decorrência da transferência de condenado para penitenciária federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento, ante a declarada incompetência da Justiça Estadual para julgar o pedido originário."*(TJMS. Agravo Regimental n. 4001907-78.2013.8.12.0000/50000, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar. 2ª Câmara Criminal. DJe 31.7.2013).

Desse modo, é competente o juízo da execução criminal da Subseção da Justiça Federal em Campo Grande/MS para decidir sobre a possibilidade da remoção do agravante para a penitenciária estadual localizada nesta Capital, desde que exista vaga disponível.

Assim, entendo ser a Justiça Federal da circunscrição em que se encontra recolhido o preso, o órgão julgador competente para exercer a função jurisdicional relativa aos incidentes surgidos no curso da execução da pena, em observância à disposição do art. 66, letra 'f', da Lei de Execução Penal e aos reiterados acórdãos do STJ sobre a matéria.

Ante o exposto, de ofício, reconheço a incompetência da Justiça Estadual para análise da pretensão e não conheço do presente agravo, devendo os autos serem remetidos para apreciação do juízo competente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, de ofício, não conheceram do recurso, reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para análise do pedido, 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, MS, 06 de outubro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 1602140-43.2014.8.12.0000 – Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – ADOLESCENTE QUE ATUA NA PRÁTICA DELITIVA – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL RESIDUAL – PROCEDÊNCIA.

A adolescente atuou na prática criminosa, de modo que a sua menoridade não foi fundamental para a ação delituosa, sendo crime praticado com o auxílio da própria adolescente, que, ademais, responderá a procedimento da Vara Especializada da Infância, com possível aplicação de medidas simultâneas socioeducativas e de proteção.

Não se trata o caso de hipótese a demandar foro especial, nos termos da Resolução n. 107 de de 30 de abril de 2014, não havendo que se falar em competência da Vara Especializada de Crimes contra Crianças.

Com o parecer. Conflito procedente para retorno dos autos ao Juízo da 4ª Vara Criminal de Campo Grande.

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, julgar procedente o conflito de jurisdição, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, MS, 25 de novembro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora.

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de conflito de competência negativo suscitado pela Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande nos autos de Ação Penal n. 0047226-08.2011.

A Magistrada suscitante aduz que no referido processo o acusado foi denunciado como incurso no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal e no art. 244-B da Lei n. 8.069/90, sendo este último em razão do envolvimento da adolescente P. B. G. de S.

Assevera que a adolescente concorreu ativamente para a prática delitiva, não sendo alvo de tais delitos como vítima, razão pela qual atribui ao Juízo da 4ª Vara Criminal a competência para processar e julgar o feito (fls. 03-04).

Por sua vez, o Juízo suscitado da 4ª Vara Criminal Residual, entendeu que o disposto no art. 3º, inciso II, do Provimento-CSM n. 311/2014, impõe à 7ª Vara Criminal Especial competência para processar e julgar os crimes contra crianças e adolescentes, em razão da especialidade da matéria analisada (f. 02).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento do conflito e reconhecimento da competência do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS para processar e julgar o feito.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (Relatora).

Trata-se de conflito de competência negativo suscitado pela Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande nos autos de Ação Penal n. 0047226-08.2011.

> O Juízo suscitado remeteu os autos à 7ª Vara Criminal de Competência Especial, aduzindo que *"Tendo em vista o teor da Resolução n. 106/2014, bem como, o disposto no art. 3º, inciso II, Provimento-CSM n. 311/2014 e, diante da incompetência deste juízo, determino a remessa destes autos à 7ª Vara Criminal Especial desta Comarca, em razão da competência para processar e julgar feitos decorrentes de crimes contra a criança ou adolescente" (f. 02).*
>
> *"Já o Juízo suscitante, ao receber a ação penal, deu-se por incompetente para processá-la e julgá-la, referindo que 'o 'parquet' denunciou o acusado acima nominado como incurso no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal e no 244-B da Lei n. 8.069/90, sendo este último em razão do envolvimento da adolescente Patrícia Benites Guerreiro de Souza', e que 'questão da vulnerabilidade da referida menor não encontra ressonância no âmbito da competência especializada, deste Juízo, ante o apontamento de que o mesmo concorreu ativamente para prática desse delito de furto qualificado', não sendo 'a adolescente em questão, o alvo de tal delito como vítima, no sentido estrito da palavra."* (fls. 03-04).

O presente conflito deve ser acolhido para firmar a competência do Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

A Resolução n. 106, de 19 de março de 2014 deste Tribunal, alterou dispositivos da Resolução n. 221, de 1º de setembro de 1994, para transformar a Central de Cartas Precatórias na 7ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande:

> *"(...)*
>
> ***Art. 1º** Transformar a Central de Cartas Precatórias Criminais da comarca de Campo Grande na 7ª Vara Criminal com competência para processar e julgar **crimes contra crianças e adolescentes**, as execuções dos julgados originários das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra mulher, bem como dar cumprimento as cartas precatórias criminais de competência da Central ora transformada." destaquei.*

A Resolução n. 221/1994 (com as alterações promovidas pela Resolução n. 107/2014), com o objetivo de dirimir eventuais dúvidas e contrariedades, estabeleceu a competência da 7ª Vara Criminal nos seguintes termos (art. 2º, alínea "z", item 1):

> *"1. **processar e julgar os crimes praticados contra criança e adolescente (em decorrência de sua condição)**, bem como os incidentes processuais, excetuando-se os*

crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados; os crimes decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher; e as infrações de menor potencial ofensivo, ressalvados os casos de conexão e continência;". (Destaquei).

No caso concreto, trata-se de ação penal que visa apurar o delito de furto duplamente qualificado, além do crime de corrupção de menor, em razão dos seguintes fatos relatados na denúncia que ensejou os autos de Ação Penal n. 0047226-08.2011 (fls. 05-06):

"DO PRIMEIRO CRIME – FURTO QUALIFICADO

1. No dia 20.06.2011, por volta das 03h30min, na Rua Rui Barbosa, n. 784, Bairro Centro, nesta Capital, o denunciado EVERTON FABRÍCIO CARRILHO VITAL, juntamente com a adolescente infratora PATRÍCIA BENITES GUERREIRO DE SOUZA, subtraíram para si mediante destruição e rompimento de obstáculo, R$ 50,00 (cinquenta reais) em espécie, de propriedade da empresa/vítima DROGARIA SÃO BENTO.

2. Na ocasião dos fatos, enquanto a adolescente infratora PATRÍCIA BENITES GUERREIRO DE SOUZA vigiava o local na entrada do estabelecimento, o indiciado EVERTON FABRÍCIO CARRILHO VITAL arrombou a porta de entrada/saída, adentrou no interior da drogaria e subtraiu a 'res furtiva' que estava dentro de uma gaveta no balcão de caixa/pagamento, evadindo-se do local em seguida. O indiciado confessou a autoria do crime (fls. 11/12).

Denunciado com atividade criminosa contumaz.

3. O denunciado EVERTON FABRÍCIO CARRILHO VITAL possui atividade criminosa contumaz, sendo vezeiro na prática de crimes, com várias 'passagens pela polícia', razão pela qual está presente a justa causa para sua persecução criminal.

DO SEGUNDO CRIME – CORRUPÇÃO DE MENOR.

4. O crime de furto qualificado praticado pelo denunciado EVERTON FABRÍCIO CARRILHO VITAL, assim o foi na companhia da adolescente infratora PATRÍCIA BENITES GUERREIRO DE SOUZA, sendo esta corrompida por aquele, razão peal qual o denunciado deverá ser responsabilizado pela corrupção da adolescente infratora, nos moldes do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente".

Como se vê, o crime de corrupção de menores refere-se a delito cometido com participação de menor, e não efetivamente contra criança ou adolescente, inexistindo relação direta entre a ação do agente e a condição de hipossuficiência.

Nos termos do que dispõe a referida Resolução n. 107/2014, ao especificar *"em decorrência de sua condição",* restringe a competência da Vara Criminal Especial aos delitos praticados contra adolescentes em sua condição de vulnerabilidade, ou seja, na posição de vítima, o que não se verifica no caso em questão, porque neste caso a adolescente também é sujeito ativo da infração penal, e será julgada pelo mesmo fato na Vara da Infância Especializada.

A adolescente atuou na prática criminosa, de modo que a sua menoridade não foi fundamental para a ação delituosa, sendo crime praticado com o auxílio da própria adolescente que, ademais, responderá e procedimento da Vara Especializada da Infância, com possível aplicação de medidas simultâneas socioeducativas e de proteção.

Não se trata de hipótese a demandar foro especial (que seria a Vara Especializada de Crimes contra Crianças), pois os termos da Resolução n. 107 de 30 de abril de 2014 não permitem tal abrangência de

competência dessa Vara, cogitada para os processos onde crianças e adolescentes são meramente vítimas de crimes, não sendo esse o caso se elas estão em situação de co-autores de delitos.

Nesse caso, o delito praticado pelo adulto deve ser julgado na Vara Criminal Residual e o delito cometido pela adolescente atrairá a competência da Vara da Infância responsável pela apuração do ato infracional e imposição de medidas socioeducativas.

Nesse sentido, este Sodalício posicionou-se:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES – SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA RESOLUÇÃO N. 107/2014 NA COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIAL – VARA RESIDUAL COMPETENTE PARA O JULGAMENTO – CONFLITO ACOLHIDO.*
>
> ***A ação penal que processa crime de tráfico de drogas com a participação de menor de 18 anos e o crime de corrupção de menores conexo não é de competência da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da comarca de Campo Grande, porquanto a condição da menoridade não é a finalidade precípua do sujeito ativo imputável na prática do crime.***
>
> ***Situação não contemplada pela Resolução n. 107, de 30 de abril de 2014, do TJ/MS, que excepciona a atuação da Vara Especializada*** *para os casos em que o crime é praticado essencialmente contra criança e adolescente em decorrência de sua condição de vulnerabilidade.*
>
> *Conflito que se julga procedente, firmando-se a competência do Juízo suscitado para processar e julgar o feito". (CJ n. 1601859-87.2014.8.12.0000 – Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 04/10/14). (Destaquei).*
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.* ***FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES****. VARA ESPECIALIZADA OU VARA RESIDUAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE A PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO COM PARTICIPAÇÃO DE MENOR. SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA RESOLUÇÃO N. 107/2014. COMPETÊNCIA DA VARA RESIDUAL. PROCEDÊNCIA.*
>
> ***Se a denúncia descreve a prática de um crime de furto qualificado com a participação de um menor, não sendo a condição de menoridade decisiva para a ação do agente criminoso, tal situação não foi contemplada pela Resolução n. 107, de 30 de abril de 2014, que excepciona a atuação da vara especializada****.*
>
> *Conflito que se julga procedente, firmando-se a competência do juízo suscitado para processar e julgar o feito."* (TJMS; CJ 1601186- 94.2014.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 05/08/2014). Destaquei.

Os crimes apurados no Processo Criminal n. 0047226-08.2011 não estão inseridos no rol daqueles descritos no art. 2º, alínea "z", item 1, da Resolução n. 107 do TJMS, sendo a competência em razão da matéria da Vara Criminal de Competência Residual.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, julgo procedente o presente conflito negativo de competência, fixando, por consequência, a competência do Juízo suscitado da 4ª Vara Criminal de Campo Grande para processar e julgar a Ação Penal n. 0047226-08.2011.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito de jurisdição, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 25 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0200208-59.2012.8.12.0037 – Itaporã
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO – ARTIGO 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06 – ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA – RECURSO PROVIDO – DE OFÍCIO – RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4°, DA LEI N. 11.343/06.

Há provas da ocorrência do delito de tráfico de drogas, aparentemente, em concurso de pessoas, contudo, não há elementos suficientes do ânimo associativo para caracterizar o delito previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06, porquanto ausente comprovação da estabilidade e da permanência para o cometimento do fato típico.

Considerando a quantidade de droga apreendida (0,25 g de cocaína), a primariedade e a ausência de antecedentes criminais, não há como concluir que faz da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado. Logo, não há qualquer evidência de que se dedicasse à atividade ilícita ou pertença a organização criminosa, motivo pelo qual faz jus a causa de diminuição do artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.

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, MS, 15 de setembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Jeferson Teixeira Sangali foi condenado pelos delitos descritos nos artigos 33, *caput,* 35, *caput,* ambos da Lei n. 11.343/06 c/c 244-B, da Lei n. 8.069/90, c/c 69 e 70, ambos do Código Penal, à pena de 8 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 1.200 dias-multa, em seu valor mínimo.

Irresignado, interpôs apelação criminal, às f. 473-478, sustentando que: "*não há prova acerca da permanência e estabilidade da associação entre o Apelante e o menor, razão pela qual não restará outra solução aos nobres julgares senão a absolvição quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11. 343/2006, em respeito ao princípio do 'in dúbio pro reo' (*f. 477).

Contrarrazões, às f. 481-486, e parecer, às f. 489-492, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Pugna pela absolvição do delito previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06, sendo que quanto ao tema a sentença condenatória foi proferida nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *Lado outro, sustentou a defesa que para o reconhecimento do crime previsto no art. 35, da Lei Antidrogas, seria necessário comprovar o 'animus' associativo. Ora, também este resta bastante claro do conjunto probatório carreado ao bojo destes autos. O denunciado instituiu verdadeira indústria do tráfico, locando imóvel com este fim (pago por ele e 'cedido' ao menor) e mantinha, para o comércio mais esporádico, uma boca na residência que dividia com a mãe (vide depoimento de Jhoni).*
>
> *Fornecia a droga armazenada para o menor com regularidade, mantendo abastecida a 'boca de fumo do Jê'. Comissionava o menor, repartindo com ele os lucros de sua atividade criminosa. Assim, reunidos todos estes elementos não há como se olvidar que resta caracterizada a associação para o tráfico.*
>
> *O tipo previsto no art. 35, da Lei n. 11.343/06, se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada.*
>
> *Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura, com a finalidade de cometer tais delitos. Diante dessas considerações, verifica-se que as razões que motivaram a condenação dos recorrentes pela prática do delito previsto no art. 35, da Lei n. 11.343/06, restaram esposadas pela r. sentença de forma satisfatória e suficiente, concluindo que os acusados teriam se associado de forma reiterada e estável, em organização criminosa, voltada para o tráfico de drogas.*
>
> *Conforme já apontado, as investigações policiais, confirmadas em juízo pelos militares que dela participaram, demonstraram que a associação era estável (tão estável que o denunciado locou imóvel para que o adolescente desenvolvesse com desenvoltura a prática do tráfico de drogas), bem como a mantinha abastecida, de forma que a boca já perdurava a semanas quando de seu desmantelamento.*
>
> *Destarte, estando demonstrado pelo elenco probatório dos autos a associação do denunciado e do adolescente a estável 'societas criminis' dedicada à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, necessária a condenação como incursos no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06."*

Assiste razão a defesa, devendo a sentença ser reformada quanto ao crime de associação para o tráfico.

Sucede que a mera pluralidade de pessoas (imputáveis ou não) é insuficiente para caracterizar a associação nos termos do art. 35 da Lei de Drogas.

Para Renato Marcão[16]: *"é imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável"*.

16 Tóxicos – Lei 11.343, 23 de agosto de 2006 – anotada e interpretada, 8. ed., São Paulo: Saraiva, p.252.

É necessário o "*animus associativo"*, a vontade de se associar independente da vontade de praticar o crime de tráfico em si.

Ademais, são também requisitos a estabilidade e a permanência para caracterizar o crime.

A respeito de tal conduta, o professor Guilherme de Souza Nucci[17] ensina:

> *"Elemento subjetivo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei n. 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum."*

No mesmo modo, completa Luiz Flávio Gomes[18]:

> *"(...) Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo da associação para o tráfico (antigo art. 14, agora art. 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula "reiteradamente ou não" significa somente que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora de crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo."*

Logo, pelos fatos narrados na denúncia e os ensinamentos colhidos, não há como caracterizar o delito de associação ao tráfico, ocorrendo, possivelmente, associação eventual entre o apelante e o adolescente infrator.

Aliás, há provas da ocorrência do delito de tráfico de drogas, aparentemente, em concurso de pessoas, contudo, não há elementos suficientes do ânimo associativo para caracterizar o delito previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06, porquanto ausente comprovação da estabilidade e da permanência para o cometimento do fato típico.

Consigne-se que as declarações prestadas pelo adolescente infrator Rafael Chimenes Sutil de que alugaram um imóvel para a prática do delito e realizavam a divisão dos lucros da mercancia da droga não são suficientes para caracterizar o delito de associação para o tráfico, apenas demonstrando uma coautoria do delito, posto que não há elementos nos autos a comprovar a permanência e a estabilidade.

Com efeito, nada nos autos confirma o vínculo associativo inerente ao tipo penal em comento, havendo indícios de uma possível coautoria na prática do tráfico de drogas, o que não é suficiente para manutenção da condenação pelo delito artigo 35 da Lei n. 11.343/06.

Assim, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, decreto a absolvição do apelante do delito descrito no artigo 35 da Lei n. 11.343/06.

Entretanto, de ofício, observo a necessidade de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.

O magistrado da instância singela afastou a causa de diminuição nos seguintes fundamentos:

17 Leis Penais e Procedimentos Penais Comentados – 3. ed. – São Paulo: RT, p. 335.

18 Legislação Criminal Especial – Ciências Criminais - Volume 6 – São Paulo: RT, p. 210.

> *"Por outro lado, não há que se cogitar da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Dispõe referido dispositivo legal que, "nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".*
>
> *Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira ensinam que:*
>
> *(...)*
>
> *Assim, como visto, para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.*
>
> *E justamente porque fazer da atividade criminosa um meio de vida o denunciado simplesmente não faz jus à referida benesse."*

Não obstante a argumentação lançada pelo magistrado *a quo*, tenho que o apelante preenche os requisitos para desfrutar da benesse prevista no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.

Isso porque não há comprovação de que o apelante dedique-se à atividade criminosa ou integre organização criminosa. Aliás, quanto ao tema cumpre ressaltar que sendo o apelante primário e de bons antecedentes não há como dar guarida ao entendimento de que se dedique a tal tipo de atividade ilícita.

Nesse sentido, leciona o colega paulistano Guilherme de Souza Nucci *in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *verbis*:

> *"Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita."*

Registre-se que a quantidade de droga apreendida – 0,25 g de cocaína - é ínfima, não podendo ser considerada como indicação de que se dedique às atividades ilícitas ou pertença a organização criminosa, principalmente, considerando a primariedade e a ausência de antecedentes criminais, inclusive demonstradas quanto da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, ou seja, não há como concluir que faz da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do artigo 33 da Lei 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado. Logo, não há qualquer evidência de que se dedicasse à atividade ilícita ou pertença a organização criminosa.

Por oportuno:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIABILIDADE – RÉ QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Preenchidos os requisitos legais previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve ser concedida a respectiva causa de diminuição, mesmo quando se tratar de*

razoável quantidade de droga, fator que, por si só, não significa que a ré se dedique às atividades ilícitas ou pertença a organização criminosa." (TJMS. Apelação Criminal 0043140.91.2011.8.12.0000. Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes. Julgado em 29.11.2012).

Assim, o apelante preenche todos os requisitos para desfrutar da causa de diminuição do tráfico privilegiado, motivo pelo qual aplico a redutora da pena.

Quanto a fração a ser aplicada, tenho que: "*se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução*[19]."

Portanto, analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal consideradas favoráveis ao apelante, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida (0,25 g de cocaína), tenho que resta cabível a fração de 2/3 do artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06, restando-a fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 167 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente a data dos fatos, que a torno definitiva ante a ausência de circunstâncias modificativas.

Atendendo aos critérios do art. 33, § 2º, 'c', e do art. 44, ambos do Código Penal, bem como a moderna jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF, HC 111.840/ES e HC 97.256/RS), de acordo com a nova pena fixada, altera-se o regime para o aberto e concedo a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo, a fim de absolver, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, o apelante Jeferson Teixeira Sangali do delito descrito no artigo 35 da Lei n. 11.343/06, bem como, de ofício, aplico-lhe a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06, restando-o definitivamente condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e 167 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente a data dos fatos, sendo que concedo a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

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. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 15 de setembro de 2014.

***

19 AgRg. no *H.C.* n. 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi ─ Desembargador Convocado do TJ/SP ─, julgado em 23.11.2010, DJe 6.12.2010.

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1411602-08.2014.8.12.0000 - Ivinhema
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO TEMPORÁRIA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NA LEI N. 7.960/89 – PRISÃO IMPRESCINDÍVEL PARA A INVESTIGAÇÃO – ORDEM DENEGADA.

É admissível a prisão temporária para a apuração do crime de homicídio qualificado pelo prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, comprovada a necessidade, quando a segregação for indispensável para a investigação criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, MS, 29 de setembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Os advogados Dalgomir Buraqui, Gustavo Furtado e Janiane Aparecida de Carvalho impetram *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor do paciente Noel Rodrigues, apontando como autoridade coatora o Juizo da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema.

Narram que o paciente foi preso temporariamente pelo suposto cometimento do delito de homicídio, sendo que ausentes motivos para manter a prisão temporária, "*seja porque não há indícios de sua conduta delituosa, seja porque o Inquérito Policial já esteja encerrado, haja vista, se tratar de réu preso, findando em dez dias após a prisão*."

Esclarecem que o sobrinho do paciente – Izaias Rodrigues Júnior - confessou perante a autoridade policial a autoria do delito, bem como sustentou que o cometeu sem auxílio de terceiros e em legítima defesa.

Assim, requerem a concessão da liminar para que seja expedido o alvará de soltura em favor do paciente.

Liminar indeferida, à f. 78.

Informações prestadas, às f. 82-84.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 86-90, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Os impetrantes almejam a revogação da prisão temporária decretada em desfavor do paciente Noel Rodrigues, sustentando que ausentes os motivos ensejadores para a manutenção do cárcere.

Inicialmente, cabe destacar que para a decretação da prisão temporária, necessário se faz que o crime supostamente praticado pelo indiciado, seja um dos elencados no inciso III, do art. 1º, da Lei n. 7.960/80, bem como deve a segregação ser imprescindível para a investigação do inquérito policial, conforme determina o inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Ainda, de acordo com o que dispõe o art. 2º, da Lei n. 7.960/80, c/c o § 4º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, o prazo da prisão temporária é de 5 dias ou 30 dias para os crimes hediondos, sendo prorrogável por igual período, demonstrada a necessidade.

In casu, denota-se que o paciente está sendo investigado pelo crime de homicídio qualificado, sendo, portanto, cabível a prisão temporária à espécie.

Também, não foi expirado o prazo de permanência no cárcere, tendo em vista que o crime pelo qual está sendo investigado prevê o prazo de 30 dias, com possibilidade de prorrogação por igual período.

Assim, tem-se que a autoridade apontada como coatora, acolhendo representação formulada pela autoridade policial, entendendo evidenciada a existência do crime de homicídio qualificado, bem assim presentes indícios da autoria, decretou a prisão temporária ante a necessidade para as investigações do inquérito policial.

Instada a se manifestar a autoridade apontada como coatora informou:

> *"Presto-lhe as informações requisitadas concernentes ao habeas corpus acima mencionado.*
>
> *A autoridade policial requereu a prisão temporária de Noel Rodrigues e Izaias Rodrigues Júnior em virtude de que os elementos colhidos na investigação que apura a autoria do homicídio de Magno Rodrigues Lopes indicam que eles são os autores do delito. Assim, foi decretada a prisão dos investigados.*
>
> *Dias antes do crime, Elias Rodrigues, tio de Izaias e irmão de Noel, foi vítima de homicídio cuja autoria provável recai sobre Valdecir Soares da Silva, que se encontra preso preventivamente em razão do fato.*
>
> *Magno Rodrigues Lopes era amigo pessoal da Valdecir e, segundo admitido por Izaias, havia comentários de que o autor do homicídio de Elias Rodrigues seria, na verdade, Magno, o que motivou seu assassinato.*
>
> *Izaias Rodrigues, pai de Izaias Rodrigues Júnior, relatou em seu depoimento na Delegacia de Polícia que seu filho entrou em contato via telefone e disse ter matado Magno. Já Sirlei dos Anjos do Nascimento (esposa de Valdecir Soares da Silva) afirmou que após o homicídio de Elias, Noel foi até a sua casa, a procura de seu marido, ocasião em que portava um revólver e pretendia vingar a morte de seu irmão.*
>
> *Os investigados sumiram após a morte de Magno, apresentando-se depois de dois dias dos fatos. Estão presos desde 5.9.2014, sendo que dia 19.9.2014 fora deferida busca e apreensão em algumas residências para a localização da arma do crime e da motocicleta utilizada no delito.*

> *Noel requereu a revogação da prisão, com base na confissão de Izaias, dizendo que cometeu o crime sozinho, o que, porém, não foi acatado por este Juízo, que considerou que dita confissão isolada não é capaz de ilidir, de plano, os demais indícios de prova que apontam o paciente como autor do crime. Por isso, embora o ora paciente tenha confessado a prática do crime, necessária a manutenção de sua prisão temporária até a finalização das investigações ou do prazo prisional, com a finalidade de possibilitar esclarecimentos acerca das circunstâncias do delito.*
>
> *Assim, há fortes indícios de que Noel e Izaias Rodrigues Júnior sejam os autores da prática delitiva, o que legitimou a decretação da prisão temporária dos investigados, haja vista que imprescindível para as investigações do inquérito policial, já que desapareceram logo após a ocorrência dos fatos, assim como em razão de que soltos certamente prejudicarão as investigações, vez que as testemunhas do crime são membros do bairro onde vivem os investigados, que ficarão temerosas em prestar informações à polícia diante da barbariedade do delito.*
>
> *Logo, em que pesem as considerações do impetrante, a decisão que respalda a prisão preventiva está bem fundamentada, justificando, 'quantum satis', a segregação. Com efeito, nela são apontados os elementos objetivos que comprovam a imprescindibilidade da segregação cautelar, tudo em conformidade com o artigo 312 do Código de Processo Penal."*

Pelas esclarecedoras informações prestadas tenho que a prisão temporária do paciente deve ser mantida, posto que está alicerçada em fortes indícios de que Noel participou do delito de homicídio qualificado que vitimou Magno Rodrigues Lopes.

Consigne-se que o fato de o seu sobrinho Izaias Rodrigues ter confessado o delito e sustentando que o cometeu sem auxílio de seu tio, ora paciente, fato é que, conforme exposto pela autoridade apontada como coatora, "*Sirlei dos Anjos do Nascimento (esposa de Valdecir Soares da Silva) afirmou que após o homicídio de Elias, Noel foi até a sua casa, a procura de seu marido, ocasião em que portava um revólver e pretendia vingar a morte de seu irmão*."

Ademais, o fato de ter empreendido fuga logo após os fatos, bem como diante da necessidade de maiores esclarecimentos quanto ao delito, demonstram a imprescindibilidade do encarceramento para elucidar o fato delituoso.

Assim, presentes o *fumus comissi delicti* (indicação suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (fuga após os fatos e necessidade de maiores elucidações do fato criminoso) mantenho a decisão que decretou a prisão temporária.

Por oportuno:

> *"HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. REQUISITOS DIVERSOS DA PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DEMONSTRADA A IMPRESCINDIBILIDADE PARA A INVESTIGAÇÃO POLICIAL. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. A prisão temporária tem como objetivo possibilitar, de forma imprescindível, a investigação policial, exigindo-se requisitos próprios e específicos (Lei Federal 7.960/89), diferentes da prisão preventiva que tem como escopo outras garantias, motivo pelo qual é incabível, no caso, a discussão acerca dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. A imprescindibilidade da medida foi comprovada por meio da demonstração da dificuldade que a liberdade do paciente causa à condução das investigações, tendo em vista que estaria coagindo testemunhas, tanto é que só foi possível obter dados consistentes acerca da autoria por meio da garantia de sigilo de*

alguns depoimentos. 3. Uma vez que a prisão temporária possibilitará o desenvolvimento do acervo probatório apto a deflagração da ação penal, pois permitirá a colheita de demais esclarecimentos necessários e possibilitará que outras testemunhas sintam-se seguras para revelar o que sabem sobre o fato, deve ser mantida a medida. 4. Acolhido o parecer da Procuradoria de Justiça. 5. Ordem denegada." (Acórdão n. 819240, 20140020198888HBC, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 11/09/2014, Publicado no DJE: 16/09/2014. Pág.: 217).

Consigne-se que eventual condição subjetiva favorável não é, por si, suficiente para a revogação da prisão temporária ou aplicação de medidas cautelares diversas do encarceramento, principalmente pelo fato de *in casu* restar demonstrada a necessidade, no momento, do cárcere provisório para a investigação criminal.

Ante o exposto, com o parecer, denego a presente ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, MS, 29 de setembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1413589-79.2014.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS (1,295 KG DE MACONHA) – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP - INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO – EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos nos artigos 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal, prestigiando assim o princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Não havendo indicação concreta no caderno processual de que o paciente solto voltará a delinquir ou que seja uma ameaça ao meio social ou testemunhas, que o delito tenha causado repercussão social, ou, ainda, qualquer outro motivo que tivesse abalado a ordem pública, há constrangimento ilegal no decreto ou na manutenção da custódia cautelar.

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, conceder em parte a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 11 de novembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Os advogados Estefan Martins Lopes, Estevão Martins Lopes e Gabriele Martins Utumi impetram ordem de *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor do paciente Bruno Jeferson Quirino Magre, apontando como autoridade coatora o Juiz da Vara Criminal da Comarca de Naviraí – MS.

Narra que o paciente foi preso em flagrante no dia 7 de outubro de 2014 por, supostamente, ter praticado o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, porquanto na posse de 1,295 kg (um quilo e duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha, sendo que não restam presentes os requisitos do artigo 312 do CPP devendo, portanto a prisão cautelar ser revogada.

Por fim, traz que o paciente possui condições subjetivas favoráveis, além de que o artigo 44 da Lei 11.343/06 é inconstitucional.

Assim, requer a concessão da liminar, a fim de que seja concedida a liberdade provisória ao paciente ou aplicada medida cautelar alternativa.

A liminar foi indeferida, às f. 47-48.

Informações prestadas, às f. 52-53, e documentos juntados, às f. 54-71.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 73-77, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva foi proferida nos seguintes termos, consoante f. 58-60:

> *"(...)*
>
> *Seja como for, estão presentes os requisitos da preventiva.*
>
> *Com efeito, há prova do fato e indícios suficientes de autoria ('fumus boni iuris'). Presente, ainda, o 'periculum libertatis'.*
>
> *Consta dos autos que o autuado foi flagrado portando 1,295 Kg (um quilo e duzentos e noventa e cinco gramas da substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha, que teria sido adquirida momentos antes de sua prisão na Praça Euclides Antônio Fabris, nesta cidade.*
>
> *Pois bem, a segregação cautelar do autuado se faz necessária tanto para a garantia da ordem pública, como para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.*
>
> *É de se ter em mente que a garantia da ordem pública, pode ser extraída do binômio: gravidade concreta do delito + risco de reiteração criminosa, conceito este que a doutrina e jurisprudência atuais interpretam de maneira restritiva, disciplinando-a como vetor de reprodução de fatos criminosos. Nos crimes de tráfico há que se considerar, com atenção especial, a lesividade que esse delito gera na sociedade, mormente no presente caso, onde o requerente foi surpreendido com aproximadamente 1,295 Kg (um quilo duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha, denotando-se a gravidade concreta do crime, de forma que a decretação da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada.*
>
> *Ainda, a reiteração criminosa esta estampada pois, não há qualquer elemento que demonstre que o requerente possui ocupação lícita.*
>
> *Por fim, ressalte-se que tal medida ainda se justifica para assegurar a aplicação da lei penal, bem como para conveniência da instrução criminal, uma vez que não há nada que vincule o autuado ao distrito de culpa, eis que o mesmo alega residir na cidade de Ivinhema - MS, de maneira que sua segregação é necessária para obstar eventual fuga.*
>
> *Não há nada, enfim, que vincule o autuado ao distrito da culpa, de maneira que a prisão cautelar é necessária para conveniência da instrução criminal, bem como para assegurar a aplicação da lei penal."*

Ainda, pleiteada a revogação da prisão preventiva, esta foi indeferida, reproduzindo a decisão acima, bem como esclarecendo que:

> *"Como se vê, a decretação da prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada e, ainda que o requerente reúna condições pessoais tais como, primariedade, bons antecedentes, trabalho lícito e residência fixa, por si só, tais não garantem o benefício se estão presentes os requisitos da medida preventiva, como já elencados na decisão acima mencionada, em especial para garantia da ordem pública, ante a apreensão da grande quantidade de droga (1,295 Kg de maconha), o que denota a gravidade concreta dos fatos, que envolveu, inclusive, a participação de um menor de idade.*
>
> *Assim sendo, por não preencher os requisitos necessários, o pedido sub examine não merece ser acolhido."*

Infere-se das decisões acima que a prisão do paciente estaria amparada na necessidade da garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Sucede que estas fundamentações não são concretas e idôneas para embasarem a custódia preventiva do paciente.

É que a prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos nos artigos 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal, prestigiando assim o princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Assim, ressalta-se que, no caso dos autos, as fundamentações expostas não se mostram razoáveis para embasarem a custódia cautelar do paciente.

A prisão preventiva não pode estar assentada no risco presumido ou no potencial de gerar instabilidade na sociedade, uma vez que a mera suposição de reiteração de prática criminosa não é meio idôneo para sustentar a imprescindibilidade da prisão antes da sentença penal irrecorrível. Ademais, a quantidade de droga apreendida (1,295 kg de maconha) não é de grande monta de forma a abalar a ordem pública.

Desta forma, embora haja materialidade delitiva e indícios de autoria, não há indicação concreta no caderno processual de que o paciente solto volte a delinquir ou que se furte de sua responsabilidade quanto ao comparecimento aos atos do processo.

As circunstâncias não são anormais à espécie delituosa, eis que a utilização de jovens primários para o transporte de drogas é frequente meio e até que seja provada a autoria criminosa, prevalece a presunção de inocência.

Registre-se que o paciente possui requisitos subjetivos favoráveis, com indicação também de residência fixa e ocupação lícita na cidade de Ivinhema/MS.

Embora o paciente não mantenha seu domicílio no distrito da culpa, ou seja, em Naviraí, não se poderia mantê-lo cautelarmente preso somente por esta razão.

Nesse sentido, a Corte Superior de Justiça assentou:

> *"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE IDÔNEOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE LIGAÇÃO COM O DISTRITO DA CULPA. RESIDÊNCIA FIXA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. DENÚNCIA NÃO OFERECIDA. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.*

> *1. O fato de o paciente manter residência fixa em outro Estado da Federação, sem guardar relação com o distrito da culpa, não constitui fundamento idôneo a justificar a decretação de sua custódia cautelar (Precedentes do STJ).*
>
> *2. Não havendo elementos suficientes para o oferecimento da inicial acusatória, não se pode falar em decretação da prisão preventiva do investigado, uma vez que a materialidade do delito e suficientes indícios de autoria são pressupostos para a imposição da medida de cautela, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal.*
>
> *3. Ordem concedida, nos termos do provimento liminar."* (HC n. 121.572/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 03/08/2009).

Como dito alhures, a necessidade da garantia da ordem pública tampouco poderá estar embasada na descrição da própria conduta imputada, ou seja, da infração ao injusto penal, pois esta não se trata de fundamentação idônea para se estabelecer e manter qualquer paciente cautelarmente no cárcere.

É cediço que o sistema prisional hoje abriga uma superpopulação de presos provisórios em completo desrespeito à Constituição e à lei, impondo-se a verificação rígida e concreta quando da intervenção na liberdade.

Assim, não se verifica abalada a ordem pública, não resta demonstrada a necessidade de manutenção no cárcere para a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Registre-se que o paciente é primário e possui 19 anos, sendo que em uma eventual condenação, considerando a menoridade relativa e a provável aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06, mesmo considerando que possa ser denunciado pelos delitos descritos no artigo 244-B do ECA e no artigo 33, da Lei 11.343/06, possivelmente será aplicado regime prisional inicial diverso do fechado.

Portanto, contra o parecer, concedo a ordem para revogar a prisão preventiva decretada contra Bruno Jeferson Quirino Magre, que deverá prestar compromisso de comparecer sempre que chamada for, bem como não alterar seu endereço sem comunicação prévia ao juízo.

Expeça-se alvará de soltura, se por "*al"* não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam em parte a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, MS, 11 de novembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0002817-79.2004.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, art. 121, § 2º, INCISO IV C.C. ARTIGO 14, INCISO II) – PRONÚNCIA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – VEDAÇÃO DE JUÍZO DE CERTEZA – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – DE OFÍCIO, AFASTARAM A QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA.

Deve ser mantida a pronúncia que esteja alicerçada em provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, conquanto, nessa fase de prelibação, é vedada a solução definitiva da controvérsia, sob pena de usurpação da competência constitucionalmente prevista ao Tribunal do Júri.

Não é qualquer ação rápida do agente que autoriza a conclusão de que a vítima tenha sido surpreendida, de modo a lhe impossibilitar ou dificultar a defesa. Uma interpretação demasiada extensiva do inciso IV do § 2º do art. 121 do CP implicaria a qualificação de praticamente qualquer delito de homicídio. Diante disso, consolidou-se o entendimento de que, ainda que a deflagração do *iter criminis* da empreitada delituosa seja marcada pela rapidez da ação do acusado, não há que se falar em recurso que dificultou a defesa da vítima se esta tinha uma razoável previsibilidade do ataque por parte daquele e, assim, possibilidade de se antecipar à ofensa.

Recurso não provido. De ofício, afastaram a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

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, MS, 15 de setembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Adelso Aparecido Pereira dos Reis interpõe recurso em sentido estrito (f. 279-288) irresignado com a decisão (f. 269-273) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Amambai, nos Autos n. 0002817-79.2004.8.12.0004, que o pronunciou como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

Postula a despronúncia alegando falta de prova de materialidade e indícios de autoria. Alternativamente, requer a desclassificação da imputação para o delito de lesão corporal.

O representante do Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Adelso Aparecido Pereira dos Reis interpõe recurso em sentido estrito (f. 279-288) irresignado com a decisão (f. 269-273) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Amambai, nos Autos n. 0002817-79.2004.8.12.0004, que o pronunciou como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima).

Postula a despronúncia alegando falta de prova de materialidade e indícios de autoria. Alternativamente, requer a desclassificação da imputação para o delito de lesão corporal.

O representante do Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

Insubsistente o recurso.

A pronúncia, como decisão provisória nos casos de crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri, assume a essencial função de delinear os limites da acusação e se esta será deduzida em Plenário, cabendo-lhe, nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, limitar-se: *"à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena"*.

Sujeita-se, portanto, ao juízo de probabilidade, calcado na prova da materialidade e indícios verossimilhantes de que o acusado tenha atentado ou contribuído para atentar, em tese, dolosamente contra a vida de outra pessoa.

Veda-se ao magistrado, nessa fase de prelibação, a emissão de juízos de certeza ou de pleno convencimento acerca da controvérsia instalada, sob pena de, com isso, incorrer na usurpação da competência constitucional do Conselho de Sentença (cf. AgRg. no REsp. n. 842.090/RS, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008; *H.C.* n. 53.888/PR, Relator o Ministro Félix Fischer, DJU 21/5/2007; AgRg. no Ag. n. 907826 / SC, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 11.02.2008).

In casu, consta da denúncia oferecida contra o apelante o seguinte:

> *"(...) no dia 06 de junho de 2000, por volta de 1 hora, na Rua Alberto Mariano, s/n., na frente do estabelecimento comercial denominado 'Bar Azul', nesta cidade e comarca de Amambai/MS, ADELSON APARECIDO PEREIRA REIS, munido de uma arma de fogo e agindo com 'animus necandi', desferiu tiros contra Benedito Gonçalves da Silva, produzindo-lhes as leões descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 34/35 e 38, apenas não causando-lhe a morte por circunstâncias alheias a sua vontade.*

> *Consta ainda que ADELSON APARECIDO PEREIRA REIS cometeu esse desarrazoado crime por motivo fútil, pois tentou assassinar a vítima sem externar motivos.*
>
> *Consta, por derradeiro, que ADELSON APARECIDO PEREIRA REIS agindo de forma inopinada e sem demonstrar sua intenção, agiu com recurso que dificultou a defesa da vítima.*
>
> *Segundo restou apurado, na data e local dos fatos, o denunciado ADELSON APARECIDO PEREIRA REIS, após sair do botequim denominado 'Bar Azul', viu que a vítima permanecia em seu interior e, em brados, chamou-a para conversarem do lado de fora.*
>
> *Neste momento, investido de ânimo homicida, o denunciado, de inopino, sacou uma arma de fogo que trazia consigo e, sem motivos, desferiu tiros certeiros contra a vítima, que logo foi ao solo.*
>
> *Destaca-se que a vítima somente não morreu em razão do pronto atendimento médico e cuidados hospitalares recebidos."*

O laudo de exame de corpo de delito de p. 52-53, produzido de acordo com artigo 159 do CPP, comprova que a vítima Benedito Gonçalves da Silva sofreu *"ferimentos perfuro contuso abdominal por projetil de arma de fogo"*, sendo a perícia conclusiva no sentido de que a lesão, classificada como de natureza grave, gerou perigo de morte. O fato de ter sido confeccionado pouco mais de quatro meses após a data do crime não retira o valor probatório do documento, sobretudo se seu conteúdo não foi infirmado. Ainda, foi acostado um segundo laudo de exame de corpo de delito produzido por perito nomeado (f. 54-55), o qual, embora lavrado quase dois anos depois do fato, é harmônico com aquele primeiro. Assim, ao contrário do que alega a defesa, a materialidade delitiva está comprovada.

De sua parte, ao contrário do que alega a defesa, há indícios suficientes de autoria. Durante a fase policial, a vítima disse ter sido atingida por disparos de arma de fogo produzidos por "Tito" (p. 18). Em juízo, ademais, foi ouvido o policial que prestou os primeiros socorros ao ofendido, o qual assegurou que pôde ouvir da boca deste a assertiva de que o ofensor era a pessoa de "Tito". O réu, em seu interrogatório, admitiu ser conhecido pela indigitada alcunha, o que foi confirmado por uma testemunha de defesa. Tais elementos inviabilizam a almejada despronúncia.

A defesa aduz que o depoimento da vítima Benedito não merece crédito e contrasta com a versão apresentada pela testemunha Marinalva Colacho de Barros, a qual disse que aquele saiu de seu estabelecimento por volta das 14 horas e não mais retornou ao local. Porém, o debate a respeito de tais teses deve ocorrer em plenário, porquanto o cotejo de tais elementos probatórios nesta fase processual implicaria na resolução do litígio penal, usurpando-se a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri.

Deve-se preservar, pois, a pronúncia, em obséquio à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que preconiza o seguinte:

> *"É cediço na Corte que o Tribunal de Justiça deve ater-se ao juízo de verificação da correta subsunção dos fatos à norma incriminadora – questão puramente de direito (HC n. 80.491/RS, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 07/12/2000) –, vedando-se proceder, de modo minudente, à análise e à valoração da prova, reconstruindo o cenário em que ocorreu o crime, proferindo, a seguir, verdadeiro juízo de mérito a respeito da conduta do paciente e do corréu, sem se aperceber que a incerteza quanto à situação de fato, relativamente ao tipo e às qualificadoras, é matéria a ser submetida ao Tribunal do Júri, ao qual compete conhecer e julgar os crimes dolosos contra a vida (...)."* (*HC* 108374, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012).

Inviável o pedido de desclassificação para o delito de lesão corporal. Segundo consta, houve disparos de arma de fogo contra a região abdominal do corpo da vítima, causando-lhe lesão de natureza grave que gerou perigo de morte.

Referido *modus operandi* constitui indício suficiente para preservar a pronúncia, porquanto indica que a conduta foi perpetrada com aparente *animus necandi*, e não com *animus laedendi*.

Porém, tenho que a qualificadora do inciso IV do § 2º do artigo 121 do CP deve ser afastada de ofício, ponderada a sua manifesta improcedência.

No caso, conforme a denúncia, tal qualificadora está caracterizada porque o réu *"agindo de forma inopinada e sem demonstrar sua intenção, agiu com recurso que dificultou a defesa da vítima"*.

Contudo, não se deve confundir o ataque descrito pelo Ministério Público com a surpresa necessária à configuração da referida qualificadora, pois esta há de ocorrer de modo a evitar que a vítima não espere nem suspeite da agressão (cf. Celso Delmanto *et al*. *In* Código Penal Comentado Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 357).

> Conforme respeitável escólio doutrinário, *"todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima de que ela será agredida, de forma que não é o simples fato de iniciar um ataque de súbito que faz nascer a qualificadora. É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação. É a presença do elemento subjetivo específico ou, na visão tradicional, do dolo específico. Assim, se, durante uma exasperada discussão, alguém saca de um revólver atingindo o ofendido, isso não significa, necessariamente, a configuração da qualificadora da surpresa" (cf. Nucci, Guilherme de Souza, in Código Penal Comentado, 5ª edição, Editora RT, pág. 502-503).*
>
> O Supremo Tribunal Federal já exarou que: *"não é qualquer ação rápida do agente que autoriza a conclusão de que a vítima tenha sido surpreendida, de modo a lhe impossibilitar ou dificultar a defesa. Uma interpretação demasiada extensiva de tal circunstância implicaria a qualificação de praticamente qualquer delito de homicídio. Diante disto, consolidou-se o entendimento de que, ainda que a deflagração do 'iter criminis' da empreitada delituosa seja marcada pela rapidez da ação do acusado, não há que se falar em recurso que dificultou a defesa da vítima se esta tinha uma razoável previsibilidade do ataque por parte daquele e, assim, possibilidade de se antecipar à ofensa animicamente esperada."* (cf. A.I. n. 808206, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 04/11/2010).

Na hipótese, malgrado o agente tenha efetuado disparos de arma de fogo agindo de "inopino", há elementos apontado que tal conduta não representou uma surpresa, até porque a própria denúncia reconhece que o réu chamou a vítima aos gritos para fora do estabelecimento comercial a fim de conversarem. Assim, não se pode conceber que a atitude fosse completamente inesperada ou imprevisível ao ofendido, ou que tal ataque do recorrente representasse uma "surpresa".

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Adelso Aparecido Pereira dos Reis, mas nego-lhe provimento. De ofício, afasto da pronúncia a qualificadora do inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal.

Decisão em parte com o parecer.

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. 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, MS, 15 de setembro de 2014.

***

12ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002908-66.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA – DESCABIMENTO – INCOMPETÊNCIA E IMPEDIMENTO – INOCORRÊNCIA – PROCESSO EM ORDEM – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – CONDENAÇÃO POR DESOBEDIÊNCIA – AFASTADA – ORDEM JUDICIAL DE NÃO APROXIMAÇÃO – ATIPICIDADE – RECURSO PROVIDO.

Conforme o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, *"em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação"* (inciso III), preceito que se enquadra ao presente caso, em que o delito foi baseado no gênero da vítima e se relaciona com o histórico afetivo entre os envolvidos.

A diversidade de cominações para o inadimplemento das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha, aí incluída a custódia cautelar do agressor, são suficientes para proteção da mulher, não reclamando, a princípio, a escora prevista no artigo 330 do Código Penal, para cuja caracterização.

Recurso provido.

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, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, MS, 15 de setembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A. R. F. interpôs recurso de apelação (p.105-131) contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos autos de n. 0002908-66.2013.8.12.0001, que o condenou 15 dias de detenção e 10 dias-multa, em regime aberto, pela prática do delito de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Preliminarmente suscita nulidade do feito em razão da incompetência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, baseando-se no disposto no art. 564, inciso I, do Código Processo Penal.

No mérito requer, a sua absolvição, em razão da atipicidade da conduta ou insuficiência de provas, ou pelo princípio da bagatela imprópria, e, caso reste caracterizada a tipicidade do delito, pede o afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, f, do Código Penal e, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (p. 135-144), pugna pelo provimento parcial do recurso.

Em consonância com a vítima S. M. da S. V., que almeja a incolumidade da r. sentença (p.146-161), a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer lançado (p. 170-176), opinou pelo improvimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. R. F. contra sentença proferida no Juízo da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a mulher que o condenou à pena de 15 (quinze) dias de detenção e 10 dias-multa, em regime aberto, pela prática do delito de desobediência (art. 330, do Código Penal), substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Preliminarmente suscita nulidade do feito em razão da incompetência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, baseando-se no disposto no art. 564, inciso I, do Código Processo Penal

No mérito requer: a) a absolvição por atipicidade ou insuficiência de provas; b) por aplicação do princípio da bagatela imprópria; e) afastamento da agravante prevista no artigo 61, II, f, do Código Penal e, subsidiariamente; f) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em contrarrazões (p. 135-144), o Ministério Público Estadual pugna pela rejeição da preliminar arguida e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso.

O parecer da Procuradoria de Justiça (p. 170-176) é pelo conhecimento e não provimento do apelo.

As preliminares devem ser afastadas, porém, no mérito, o recurso deve prosperar.

As teses suscitadas à guisa de preliminares são insubsistentes.

Afasto a alegação de incompetência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar o feito, pois, conforme o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, *"em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação"* (inciso III), preceito que se enquadra ao presente caso, em que o delito foi baseado no gênero da vítima e se relaciona com o histórico afetivo entre os envolvidos.

Dessa forma rejeito a preliminar.

No mérito, porém, deve haver a absolvição pela denúncia da prática do crime de desobediência.

A conduta incriminada no artigo 330 do Código Penal consiste em "*desobedecer a ordem legal de funcionário público"*, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal de funcionário

público competente para emiti-la (Cézar Roberto Bitencourt. Código Penal anotado. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1253-1254).

A doutrina e a jurisprudência já proclamaram que, *"se a lei cominar penalidade administrativa ou civil à desobediência da ordem, 'não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330"* (Hungria, Comentários ao Código Penal, 1959, v. IX, p. 420, *in* Celso Delmanto *et al.* Código Penal Anotado. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 821. No mesmo sentido: STF - HC 88572, Relator: Min. Cézar Peluso, Segunda Turma, julgado em 08/08/2006; STJ - HC 92.655/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/12/2007).

Referida exegese decorre da aplicação do princípio da fragmentariedade, o qual, como já tive a oportunidade de apontar, "*parte da ideia do direito ter condições de oferecer às variadas espécies de bens jurídicos, proteção diferenciada, tal qual ocorre com o direito civil, ambiental, comercial, penal e outros...a tutela penal deve ser excepcionada para as situações mais extremas de perturbação do convívio social...*" (Estudos Contemporâneos de Direito Público em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Coordenação: Carlos Eduardo Contar e outros, SP: Ed. Pillares, p. 428).

No mesmo sentido, leciona Cézar Roberto Bitencourt:

> *"A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal...Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limitar-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica (...)"* (Cf. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. SP: Saraiva. 16ª.ed., p. 44-45).

Pode-se concluir, portanto, que a tipificação do delito de desobediência presta-se, em última análise, a guarnecer e prestigiar aquela ordem legal de funcionário público despida de peculiar preceito sancionador para o caso de descumprimento.

Assentadas tais premissas, anoto que, tratando-se de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Leis n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e n. 12.403/2011, prevêem mecanismos próprios destinados a garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência fixadas em benefício da mulher.

Nesse rumo, anoto que o § 4º do art. 22, da Lei 11.340/2006 diz serem aplicáveis às medidas protetivas as tutelas específicas previstas §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC. Por seu turno, o § 3º do mesmo artigo estabelece que, *"para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial"*. Finalmente, uma vez descumprida a medida protetiva, poderá o magistrado decretar a prisão preventiva nos termos do art. 20 da Lei Maria da Penha e inciso III, do art. 313, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011.

Destarte, a diversidade de cominações para o inadimplemento das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha, aí incluída a custódia cautelar do agressor, são suficientes para proteção da mulher, não reclamando, a princípio, a escora prevista no artigo 330 do Código Penal.

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul colho os seguintes precedentes, dentre outros:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESOBEDIÊNCIA. O descumprimento de medida protetiva imposta em razão da Lei Maria da Penha possui cláusula resolutiva própria, consistente na prisão preventiva do infrator. O agente que desobedece a medida protetiva já foi notificado previamente de que seu comportamento importará em prisão. Assim, não há a desobediência na forma prevista nos arts. 330 ou*

> *359 do Código Penal, mas situação que implica na observância da sanção respectiva prevista na Lei nº 11.340/06. AMEAÇA. Prova judicial conclusiva de que os fatos narrados na denúncia não ocorreram. Absolvição mantida. Apelo improvido." (Apelação Crime Nº 70049971559, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 03/10/2012)*
>
> *"APELAÇÃO CRIME. VIOLENCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA TIPIFICADO NO ART. 330 DO CP NÃO CONFIGURADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. O descumprimento de medida protetiva deferida com base na Lei de Violência Doméstica não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do CP. A Lei Maria da Penha instituiu tais medidas cautelares de forma progressiva, de forma que caso o abuso seja continuado possa se evoluir até a prisão preventiva do infrator. Apelo ministerial improvido." (Apelação Crime Nº 70049061955, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 13/09/2012)*

Diante do exposto, com o parecer, afasto a preliminar e, contra o parecer, dou provimento ao recurso de A. R. F. a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime de desobediência, por atipicidade.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal).

Acompanho o voto do Relator para dar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal).

Devo divergir do e. relator, por entender que não há motivos para a retificação da sentença combatida.

A conduta do agente que desrespeita ordem judicial que determina medida protetiva de urgência é tipificada pelo art. 330, do Código Penal.

É certo que o posicionamento em questão encontra respaldo em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, após profunda análise da questão, tenho que tais precedentes resultam de uma interpretação equivocada dos ensinamentos da doutrina e dos preceitos da Lei n. 11.340/06.

Em sua obra, NÉLSON HUNGRIA leciona:

> *"Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Cód. de Proc. Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas de diligência da intimação, como a 'processo por crime de desobediência')."* [20]

Em princípio, deve-se salientar que o preceito primário do art. 330, do Código Penal, tipifica a conduta de "*desobedecer a ordem legal de funcionário público*", sem estabelecer qualquer espécie de ressalva. Neste aspecto, observa-se que os ensinamentos mencionados decorrem da análise sistêmica do alcance do tipo penal incriminador.

Há que se destacar, também, que toda a legislação pátria preconiza não haver dependência entre as esferas criminal, civil e administrativa, conforme previsões do art. 935, do Código Civil; arts. 66 e 67, ambos do Código de Processo Penal; e arts. 125 e 126, ambos da Lei n. 8.112/90.

20 *Comentários do Código Penal*, Vol. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 417.

A título de exemplo deve-se lembrar que o agente que "*desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes*" incidirá nas penalidades previstas pelo art. 195, do Código de Trânsito Brasileiro, e também no crime de desobediência, *verbis*:

> *"Desobediência – Agente que, ao trafegar pela via pública, recebe ordem de parada de guarda municipal e não a obedece – Configuração. Configura o crime de desobediência a conduta do agente que, ao trafegar pela via pública, recebe ordem de parada da guarda municipal e não a obedece."*[21]

Por fim, é nítido que a restrição defendida por NÉLSON HUNGRIA tinha a finalidade de prestigiar o princípio da utilização do Direito Penal como *ultima ratio*. Neste sentido, afasta-se a possibilidade de tipificação de condutas irrelevantes para configuração de crimes.

Em se tratando de ordem judicial não seria razoável admitir como crime de desobediência a conduta do executado que não paga a dívida, apesar da ordem expressa no art. 652, do Código de Processo Civil. Neste caso, a responsabilidade do devedor é restrita ao seu patrimônio, conforme dispõe o art. 591, do mesmo *codex*.

Recomenda-se, também, que não é típica a conduta daquele que desobedece ordem legal, quando houver penalidade administrativa ou civil estabelecida para tanto. Assim sendo, o entendimento de que a inobservância de medida protetiva de urgência não configura crime de desobediência, porque, em tais casos, o juiz pode decretar a prisão preventiva, não se afigura razoável nos termos da lei.

A prisão preventiva não possui natureza jurídica de sanção ou pena. Desta forma, não é possível defender que a mesma seja a penalidade administrativa ou civil que justifica a não caracterização do crime do art. 330, do Código Penal.

Na verdade, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n.º 11.340/06 possuem natureza jurídica de cautelares, e a prisão preventiva é apenas mais uma dessas medidas, não tomando caráter de pena ou sanção, civil ou administrativa.

Desta forma, a conduta denunciada subsume-se ao disposto no art. 330, do Código Penal, conforme entendimento da jurisprudência pátria:

> *"1. O réu, apesar de ter plena ciência dos termos da medida protetiva sobre ele imposta, procurou a vítima em sua residência enquanto vigia a medida protetiva de afastamento, a configurar o dolo do crime de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal.*
>
> *2. No deferimento de medida cautelar protetiva, restou expressamente registrado que o não acatamento à ordem judicial implicaria em crime de desobediência, ante a independência das esferas civis e penal, a obstar o acolhimento do argumento recursal de não tipificação da conduta pelo fato da Lei nº 11.340/06 dispor as penalidades cabíveis para caso de descumprimento das medidas aplicadas ao agressor.*
>
> *3. Admitida a desobediência pelo réu, o fato de afirmar estar que se encontrava embriagado não o isenta da prática do delito, eis que não restou demonstrado pela defesa qualquer vício de consciência ou de vontade que possibilite afastar a tipicidade subjetiva do tipo, ao não obedecer, de forma livre e consciente, a ordem legal de afastamento.*
>
> *4. Recurso conhecido e não provido."* [22]

21 TACRIM-SP, Ap 1410343/6, 3ª Câm., rel. Juiz CARLOS BUENO, j. 19/10/2004.

22 TJDFT, Rec 2010.05.1.005915-2, 3ª T. Crim., rel. Des. HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, DJ 30/05/2012.

> *"Comete o delito do art. 330, caput, do CP aquele que, proibido, em face de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, de se aproximar ou manter contato, por qualquer meio, com sua ex-companheira e familiares, isso ignorando, a interpela, mesmo que em via pública, contra a sua vontade, pouco importando o móvel desse agir. Réu primário, cujos registros de antecedentes, que nem apontam condenação alguma transitada em julgado, não autorizavam distanciamento significativamente expressivo da pena privativa de liberdade do mínimo cominado à infração, bem como a sua não-substituição por restritiva de direitos. Apelo defensivo parcialmente provido."* [23]

> *"Reveste-se de tipicidade, em tese, a conduta do agente denunciado pela prática de crime de desobediência, por haver se aproximado da vítima, quando havia determinação judicial em sentido contrário, decorrente de medida protetiva decretada."* [24]

Aliás, entender atípica a desobediência à ordem judicial quando se trata de violência doméstica, representa mais um estímulo à reiteração de ações similares.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por A. R. F.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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, MS, 15 de setembro de 2014.

***

23 TJRS, Ap 70038268710, 4ª Câm. Crim., rel. Des. MARCELO BANDEIRA PEREIRA, j. 11/11/2010, DJ 13/12/2010.

24 TJMG, HC 0526835-14.2012.8.13.0000, 2ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, DJ 14/05/2012.

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0005194-59.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO POR ESTUDO – FREQUÊNCIA ESCOLAR – CÔMPUTO HORAS AULAS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA EM PREJUÍZO DA REEDUCANDA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS OBJETIVOS CENTRAIS DA EXECUÇÃO DA PENA – RECURSO PROVIDO.

A interpretação restritiva na limitação de direitos é um princípio e direito por si só (Princípio da Legalidade – Constituição Federal, art. 5º, II), constituindo axioma sem o qual é absolutamente inconcebível a ideia de Estado Democrático.

Sendo assim, não cabe ao intérprete restringir direitos onde a lei não restringe, merecendo ser reformada a decisão do magistrado que, partindo de vedada interpretação ampliativa *in malam partem*, concluiu que a frequência escolar não seria a computada pelo estabelecimento de ensino, mas sim, o tempo efetivo em que a reeducanda esteve assistindo aula.

O intervalo entre aulas, quando a reeducanda manteve-se sob influência direta do estabelecimento de ensino, faz parte da atividade educativa.

Logo, a respectiva exclusão do cálculo de remição por estudo se afasta dos objetivos centrais de reeducação e readequação relativas à execução da pena, conforme diretrizes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5º, n. 6) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque (artigo 10, n. 3), ambos acolhidos pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (artigo 5º, § 2).

Agravo em execução penal provido, de acordo com 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 unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 8 de setembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Rosana Pinto Suarez, intermediada pela Defensoria Pública Estadual, interpõe agravo em execução penal (p. 1-8) com o objetivo de reformar a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Corumbá (p. 16-167), que determinou em favor da agravante a remição, por estudo, de apenas 10 dias na reprimenda.

Assevera que comprovou a frequência escolar de 165 horas/aula, o que lhe daria direito a remir 13 dias de sua pena.

No entanto, a decisão objurgada lhe deferiu menos dias do que fazia *jus*, pois o magistrado singular entendeu que a hora/aula é de 45 minutos e, por isso, o cálculo da remição por estudo deveria observar o percentual de 75% das horas declaradas.

Sustenta que o desconto efetuado na decisão agravada foge à razoabilidade, não atende à disposição legal expressa e contraria a razão de ser do instituto da remição, que é premiar o esforço expendido pelo reeducando no seu desenvolvimento intelectual e no aprimoramento profissional.

Obtempera que o conceito de hora aula adotado atualmente no país não compreende a hora "cheia" exatamente porque contempla atividade intelectual, o que, além de demandar intervalos regulares, engloba o tempo extra classe necessário para permitir a sua efetiva realização, como é o caso da preparação das aulas pelo docente e a realização de trabalhos, pesquisas e tarefas pelos alunos.

Giza que o tratamento diferenciado, em seu prejuízo, viola o princípio da individualização da pena.

Pede provimento a fim de reformar a decisão e declarar a remição de 13 dias na reprimenda, com a determinação de realização de novo cálculo.

Caso não prevaleça o posicionamento, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

A decisão atacada foi mantida em sede de análise de juízo de retratação (p. 22).

As contrarrazões de p. 24-29 vertem-se pelo não provimento do recurso.

Em parecer lançado às p. 35-38, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do agravo interposto.

Os autos vieram distribuídos à minha Relatoria por sorteio (p. 31).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Cuida-se de agravo em execução penal (p. 1-8) interposto por Rosana Pinto Suarez, com o objetivo de reformar a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Corumbá (p. 16-17), que determinou em favor da agravante a remição por estudo de apenas 10 dias na reprimenda.

Assevera que frequentou o total de 165 horas/aula, o que lhe daria direito a remir 13 dias de sua pena.

No entanto, a decisão objurgada lhe deferiu menos dias do que fazia *jus*, pois o magistrado singular entendeu que a hora/aula é de 45 minutos e, por isso, o cálculo da remição por estudo deveria observar o percentual de 75% das horas declaradas.

Sustenta que o desconto efetuado na decisão agravada foge à razoabilidade, não atende à disposição legal expressa e contraria a razão de ser do instituto da remição, que é premiar o esforço expendido pelo reeducando no seu desenvolvimento intelectual e no aprimoramento profissional.

Obtempera que o conceito de hora aula adotado atualmente no país não integra a hora "cheia" exatamente porque contempla atividade intelectual, o que, além de demandar intervalos regulares, engloba o tempo extra classe necessário para permitir a sua efetiva realização, como é o caso da preparação das aulas pelo docente e a realização de trabalhos, pesquisas e tarefas pelos alunos.

Giza que o tratamento diferenciado, em seu prejuízo, viola o princípio da individualização da pena.

Pede provimento a fim de reformar a decisão e declarar a remição de 13 dias na reprimenda, com a determinação de realização de novo cálculo.

Caso não prevaleça o posicionamento, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

A decisão atacada foi mantida em sede de análise de juízo de retratação (p. 22).

As contrarrazões de p. 24-29 vertem-se pelo não provimento do recurso.

Em parecer lançado às p. 35-38, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do agravo interposto.

A insurgência merece prosperar.

O art. 126 da Lei 7.210/84 (*Execuções Penais*), ao regular o instituto da remição, dispôs 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." (*destaquei*).*

O magistrado singular, partindo de uma interpretação ampliativa *in malam partem*, concluiu que a frequência escolar não seria a computada pelo estabelecimento de ensino, mas sim, o tempo efetivo em que a reeducanda esteve assistindo aula, *"uma vez que cada hora-aula equivalem a 45 minutos, ou seja, 75% de uma hora-relógio (165 x 0,75 : 12 = 10)".*

Pois bem, com o devido respeito ao posicionamento do colega, tenho que assiste razão à defesa em pedir a reforma, pois se aplica ao caso a máxima de que não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe.

Ora, não é novidade que a interpretação restritiva na limitação de direitos é, antes de mais nada, um princípio e direito por si só (Princípio da Legalidade - Constituição da República Federativa Brasileira, art. 5º, II), constituindo axioma sem o qual é absolutamente inconcebível a ideia de Estado Democrático.

Aliás, sobre o assunto, são percucientes os ensinamentos de Alberto Jorge C. de Barros Lima (*in* Direito penal constitucional : a imposição dos princípios constitucionais penais – São Paulo: Saraiva, 2012), que diz:

> *"(...) o princípio da legalidade penal só pode ser compreendido, em toda sua dimensão, quando em cotejo com os princípios da dignidade humana, da humanidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. A realização de cada um deles, por meio das pautas legais produzidas pelo legislador e interpretadas pelo juiz, é fundamental 'para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito' (SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio da legalidade no moderno direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 188, jul./set. 1996) (destacamos).*

> *Para García-Pablos de Molina (in Derecho penal: introducción. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 323-324), o princípio cumpre uma decisiva função política que se manifesta, sintetizando os valores fundamentais do Estado de Direito, em primeiro lugar, como pressuposto para realização da Justiça Penal, uma vez que, sendo a lei, em tese, produto da vontade popular, os crimes e as penas previstos nas normas por ela transportadas contam com a 'legitimação' firmada no próprio consentimento dos destinatários. Em segundo lugar, em consonância com o próprio histórico do princípio, como garantia de um mínimo de certeza e segurança jurídica, em razão de que uma lei prévia, escrita e estrita, permite a todos conhecer e calcular seus comportamentos. Em terceiro, como satisfação do postulado da 'autonomia' dos indivíduos, na medida em que a lei expressa suas vontades – eles podem contribuir com a feitura de pautas através de seus representantes eleitos – e suas capacidades de atuar conforme a própria lei. Finalmente, como expressão de dois valores fundamentais de toda a ordem jurídica: a liberdade e a igualdade.*
>
> *(...)*
>
> ***Desse modo, permitir a utilização da analogia in pejus é, de um lado, deixar os cidadãos relegados a governos mais ou menos autoritários e ao beneplácito de interpretações bem mais amplas do Poder Judiciário** (...)"* (destaquei).

Nesse diapasão, exigindo a lei a frequência escolar, não poderia o magistrado restringir o conceito para considerar apenas as horas que a reeducanda esteve assistindo aula, porquanto, como bem ponderou o i. Procurador de Justiça, Dr. Francisco Neves Júnior, *"a legislação não faz qualquer referência quanto ao modo de contagem da hora/aula, ou sequer que as horas certificadas pelo estabelecimento de ensino devam sofrer qualquer alteração ou ajuste"*, ressalta, ainda, que *"se de um lado o Estado pode impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite seja ele submetido a restrições não contidas na lei. (Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabrbini. Execução penal. 12. ed. Atlas, 2014. p. 12)"*.

Ademais, entendo que o intervalo entre aulas, quando a reeducanda manteve-se sob influência direta do estabelecimento de ensino, faz parte da atividade educativa, de modo que a respectiva exclusão do cálculo de remição por estudo, por evidente, se afasta dos objetivos centrais de reeducação e readequação da execução da pena, estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5º, n. 6) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque (artigo 10, n. 3), acolhidos pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (artigo 5º, § 2).

Assim, verificando-se que a certidão apresentada pela agravante atesta a frequência escolar do total de 165 horas/aula (p. 12-13), certo é que, nos termos do art. 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal, deve ser-lhe concedida a remição de 13 dias, na forma requerida pela inicial (165h/12h).

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, em conformidade com o parecer, dou provimento ao Agravo em Execução Penal interposto por Rosana Pinto Suarez, com o fim de reformar a decisão e, de acordo com art. 126, § 1º, I, da LEP, declarar a remição de 13 (treze) dias do total da pena que foi imposta à recorrente.

Prevalecendo o posicionamento, atualize-se, na origem, o cálculo sancionatório.

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, MS, 08 de setembro de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Trabalho de presos gera economia de R$ 1 milhão para o Estado – 26/11/2014



Legenda: Reforma realizada na E.E. Brasilina Ferraz Mantero

A partir do mês de dezembro, mais uma escola pública de Campo Grande será beneficiada com o Projeto idealizado pelo Poder Judiciário "Pintando Educação com Liberdade", que utiliza mão de obra de presos do regime semiaberto. A Escola Estadual, localizada no Bairro Aero Rancho, um dos mais populosos da Capital, será a terceira a receber uma reforma completa.

Segundo dados da Secretaria Estadual de Educação, uma obra do porte das que vem sendo feitas pelo projeto, custaria aos cofres do Governo do Estado R$ 350 mil. Com a reforma da terceira escola pelo Projeto "Pintando Educação com Liberdade", o erário estadual terá uma economia de cerca de R$ 1 milhão, já que os custos com procedimentos licitatórios, os encargos sociais e o lucro da empresa não incidem no projeto.

O diferencial desta iniciativa, inédita no país, e idealizada pelo Juiz Albino Coimbra Neto, da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande (2ª V.E.P.), é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos como parte do salário do preso e de outros que estão empregados em órgãos públicos, parques e indústrias da cidade. Isto só está sendo possível com a edição e regulamentação da Portaria n. 001/2014 da 2ª V.E.P. da Capital, que normatizou o trabalho dos apenados, dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, tal como o projeto "Pintando Educação com Liberdade". A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1ª, "d".

Para o Juiz Albino Coimbra, este trabalho coloca em prática o preceito da efetiva ressocialização do preso. "Uma reforma de escola pública feita por quem infringiu a lei tem um impacto muito grande na sociedade. Com o projeto, conseguimos criar um canal de comunicação direta entre a comunidade e o preso, sendo que a qualidade da reforma demonstra a eficiência do trabalho prisional desenvolvido".

A obra na Escola Padre Mário Blandino começa no início de dezembro e estará pronta antes do ano letivo de 2015. A reforma compreende a parte hidráulica e elétrica, colocação de forro, reforma do bebedouro, pintura das paredes internas e externas, portas, janelas, muros e grades, instalação de luminárias, troca de interruptores, serviço de jardinagem, reforma da calçada na frente da escola e troca de vidros quebrados.

Pelo projeto, as escolas, já reformadas pelo projeto, poderão receber manutenção com nova pintura, jardinagem, troca de lâmpadas entre outras coisas, se mantiverem a conservação adequada do que foi feito na reforma anterior, realizada pelos presos.

Todos os trabalhadores que participam do projeto cumprem pena no Instituto Penal Agroindustrial da Gameleira em Campo Grande. O presídio é referência nacional em ressocialização dos presos pelo trabalho.

Dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário revelam que, atualmente, cerca de 85% dos presos trabalham em indústrias e hortas instaladas dentro do presídio e, também, em empresas externas que buscam e trazem os detentos todos os dias, proporcionando o aprendizado de uma nova profissão, salário e cesta básica, além da remição da pena, que diminui um dia de prisão a cada três dias trabalhados.

Já foram beneficiadas com o Projeto do Poder Judiciário "Pintando Educação com Liberdade" as Escolas Estaduais Delmira Ramos, no Bairro Copavilla II, e Brasilina Ferraz Mantero, no Jardim Leblon.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Semana da Conciliação resultou em mais de R$ 10 milhões em acordos – 01/12/2014



Durante os cinco dias da Semana da Conciliação, realizada pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul em todas as comarcas do Estado, 882 acordos resultaram em um montante de R$ 10.392.006,62. Conforme dados da Coordenadoria de Estatística do TJMS, 5.249 pessoas foram atendidas nas 2.653 audiências realizadas. Foram designadas 2.856 audiências no período, representando 93% de efetividade.

No último dia de conciliações, a Comarca de Ribas do Rio Pardo destacou-se com dois acordos que juntos somaram R$ 2.478.523,08. Os processos já estavam em fase de execução. As conciliações desta fase do processo somaram, durante a Semana da Conciliação, R$ 5.297.344,79, com 239 acordos homologados.

Já em relação aos acordos efetuados em fase de conhecimento, foram 589 homologados, representando R$ 5.094.661,83 em conciliações. O dia 26 foi o que mais registrou acordos (176) e o que gerou o maior número em valores, R$ 2.038.967,50.

Na seara Criminal, foram designadas 154 audiências de conciliação, sendo realizadas 134. Houve 49 Transações Penais, duas Composições Civis e três Homologações de Suspensão de Processos.

A média de acordos homologados no Estado foi de 33,25%, o que, segundo o Juiz Fábio Possik Salamene, membro da coordenação da Semana da Conciliação em MS, está dentro do esperado. *"Varas de família, geralmente tem muito mais êxito do que as demais. Muitas vezes não há acordos porque as partes não fazem boas propostas e a conciliação é infrutífera".*

Para Fábio Salamene, os números só mostram que esta prática deve ser permanente e incentivada pelo Poder Judiciário. *"Os métodos consensuais de resolução de conflitos devem ser uma rotina, sendo criada na população uma cultura de conciliação".* O magistrado explica que muitas ações ajuizadas discutem interesses pessoais disponíveis que podem utilizar-se dos métodos de autocomposição. *"O cidadão não precisa de uma sentença do Estado, impondo a vontade da lei. As partes podem, com o intermédio do Judiciário, encontrar a solução de seus problemas".*

A Semana Nacional da Conciliação foi realizada entre os dias 24 e 28 de dezembro em todo o país. A mobilização do Poder Judiciário Estadual contou com a participação de 177 magistrados, 56 juízes leigos, 148 conciliadores e 230 colaboradores.

Todos os acordos obtidos por meio da conciliação têm validade jurídica. Isso significa que, caso uma das partes não cumpra o acordado, a ação pode ser levada novamente à Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

CPE: Cartório do futuro confere mais produtividade em comarcas de MS – 03/12/2014



Com pouco mais de um ano de funcionamento, a Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE) do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) já se destaca como o "Cartório do Futuro" e veio para servir como uma extensão dos cartórios judiciais de 1º Grau.

Nesta terça-feira (2), a CPE deve começar a atender, também, a Comarca de Água Clara, 21ª do Estado a usar o serviço. Até o momento, o projeto atua em varas de execução penal, criminal e juizados. Instalada em Campo Grande, a Central é uma inovação no Judiciário: concentra diversas operações em um único local e está dividida em coordenadorias especializadas.

Conforme o Juiz Auxiliar da Presidência do TJMS, Alexandre Antunes, a ideia da CPE nasceu assim que o TJMS concluiu a digitalização dos processos eletrônicos em todas as comarcas e também no 2º grau, há dois anos. A celeridade e a padronização dos autos impulsionaram a criação do laboratório da CPE na Vara de Execução Penal. Como a iniciativa deu certo, o Tribunal regulamentou e a Assembleia aprovou a lei que criou a Secretaria Judiciária de 1º Grau, responsável pela execução da CPE.

A Central é uma extensão do cartório judicial que cumpre os despachos e as decisões em tramitação no âmbito de primeira instância. A diretora da secretaria, Conceição Pedrini, explica que a CPE otimiza a atuação do Judiciário em diversas demandas. *"A CPE padroniza os procedimentos de trabalho e uniformiza os modelos. Aqui, temos uma forma única de tratar o processo. Seguindo à risca os procedimentos da Corregedoria, orientamos como fazer e todos obedecem à mesma linha"*, diz.

A prestação mais rápida da Justiça é outro ponto que merece destaque. *"Agora, o processo demora menos tempo para tramitar, aceleramos o tempo de cartório. Antes, registrávamos 50 arquivamentos por mês. Agora, no mesmo período, registramos de 200 a 250 arquivamentos"*, conta Conceição.

A CPE tem atraído a atenção de outros estados. Representantes do TJ do Paraná e Ceará já visitaram a sede do Judiciário em MS para conhecer melhor a aplicação do projeto. *"A CPE é uma resposta mais rápida da Justiça"*, sintetiza a diretora da Secretaria Judiciária de 1º Grau.

Servidores 3 vezes mais produtivos.

Além de contar com a integração dos processos eletrônicos, a CPE reúne servidores em um ambiente que favorece a produtividade e a concentração nas tarefas. Alocados em uma sala específica, os profissionais deixam os cartórios – onde facilmente podem perder o foco por conta dos atendimentos ao telefone, ao balcão, e a advogados e às partes – e instalam-se em um local adequado para a execução das atividades. Os resultados obtidos mostram que a produtividade aumenta três vezes mais.

Aos servidores, fazer parte da CPE não reflete apenas uma mudança no ambiente de trabalho. A atuação também beneficia a carreira. Há incentivo para capacitação, treinamento e especialização para ocupações mais complexas. *"Há um ganho significativo na qualidade de vida do analista, o que pode ser um dos motivos que explica a abertura de tantos editais para trabalhar na CPE"*, argumenta o juiz auxiliar da Presidência.

Diversos servidores que manifestaram interesse foram removidos de outras comarcas, inclusive do interior, para trabalhar na CPE, na Capital. A expectativa é que, nos próximos quatro anos, 700 pessoas estejam alocadas na atividade.

Investimentos em TI.

Para atender a necessidade de implantação, foram necessários investimentos em Tecnologia da Informação (TI). Infraestrutura, performance, confiabilidade dos dados, ambiente de segurança, armazenamento de informações e adequações no Sistema de Automação da Justiça (SAJ) foram algumas das áreas que receberam melhorias.

"Na CPE, o SAJ está sendo utilizado de maneira inovadora e diferenciada. O Sistema foi ajustado para conferir melhor performance e satisfazer as expectativas do TJMS", conta o gerente de Relacionamento da Softplan, Maurício Rotta.

Sobre o SAJ.

O Sistema de Automação da Justiça é referência nacional de informatização e o principal colaborador para a implantação do processo eletrônico na Justiça brasileira. Mais de 60% dos processos que tramitam na Justiça brasileira passam pelo SAJ. Tribunais de Justiça, Ministérios Públicos e Procuradorias de diversos estados brasileiros, além do Distrito Federal, utilizam a tecnologia.

Desenvolvido pela Softplan, empresa catarinense especializada no desenvolvimento de programas de gestão, o SAJ atende a necessidades específicas de diferentes órgãos da Justiça, como tribunais, MPs e procuradorias.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação com Assessoria da Softplan – imprensa@tjms.jus.br

Ações do Judiciário de MS são destaque em noticiário nacional – 16/12/2014



Mais uma vez o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul se destaca pelas ações pioneiras da Justiça Criminal do Estado, realizadas por meio da Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande.

Na manhã desta terça-feira (16), o trabalho realizado pela Cepa foi destaque no jornal Bom Dia Brasil da Rede Globo de televisão. A emissora destacou que a vara de execuções penais do MS está dando um novo destino ao dinheiro arrecadado com as penas de quem comete pequenos crimes, cuja punição seja de no máximo quatro anos de reclusão, que é investido em projetos sociais.

Durante a reportagem foram mostradas algumas das entidades beneficiadas com os recursos captados pela Central de Execução de Penas Alternativas, como a unidade feminina da Fazenda da Esperança, utilizada como local de reabilitação de dependentes químicos, que custou R$ 350 mil. Assim como o prédio do Hospital Dia, que deve atender 45 pacientes psiquiátricos, e cuja obra ultrapassou R$ 340 mil.

Na entrevista, o juiz titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Albino Coimbra Neto, declarou que no período entre 2009 e 2014 foram destinados a essas entidades aproximadamente R$ 3 milhões.

A matéria também destacou que o dinheiro captado com as penas já foi aplicado em mais de 60 projetos de várias entidades. Entre elas, uma instituição que atende pacientes com paralisia cerebral que, nos últimos 3 anos, recebeu do Judiciário Sul-mato-grossense mais de R$ 600 mil para investir em estrutura. O centro clínico dessa entidade foi construído com verba doada pela Justiça e disponibiliza atendimento gratuito com nutricionistas, enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais. Essa instituição ainda deve receber mais uma doação para a ampliação de seu atendimento. De acordo com um dos responsáveis, o Padre Braz Ricardo, foram recebidos R$ 416 mil. *"Hoje nós fazemos em média 800 atendimentos mensais, mas com o centro concluído nós deveremos ultrapassar 2 mil atendimentos em um mês"*, afirmou.

Entre os favorecidos estão ainda a Associação de Renais Crônicos e o Hospital do Câncer, que utilizou o auxílio para trocar seus móveis e construir um ateliê de terapia.

Para receberem os fundos, as instituições devem estar com as contas e documentos em dia, além de apresentarem projeto detalhado no Fórum.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Juiz e Vice-Governadora visitam obra de reforma de escola por presos – 09/01/2015



Nesta sexta-feira (9) o Juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande (2ª VEP), visitou a obra de reforma da Escola Estadual Padre Mário Blandino, no Bairro Aero Rancho, realizada por presos do regime semiaberto da Capital, por meio do Projeto idealizado pelo Poder Judiciário "Pintando Educação com Liberdade". Na ocasião estava presente a Vice-Governadora, Rose Modesto, que foi até a escola para ver de perto como é desenvolvido o projeto.

Rose Modesto, que reponde pela Secretaria de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho (SEDHAST) e é professora, mostrou-se muito interessada pelo trabalho realizado por detentos em melhorar escolas públicas da Capital, além da forma como o projeto foi articulado pelo Judiciário, possibilitando a ressocialização do apenado e a economia de recursos financeiros para o Estado.

Na visita, a Vice-Governadora sinalizou a possibilidade em estender o projeto para outras escolas, inclusive as das cidades do interior do Estado.

A reforma da Escola Estadual Padre Mário Blandino teve início no mês de dezembro e tem previsão de entrega antes do início do ano letivo. Esta é a terceira reforma de escolas realizada pelo projeto "Pintando Educação com Liberdade".

O diferencial desta iniciativa, inédita no país, e idealizada pelo Juiz Albino Coimbra Neto, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos como parte do salário do preso e de outros que estão empregados em órgãos públicos, parques e indústrias da cidade. Isto só está sendo possível com a edição e regulamentação da Portaria n. 001/2014 da 2ª VEP, que normatizou o trabalho dos apenados, dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, tal como o projeto "Pintando Educação com Liberdade". A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1ª, "d".

Estavam presentes na visita o Deputado Estadual Professor Rinaldo, o Diretor-Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), Pedro César Figueiredo de Lima, e o Diretor do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira, Tarley Cândido Barbosa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Depoimento Especial é realidade em mais uma comarca do interior – 15/01/2015



Foi realizado na tarde de terça-feira (13) a primeira audiência do depoimento especial de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência na Comarca de Coxim. O procedimento ocorreu graças ao esforço comum da Secretaria de Obras, da Secretaria de Bens e Serviços e da Secretaria de Tecnologia da Informação, que disponibilizaram o espaço físico, os móveis e os equipamentos; além da capacitação oportunizada pela Ejud-MS em parceria com a Coordenadoria da Infância aos magistrados e aos servidores sobre a técnica da entrevista cognitiva do depoimento especial.

Magistrados, promotores de justiça, Defensoria e servidores da Comarca de Coxim colocaram em prática o depoimento especial na busca da colheita da prova qualificada para devida instrução processual, bem como para evitar a revitimização da criança ou adolescente envolvidos no ato de violência.

No depoimento, a criança é ouvida por um sistema de vídeo conferência apenas na presença do técnico capacitado, em sala especialmente destinada para este fim. Ao mesmo tempo, as partes, o promotor de justiça e o defensor do réu assistem ao depoimento da sala de audiência do magistrado, podendo realizar perguntas no final do depoimento, perguntas estas repassadas para o técnico transmitir ao depoente, preservando a vítima de constrangimentos pela presença de estranhos e, principalmente, do pretenso agressor. O depoimento é gravado sob sigilo absoluto e depois degravado para ser juntado nos autos.

> Segundo a Juíza Tatiana Dias de Oliveira Said, que presidiu a audiência, *"o depoimento especial é uma inovação necessária na defesa dos direitos da criança e adolescente, que visa a busca da verdade real, em processos que tratam de crimes em que a palavra da vítima, muitas vezes, é a única prova existente, para a condenação do acusado, e mormente, para o fim de evitar a revitimização daquele menor, que já se encontra psicologicamente abalado, sendo necessário criar um ambiente seguro e acolhedor para o menor entrevistado".*

A assistente social Rita Olinda Diniz Marques destacou a importância desse atendimento, por ser mais personalizado, individualizado e humanizado, pois procura atender as legislações vigentes na área da infância e da juventude, bem como o Código de Ética Profissional.

Saiba mais – A regionalização da técnica do depoimento especial atende a Recomendação n. 33 do Conselho Nacional de Justiça, que sugere aos Tribunais de Justiça a implantação na Capital e nas comarcas do interior de sistema apropriado para a tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, com o objetivo de salvaguardar a oitiva respeitosa e acolhedora do infante, colhendo o depoimento com a participação de técnicos especializados, visando evitar a revitimização do infante, bem como colher a prova qualificada para a instrução processual.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Em 2014 foram distribuídos mais de 450 mil processos em MS – 16/01/2015



O ano de 2014 foi de movimentação intensa no Judiciário Sul-Mato-Grossense. Entre janeiro e dezembro foram distribuídas 450.415 ações em primeiro e segundo graus.

Nesse período a distribuição de processos no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul apresentou um crescimento de 14% em relação ao ano de 2013. Durante o ano passado foram distribuídos 54.864 processos, enquanto em 2013 foram 48.119 ações. Estes dados se referem ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça. Tal aumento demonstra a confiança da população na Justiça para a resolução de conflitos, bem como o maior acesso ao Poder Judiciário.

No último ano, o Tribunal de Justiça julgou 49.150 processos – aproximadamente 90% dos processos distribuídos; o que demonstra a preocupação constante dos desembargadores em vencer a distribuição, buscando julgar mais processos do que a quantidade de distribuídos, com o objetivo de reduzir o estoque processual.

Em 1ª instância foram ajuizadas em todo o Mato Grosso do Sul 395.551 ações. Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Corumbá lideram o *ranking* de distribuição. Somente na Capital foram distribuídos 139.288 processos; em Dourados 34.498, seguida por Três Lagoas com 23.017 e Corumbá, com 13.597. Somados, os números das quatro comarcas ultrapassam mais da metade do total de processos do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Judiciário promove mediações pré-processuais a partir de Fevereiro/2015 - 26/01/2015



Na última sexta-feira (23) foi realizada a primeira mediação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cejusc), localizado no prédio da Defensoria Pública do Estado. Vinculado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), o Centro foi inaugurado no dia 29 de setembro de 2014 e atenderá casos relacionados ao direito de família. Em Campo Grande existem outros três Cejusc, na Universidade Estácio de Sá e na Anhanguera-Uniderp, além do Centro localizado no Tribunal de Justiça.

Com o convênio firmado pela Defensoria Pública e o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, mediadores capacitados, do quadro da Defensoria e do TJ, atuarão em mediações em processos judiciais e, a partir de fevereiro, em atendimentos pré-processuais. *"Se nós conseguirmos que as partes façam uma autocomposição, resolvendo acabar com seus conflitos, contando com o auxílio de nossos mediadores, teremos evitado uma nova ação, acabando com a questão antes da propositura de uma ação no Judiciário"*, disse o Desembargador Romero Osme Dias Lopes, Coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJMS.

Para o Des. Romero, o uso das técnicas de autocomposição de conflitos, como a mediação e a conciliação, possibilitam a aproximação das partes envolvidas no conflito. *"Com a mediação, as partes se aproximam, retirando esses sentimentos negativos que impedem, por exemplo, que marido e mulher conversem sobre a questão dos filhos. Aproximando-se, livremente, retirando a ira, o ódio, a mágoa, o rancor, sentimentos que impedem que elas mesmas resolvam seus problemas"*.

Os casos que chegarem ao Cejusc, localizado na Defensoria Pública, serão encaminhados, por meio de triagem, para que os mediadores atuem na solução do conflito sem a necessidade de distribuição de um processo. Todos os acordos entabulados em sessões de mediação serão homologados por um juiz de direito, após a manifestação do Ministério Público.

Segundo a Defensora Pública Carmen Lúcia Trindade Dutra, Coordenadora da Unidade Horto da Defensoria Pública do Estado, a parceria com o Judiciário vai melhorar o atendimento da população carente que busca a resolução de seus problemas e não podem pagar um advogado. Carmen Lúcia explica que nos casos de família a relação se perpetua no tempo, de forma que um acordo sobre a separação, depois vai gerar um novo processo sobre a guarda de um filho, valor dos alimentos, ou visitas. *"A mediação veio com este propósito de buscar a origem deste conflito e tentar uma resolução, justamente para se evitar um circulo que vai produzindo diversos processos, que vem onerando a Defensoria Pública e também o Judiciário"*.

A média de atendimentos da Defensoria Pública apenas nos casos de família é de 100 por dia. *"Se nós tomarmos por prioridade casos novos para ingressar com uma ação no Judiciário, e conseguirmos direcionarmos estas pessoas, garantindo o seu bem-estar, para serem atendidos com uma mediação, haverá a diminuição do acúmulo de processos para cada defensor público e novas ações no Judiciário e, principalmente, chegaremos à resolução de um conflito familiar"*, disse Carmen Lúcia.

Os interessados devem procurar a Defensoria Pública do Estado na Rua Joel Dibo, 238, Centro, próximo ao Sesc Horto.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Mais de 15 mil processos do Fórum da Capital já foram digitalizados – 27/01/2015



Desde que foi criado em agosto de 2010, o Núcleo de Digitalização do Fórum de Campo Grande já transformou 14.580 processos físicos em eletrônicos. Os dados contabilizam o serviço realizado do início do procedimento até o mês de dezembro de 2014. Segundo informações do Núcleo, foram pelo menos um milhão e meio de páginas digitalizadas.

Até o momento já foram digitalizados processos de diversas varas do Foro de Campo Grande, entre elas todas as Varas de Família, transformando 3.765 processos em eletrônicos, a Vara de Sucessões, com 1.807 digitalizados, e a 19ª e 20ª Varas Cíveis, em que foram digitalizados 1.967 autos.

Os processos físicos das 1ª, 2ª e 3ª Varas de Família foram os primeiros a serem transformados em eletrônicos pelo Núcleo. Vinte e nove varas mais o Cartório Distribuidor passaram pelo processo de digitalização de seus autos físicos. *"Hoje já temos varas em que as estantes estão sem processos físicos"*, disse a responsável pelo Núcleo de Digitalização do Fórum de Campo Grande, Wilma Oliveira de Assis.

Ela explica que os processos são abertos, digitalizados e categorizados, conforme o tipo de manifestação nos autos. *"As partes do processo são digitalizadas pelo Núcleo e inseridas no sistema SAJ. A partir disto, toda a movimentação será eletrônica"*.

No ano de 2014 foram digitalizados mais de 3 mil processos de Varas Cíveis, de Sucessões, de Diretos Difusos, de Fazenda Pública e Criminais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa.forum@tjms.jus.br

Corumbá lança campanha contra venda de álcool a menores de idade – 29/01/2015



A Vara da Infância e Juventude de Corumbá lança esta semana a campanha *"Neste carnaval sua melhor 'selfie' não precisa de álcool"*.

De acordo com seu idealizador, o Juiz Titular da Vara da Infância, Maurício Cleber Miglioranzi Santos, *"a ideia surgiu em decorrência da necessidade de regulamentação pela Justiça acerca da presença de menores em eventos, conforme disposto no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente"*.

Este ano as ações serão concentradas na proibição de venda de bebidas alcoólicas aos menores, e a campanha busca conscientizar a população das consequências que o consumo do álcool pode trazer a esse público.

Desde o início do ano, o magistrado vem se reunindo com autoridades de todas as esferas da sociedade a fim de estabelecer regras para a presença de menores nos eventos.

Entre outras determinações, a Justiça exigirá de blocos carnavalescos e agremiações que utilizem instrumento de identificação dos adolescentes para evitar o consumo de álcool.

O desejo do Magistrado é engajar a população na fiscalização, a fim de que ela seja mais ampla e não dependa somente dos órgãos públicos. Desta maneira, crianças e adolescentes poderão participar das festividades de forma mais segura.

É importante destacar que é proibido o consumo de álcool por menores de idade, e a inobservância dessa norma pode acarretar prisão e multa.

Faça você também a sua parte e compartilhe essa ideia!

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Discurso do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte por ocasião da solenidade de posse do Des. João Maria Lós no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Aos trinta dias do mês de janeiro do ano de dois mil e quinze.

A vida nunca será tão breve nem tão demorada para que não haja tempo e lugar, cedo ou tarde, para dela recolherem-se, quando menos se espera, delicadas lições de cortesia. Somos gratos, pois, ao Des. Paschoal Carmello Leandro, Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, que nos designou para falar, em nome da Corte, nesta solenidade tão cara para a comunidade jurídica do nosso Estado, máxime para a do Tribunal de Justiça/MS.

É festivo o dia, festivos e alegres no encontramos, alegres e festivos nos sentimos, pois honrados com a presença de tantas autoridades e de tantas ilustres pessoas nesta solenidade. Nós nos encontramos em um final de tarde memorável.

Bobbio, em seu livro " Pelos Caminhos da Memória", diz-nos que além de sermos o que temos pensado, amado e realizado, somos também o que recordamos. Pois a riqueza está nos afetos que alimentamos, nos pensamentos que vivemos, nas ações que realizamos e nas lembranças que cultivamos.

No início da década de 80, conhecemos os então promissores Juízes, que assumem a direção deste Areópago – João Maria Lós (Presidente), Paschoal Carmello Leandro (Vice-Presidente) e Julizar Barbosa Trindade (Corregedor-Geral de Justiça).

Consolidaram-se, ao longo destes anos, como magistrados, não só no exercício da atividade primária do Poder Judiciário, mas também como Administradores, sendo certo que o Des. João Maria Lós já exerceu, por um biênio, o cargo de Vice-Presidente deste Tribunal e que o Des. Paschoal Carmello Leandro, no biênio que ora se implementa, na condição de Vice-Presidente da exitosa Administração do Des. Joenildo de Sousa Chaves, aposentado em 01.10.2014, assumiu a Presidência. No período em que exerceu a Presidência, o Des. Paschoal demonstrou raro pendor administrativo, sublinhado pelo seu caráter conciliador e pela sua capacidade laboral. Vossa Excelência, Des. Paschoal, deixa a Presidência posicionando-se na galeria dos dinâmicos presidentes desta Casa de Justiça, merecendo o respeito, o acatamento e a admiração de todos nós.

Na Corregedoria-Geral de Justiça assume o Des. Julizar Barbosa Trindade, Magistrado vocacionado, operoso e de prudente recato, que vinha exercendo as funções de Vice-Presidente, em consequência à aposentadoria do Des. João Batista da Costa Marques. Julizar Barbosa Trindade, ao deixar a vice-presidência, para assumir a Corregedoria-Geral de Justiça, terá a responsabilidade de suceder a Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, com gestão elogiada e copiada por vários Tribunais.

Vê-se, assim, que os três integrantes da Administração que ora se inicia 2015/2016 – são magistrados vocacionados e com larga experiência administrativa, circunstâncias que os credenciam, sobretudo, a compor o Conselho Superior da Magistratura, sendo todos sabedores de que no Judiciário não há espaço para biografia pessoal, importando sempre o interesse público. Cumprirão, simplesmente, a Constituição e as Leis como acabaram de jurar. Em síntese, os ora empossados, pelo muito que já fizeram e, certamente, farão em prol do Judiciário em geral, são reconhecidamente credores dos nossos encômios, não apenas pelo encargo que recebem, sobrecarregado por ingentes tarefas e múltiplas dificuldades, mas, também, pelo empenho; trabalho profícuo; seriedade e dedicação demonstrados ao longo de suas respectivas carreiras.

Des. João Maria Lós, nosso Presidente. Quando Vossa Excelência ingressou na magistratura, em 1981, já o recebemos com muita esperança, no sentido de que seria um magistrado que não se confinaria nos

estreitos limites da letra. Daquele ano a 2015, acompanhamos uma vida profissional bem-sucedida. Depois de Miranda, judicou por vários anos em Corumbá, até chegar em Campo Grande. Em 1997, tomou assento no Tribunal de Justiça, e *hic et nunc,* agradecemos a Deus, ao vê-lo assumir o maior posto do Judiciário Sul-Mato-Grossense. São tempos idos e vividos, como diria Machado de Assis. Nesse longo interregno de exercício jurisdicional, Vossa Excelência não se ligou no que diz literalmente a lei, mas ficou ali, na lida, lutando, suando, pelejando, garimpando o verdadeiro sentido das palavras e o verdadeiro sentido dos fatos. Parafraseando Tobias Barreto e homenageando a minha terra natal, diríamos que Vossa Excelência navegou como um canoeiro de Albuquerque: *"arriba em parte aonde lhe permite a força que imprime ao remo, em parte aonde lhe permite a força da correnteza."*

Sabemos que Vossa Excelência convive com a Justiça. Para Vossa Excelência ela tem nostalgia pela equanimidade. Ela é calma, não irada. Ela semeia a paz, não o distúrbio. Ela provoca a alegria, não a tristeza. Ela liberta, não aprisiona. Desejamos e temos a certeza de que Vossa Excelência, como nosso timoneiro, seja a voz da Justiça neste Plenário e, mais e além disso, que não se esqueça da lição de Adriano Antonino, famoso imperador dos romanos, que, após um dia extenuante de audiências, ao afirmar que iria regressar para o palácio, foi indagado por uma velha senhora do porquê ela não seria atendida. Porque estou cansado, respondeu o imperador. *"Então não seja imperador.",* replicou a senhora. Adriano atendeu a senhora, não só a ouvindo em audiência, naquele mesmo dia, mas dando razão ao seu pleito (A História da Civilização. Vol III, pág. 326. Ed. Record, Will Durant).

Vossa Excelência, Des. João Maria Lós, crê na Justiça, como a persistência da gota d'água na pedra robusta, como a firmeza do trigo que resiste ao vendaval, como o orvalho gelado que renasce a cada madrugada na Pátria de seus ascendentes. Ademais, antes de se preocupar com a quantidade de decisões prolatadas, aspecto quantitativo, Vossa Excelência sempre primou pela qualidade das decisões – aspecto qualitativo, fundamentando-as de acordo com o comando constitucional e em respeito às partes. A autoridade das decisões de Vossa Excelência, e não a autoridade do seu cargo, fez, de forma contínua, nestes longos anos de magistratura, que todos os seus jurisdicionados pudessem responder à eventual prepotência pública ou privada. Hospedou suas decisões o reflexo da luz da lua, fazendo brilhar a sua própria luz interior.

Des. João Maria Lós, no exercício da Presidência, que sua serenidade não se confunda com a indiferença, que a prudência não se transforme em omissão; que a compreensão não se dissimule na complacência, que a retidão não se traduza em intolerância; que o rigor não chegue à iniquidade e que a independência não tome, jamais, as vestes do orgulho.

Nos julgamentos colegiados Vossa Excelência sempre deixou claro que a inocência das pessoas é pressuposto sagrado; que a boa fama de muitos homens é frequentemente o seu único patrimônio; que a verdade não aparece pelo castigo e que nem se faz justiça alimentando impulsos egoísticos ou afagando expectativas de vinditas. Imperfeita como qualquer ideal humano, sabe Vossa Excelência, Des. João Maria Lós, que a justiça existe para reduzir as diferenças, não para acentuá-las. *"É tão evidente que a injustiça, sob todas as suas formas, é o pior dos males, que bastará isso para fazer da Justiça a mais desejável das virtudes"*, **escreve o filósofo Francis Wolff na coletânea de ensaios "Vida Vício Virtude." E ressalva:** *" por mais raro que seja o homem justo, ele, todavia, não é ninguém especial, é simplesmente como cada um deveria ser".* Vossa Excelência sempre deixou claro, em suas decisões, para nós outros, que em cada processo hospeda-se uma vida.

Este momento será inesquecível. As alegrias e as emoções, os entusiamos e as esperanças, os sentimentos de um justificado orgulho, onde os sonhos de juventude, e na satisfação do ideal que se atingiu na maioridade, são compartilhados em festas por sua companheira Izabel, seus filhos Gabriel, Guilherme e Renata, pelo neto João Augusto, os demais familiares, amigos e especialmente, pelos seus colegas desembargadores, que recebem a assunção de Vossa Excelência ao cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul com simpatia, carinho e esperança. O esforço e o exemplo deixados por seus pranteados Pais, Irene Jadwiga Lós e Stanislaw Jan Lós, são recompensados pela dignidade que Vossa Excelência dá ao cargo que assume, ficando, nesta solenidade, preenchida a antiga máxima, no sentido de que não são os cargos que honram os homens, mas os homens que honram os cargos.

Que Deus o ilumine e o inspire para a glória da nossa Justiça, que lhe dê força e saúde, para felicidade de seus familiares e amigos.

Concluo citando Fernando Sabino, quando realça as três certezas que ficam, as quais ensejam uma reflexão sobre a perseverança, virtude da qual nunca se afastou Vossa Excelência:

> *"De tudo ficam três coisas: a certeza de que estamos começando, a certeza de que é preciso continuar e a certeza de que podemos ser interrompidos antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo, fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sonho uma ponte, da procura um encontro. Fica a promessa do reencontro... Fica o desejo de boa sorte... Fica a vontade de que lutes e venças."*

Discurso do Des. João Maria Lós por ocasião da solenidade de sua posse no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Aos trinta dias do mês de janeiro do ano de dois mil e quinze.

Egrégio Tribunal Pleno, Eminentes Desembargadores, Caríssimos colegas Magistrados, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, Advogados e Servidores, Familiares e Amigos, Senhoras e Senhores:

Agradecer oradores que antecederam pelas palavras gentis, fruto da grandeza de seus corações, e, de nossa amizade, especialmente o Des. Claudionor Abss Duarte, de quem fui Vice-Presidente, e que me honra com sua amizade, desde a Banca Examinadora do meu concurso para Juiz.

Mas, que minhas palavras sejam de agradecimento pela confiança que em mim depositaram os eminentes Desembargadores, os quais me conduziram a condição de Presidente deste Sodalício, Órgão que sempre tive orgulho de compor.

Quero deixar registrado, desde já, que trabalharei com afinco para corresponder a credibilidade em mim depositada, sempre agindo com Moralidade e Independência funcional, Princípios esses norteadores da minha atividade profissional.

Assumo a função ciente que terei muito trabalho, pois o mínimo que de mim esperam é que continue a manter esta Corte dentre as melhores do País.

Sei, também, que as anteriores Administrações superaram as expectativas no desempenho de seu labor, especialmente a do Des. Paschoal Carmello Leandro, que em poucos meses de exercício conquistou importantes benefícios para o Poder Judiciário.

Aliás, aqui registro particular agradecimento ao Des. Paschoal, pela lhaneza, boa vontade e pronta disposição em facilitar e antecipar a preparação de minha assunção.

Com isso, esta Administração agradece aos sucedidos pela condução exemplar do Tribunal de Justiça, fazendo terreno fértil, cultivando e colhendo benefícios que serão muito importantes para o exercício e as conquistas da atual Presidência.

Quem conheceu o Judiciário Sul-Mato-Grossense em 1981, quando tinha dois prédios próprios (Naviraí e Miranda), e, hoje constata que falta construir tão só mais dois edifícios de Fórum (Terenos e Inocência) para que todas as Comarcas tenham prédios próprios, sabe o quanto o Judiciário evoluiu neste aspecto.

Recebo a Administração de um dos mais modernos e bem aparelhados Tribunais do País. Altamente conceituado pela qualidade e eficiência dos serviços que presta, mercê do trabalho dos Magistrados e Servidores desta Corte.

Por isso, almejo uma Casa da Justiça ainda mais democrática, com as portas abertas ao jurisdicionado, garantindo efetivo acesso às minorias, onde os Magistrados possam laborar com independência e de forma eficiente suas decisões, primando pela celeridade da prestação jurisdicional e, principalmente, focado na função maior deste Poder, que é julgar.

Antevejo alguns desafios e dificuldades que iremos encontrar, mas entendo ser possível contorná-los com eficiência, boa vontade e criatividade. Aliás, isso de algum modo já vem ocorrendo, com a criação da Central de Processamento Eletrônico, primeira no Brasil, que tornou muito mais dinâmica a atividade cartorária, atingindo-se produção pelo menos três vezes superior ao método convencional.

Estaremos focados em priorizar o exercício da atividade fim do Poder Judiciário. Há necessidade de um Judiciário eficiente, onde o ser humano seja o princípio e fim das suas atividades. Deve-se buscar a eficiência na aplicação do Poder, adequado à realidade social, como condição necessária para a realização do bem-comum.

Do processo, com seus escopos social, político e jurídico, exige-se a promoção da paz, transcendendo a esfera do caso concreto e se projetando para toda a coletividade.

O Juiz não é um espectador, mas protagonista da evolução social, devendo ter consciência de que suas decisões, por mais simples que sejam, no mundo globalizado em que vivemos, podem tomar consequências universais.

Muitas vezes, porém, embora queira, o Magistrado e os servidores não conseguem exercer a jurisdição como gostariam, ficando sufocados por fatores externos que podem ser minimizados ou até mesmo eliminados pela Administração.

É cediço que a divisão da atividade jurisdicional apresenta desproporções causadoras de expressivo desperdício de recursos humanos e materiais. Há Foros e Juízos com pouco movimento forense, enquanto que, noutros, faltam Juízes e servidores. Pretendo adequar a distribuição de tarefas de forma proporcional, para que não haja sobrecarga de trabalho, muito menos de ócio.

Almejando alcançar a Eficiência, Princípio Constitucional da Administração, que implica no emprego racional dos meios, faz-se importante o controle dos serviços jurisdicionais, para verificar a quantidade das decisões judiciais e, principalmente, a qualidade.

Precisamos combater a morosidade, isso é fato, mas não podemos nos esquecer do resultado efetivo que é a pacificação social, que somente será alcançada com o exercício da atividade jurisdicional de forma consciente e com humanidade.

À frente desta Administração, não hesitaremos em usar o Poder Disciplinar, se necessário. Contudo, não permitiremos ataques infundados a qualquer membro do Judiciário.

Defenderemos ferozmente os ideais que sempre perseguimos, de um Poder Judiciário independente, forte e capaz de atender às aspirações da população.

Além disso, há de ser mantida, também, a harmonia das relações institucionais, tanto com os Poderes Executivo, com o qual pretendemos atuar em parceria na condução do Judiciário, quanto Legislativo, e demais autoridades constituídas.

Pretendo, nesse biênio, fortalecer os juízes de 1º grau, as Comarcas de Fronteira, os Juizados Especiais e as Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar.

Pretendo implantar uma política de valorização do servidor, enxugando a máquina administrativa para investir os recursos na melhoria da qualidade de vida dos funcionários. Reconheço as dificuldades e o esforço que os serventuários sempre despenderam em prol da Justiça. Sei de suas justas reivindicações.

Como disse quando fui eleito, a vida me ensinou que todos nós temos qualidades e defeitos, e por isso vou procurar identificar a melhor qualidade de cada um, Desembargador, Juiz e Servidor para reverter em benefício do Judiciário.

Assim, sei que na minha empreitada na Direção deste Órgão posso contar com o auxílio técnico de Desembargadores merecedores da minha admiração e respeito, que são o Des. Paschoal Carmello Leandro, na Vice-Presidência, e o Des. Julizar Barbosa Trindade, na Corregedoria, amigos e colegas de longos anos.

Além desses colegas, convoco a todos os Magistrados, Serventuários, Colaboradores, Autoridades e demais pessoas interessadas, a conosco fazer uma Administração em prol de um Judiciário mais humano e eficiente, onde os seus membros tenham prazer de trabalhar, pois sabem que serão valorizados.

Parodiando o Presidente Kennedy, rogo a todos que ao invés de indagar o que o Judiciário fará por nós, indaguem o que nós poderemos fazer pelo Judiciário.

Na nova empreita, acompanham-me os ensinamentos e experiências que me proporcionaram meus saudosos Pais Stanislaw e Irene, exemplos de ser humano, com quem aprendi o valor de ser decente e a dignidade que o trabalho proporciona. Também me instruem as lições de meus filhos Guilherme, Gabriel e Renata, que me ensinaram o sentido da vida. Minha querida Isabel, aliada companheira e dedicada, que me apoia em todos os momentos.

Devo agradecer, também, o apoio e prestigiamento de meus irmãos, genro e noras, cunhados, sobrinhos e demais familiares. Bem como meus amigos que aqui se fazem presentes.

A todos homenageio na pessoa do meu neto João Augusto.

Dizem que quando uma criança nasce a vida se renova. É mais que isso, a gente se transforma em uma pessoa muito melhor! Meu neto João Augusto me mostrou como isso acontece, pois com ele reencontrei-me com a infância. Falam também que o amor de pai é o mais próximo do amor de Deus. O que dizer, então, do amor de avô, que é pai duas vezes! Esse amor tão puro e mais experiente me ilumina, completando a minha existência, trazendo a certeza da continuidade da minha geração. Eis a razão do meu ser! Na presença do pequeno João Augusto sei que posso envelhecer com tranquilidade, pois com sua juventude estará sempre me encorajando a enfrentar os desafios que terei pelo caminho. Que Deus o abençoe!

Por isso, rogando a proteção de Deus, assumo o cargo com determinação e entusiasmo e a promessa de fazer o meu melhor.

Muito obrigado a todos!

Empossada administração do TJMS para o biênio 2015/2016 – 30/01/2015



"A caminhada até aqui foi acidentada, mesmo que breve, com desafios reais, mas não intransponíveis. E esses desafios reais, ainda muitos e sérios, seguramente serão enfrentados com determinação pelo novo Presidente Des. João Maria Lós". Com essas palavras e bastante emocionado, o Des. Paschoal Carmello Leandro transmitiu a Presidência do Tribunal de Justiça para o Des. João Maria Lós e por ele foi empossado Vice-Presidente da Corte para o próximo biênio. O Des. Julizar Barbosa Trindade assumiu o cargo de Corregedor-Geral de Justiça. Personalidades civis e militares, autoridades, empresários, juízes e desembargadores aposentados lotaram os plenários no Palácio Leão Neto do Carmo, onde foi realizada a solenidade de posse da Administração que comandará os destinos do Poder Judiciário de MS nos próximos dois anos. Em nome do Tribunal de Justiça falou o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Antes de recepcionar o novo presidente do TJMS, ele mencionou que no período em que exerceu a Presidência, o Des. Paschoal demonstrou raro pendor administrativo, *"sublinhado pelo caráter conciliador e pela capacidade laboral"*.

"Os três integrantes da Administração que ora se inicia são Magistrados vocacionados e com larga experiência administrativa, circunstâncias que os credenciam, sendo todos sabedores de que no Judiciário não há espaço para biografia pessoal, importando sempre o interesse público", discursou Des. Claudionor.

Em nome dos 11.800 advogados de Mato Grosso do Sul discursou o presidente da OAB/MS, Dr. Júlio Cézar Souza Rodrigues. Ele lembrou que o TJMS atua com os demais operadores do Direito com um único fim: revelar a mais adequada aplicação da lei como melhor forma de servir aos cidadãos Sul-Mato-Grossenses, titulares do direito fundamental ao serviço constitucional.

"Cumprimento a nova administração, desejando uma profícua missão nesta egrégia Corte, estendendo-lhes a solidariedade do integral apoio da OAB/MS na resolução dos problemas e na superação dos permanentes desafios com que se defronta esta Corte e na garantia e defesa dos valores republicanos", garantiu Dr. Júlio Cezar.

O Procurador-Geral de Justiça, Humberto de Mattos Brittes, cumprimentou a nova administração, não sem antes lembrar o excelente trabalho realizado pelo Des. Paschoal Carmello Leandro enquanto esteve à frente do TJMS.

Brittes citou que em 2015 o Tribunal de Justiça e o Ministério Público enfrentarão juntos um grande desafio técnico, especialmente desafiador, e garantiu o diálogo institucional, a parceria e o respeito mútuo, sempre visando o fim maior que é oferecer aos cidadãos Sul-Mato-Grossenses um serviço mais eficiente e de melhor qualidade.

"Mahatma Gandhi asseverou que se quisermos progredir não devemos repetir a história, mas fazer uma nova. O TJMS e o MP, em uma parceria bem sucedida, vêm cumprindo seu papel na construção dessa nova história".

O Des. Lós começou seu discurso agradecendo. *"Que minhas palavras sejam de agradecimento pela confiança em mim depositada pelos desembargadores que me conduziram à condição de Presidente deste Sodalício, Órgão que sempre tive orgulho de compor".*

Ele garantiu que trabalhará com afinco para corresponder a credibilidade nele depositada e agindo com moralidade e independência funcional. *"Parodiando o Presidente Kennedy, rogo a todos que em vez de indagar o que o Judiciário fará por nós, indaguem o que nós poderemos fazer pelo Judiciário.(...) E, rogando a proteção de Deus, assumo o cargo com determinação e entusiasmo e a promessa de fazer o meu melhor".*

Fotos – Veja fotos da posse no Flickr do TJMS (https://www.flickr.com/photos/galeriatjms/sets/72157650498103716/).





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Casa da Mulher Brasileira integra atendimento à vítima de violência – 03/02/2015



A Presidenta Dilma Rousseff inaugurou na manhã desta terça-feira (3), em Campo Grande, a primeira Casa da Mulher Brasileira do País. O complexo integra todos os serviços especializados para atender a mulher vítima de violência, como Judiciário, delegacia, defensoria, promotoria, equipes psicossocial e de orientação para emprego e renda, além de brinquedoteca e área de convivência. A ação faz parte do Programa Mulher Viver sem Violência da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR).

Durante a inauguração, Dilma Rousseff afirmou que a Casa da Mulher Brasileira viabiliza a ação conjunta de todos os órgãos do Estado em política de combate à violência contra a mulher. A cidade é a primeira das 27 capitais a instalar a Casa, um dos eixos do programa Mulher, Viver sem Violência.

"Nessas casas nós queremos viabilizar o ataque conjunto de todos os órgãos do estado brasileiro, de todos os órgãos da federação, das polícias, da Defensoria Pública, do Ministério Público, juntos atuando de forma unificada para garantir que, de fato, o Estado brasileiro, não importa que governo, tenha tolerância zero em relação a violência que se abate sobre a mulher. Eu tenho certeza que nós aqui vamos pegar o touro à unha, nós todas e todos os nossos companheiros, parceiros também. (...) É dever nosso, dever de todos nós, assegurar que a mulher viva sem medo, que tenha direito de construir a sua vida sem medo e sem ofensa".

De acordo com o presidente do Tribunal de Justiça de M.S., Des. João Maria Lós, o Judiciário irá instalar uma vara de combate à violência contra a mulher na Casa da Mulher Brasileira. *"Não sabemos que extensão, que dimensão ela vai ter. A ideia em estudo é ter um sistema que dê atendimento imediato para resolver o problema da família. O juiz atuaria no local somente para examinar as cautelares. A repressão seria imediata".* O presidente estuda ainda a possibilidade de obter recursos do Governo Federal para instalar todas as varas de violência contra a mulher com a construção de um anexo, um prédio em convênio com o Executivo Federal para concentrar todo o problema de violência contra a mulher em um só local.

A instalação da Primeira Casa do País em Mato Grosso do Sul é emblemática, uma vez que, de acordo com informações do Governo Federal, o estado é o 2º com mais casos de estupro no Brasil: um a cada sete horas, estatística que leva em consideração apenas os casos registrados nas polícias. Campo Grande é a capital com a maior taxa de atendimentos registrados na Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, segundo o Balanço

Anual de 2014. A unidade da Casa da Mulher terá como missão demonstrar para todo o Brasil, com um exemplo de atendimento, acolhimento e apoio à mulher, que é possível mudar a cultura de violência de gênero.

Além do presidente do TJMS, os desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Corregedor-Geral de Justiça, Ruy Celso Barbosa Florence, Coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e Maria Izabel de Matos Rocha, Coordenadora da Infância e da Juventude, prestigiaram a solenidade de inauguração da Casa da Mulher.

Estrutura – A Casa da Mulher Brasileira de Campo Grande recebeu investimentos de R$ 18,2 milhões do Governo Federal, dos quais R$ 7,84 milhões foram para construção da Casa. O resto é para custeio e aparelhamento, para um período de 2 anos, que serão repassados para a prefeitura. Hoje a Casa Campo-Grandense já possui 126 profissionais contratados, e a expectativa é chegar em 160. A estimativa é de que o espaço deve atender entre 200 e 250 pessoas por dia.



TJ implanta coleta de pilhas e baterias na Capital e em Dourados – 03/02/2015



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul desenvolveu um sistema de coleta de pilhas e baterias usadas por meio de caixas coletoras, chamadas de Papa-Pilha, que estão localizadas no saguão principal do Tribunal de Justiça, no Fórum de Campo Grande, no Juizado Especial Central e tem instalação prevista para esta semana no Fórum de Dourados.

As pilhas e baterias em funcionamento não oferecem riscos à saúde. O problema é quando elas são descartadas em lixo comum e as cápsulas que as envolvem passam por deformações, deixando vazar o líquido tóxico de seus interiores. Esse líquido se acumula na natureza e contamina o solo e o lençol freático.

O objetivo do projeto é contribuir para o descarte adequado destes materiais que representam um risco ao meio ambiente e à saúde pública se descartadas no lixo comum, além de conscientizar os servidores e jurisdicionados da necessidade de dar um destino correto a esses materiais.

Assim, os servidores e o público poderão depositar nos Papa-Pilha, as pilhas e baterias de celulares que já não estão sendo mais utilizados, evitando que sejam descartados de forma inadequada e dando um destino ecologicamente correto para as baterias e pilhas em desuso.

O projeto prevê que os resíduos coletados serão encaminhado para uma das empresas cadastradas no projeto ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica) em Campo Grande.

Ecogestão – O projeto de implantação do Papa-Pilha é mais uma ação na área de Ecogestão do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Confira as ações e projetos desenvolvidos para a gestão ambiental no *link* http://www.tjms.jus.br/projeto_ecogestao/.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Judiciário arrecada mais de R$ 3 mi com leilão de carros em 2 anos – 05/02/2015



Nesta quarta-feira (5), o Juiz Aluízio Pereira dos Santos deixou a Presidência da Comissão de Licitação do Conselho Estadual Antidrogas (CEAD), que passará a ser ocupada pelo Juiz Olivar Augusto Roberti Coneglian.

Em seu último dia como Presidente, o Magistrado foi parabenizado pelo trabalho realizado à frente da Comissão de Licitação. *"Doutor Aluízio trouxe uma nova dimensão para a realização de leilões"*, afirmou o Promotor de Justiça Sérgio Fernando Harfouche, que também declarou que *"o Estado de Mato Grosso do Sul é referência nacional na realização de leilões, superando os Estados de SP, RJ, MG e DF juntos em arrecadação"*. Para ele, *"o objetivo agora é tentar reproduzir esse modelo em outros Estados"*.

Na Presidência da Comissão desde fevereiro de 2013, o Magistrado, a fim de facilitar a administração do grande número de carros apreendidos no tráfico de drogas, dividiu o Estado em cinco circunscrições, à frente das quais há cinco leiloeiras responsáveis por fazer o levantamento da quantidade de veículos apreendidos nas delegacias, sua avaliação e também o desembaraçamento necessário a sua venda.

Aluízio também realizou grandes mudanças ao alterar a maneira como as hastas são feitas, deixando de serem apenas presenciais e passando também a serem transmitidas via *internet*, o que gerou o aumento na quantidade de bens arrematados, e como consequência um incremento nas verbas recolhidas.

Foi também durante a gestão do Juiz que foi realizado, em fevereiro de 2014, o 1ºLeilão Judicial *On-line* no Brasil, assim reconhecido pelo Ministério da Justiça. No biênio 2013/2014, o juiz ainda implantou outras mudanças que geraram economias significativas ao Poder Público, já que o Judiciário deixou de alugar pátios para guardar os carros, que agora permanecem nas delegacias, de onde são arrematados diretamente *on-line*.

Todas essas modificações implementadas foram responsáveis por uma diminuição substancial na quantidade de veículos confiscados nos pátios das delegacias, evitando que virem sucatas devido à exposição ao tempo.

Segundo dados do Conselho Estadual Antidrogas de MS, durante a administração do magistrado foram realizados oito leilões e arrecadados mais de R$ 3,3 milhões com a venda de cerca de aproximadamente 800 automóveis para vários estados do Brasil e até para o exterior.

Toda a renda obtida com a venda desses bens é repassada à Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), que mediante a apresentação de projetos para o combate ao tráfico de entorpecentes, transfere porcentagens diversas ao Judiciário, Ministério Público e Secretaria de Segurança Pública. Sendo assim, a parte pertencente ao Poder Judiciário Sul-Mato-Grossense, a quem são destinados 10% de todo o recolhimento, ultrapassa R$ 350 mil.

Ao assumir a Presidência da Comissão de Licitação, o Juiz Olivar Coneglian se comprometeu a continuar os trabalhos da gestão anterior.

Também na quarta-feira, ocorreu mais um leilão on-line e presencial, onde 114 veículos foram colocados à venda, dos quais todos foram arrematados, gerando uma arrecadação de aproximadamente R$ 860 mil, cujo evento foi acompanhado em uma das salas do Edifício Evolution, na Capital, com a presença de várias autoridades do Judiciário, Ministério Público, e inclusive, do Secretário de Segurança Pública.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação – imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação n. 0001975-46.2008.8.12.0041 048
Apelação n. 0009483-35.2010.8.12.0021 059
Apelação n. 0808794-10.2013.8.12.0002 065

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0800644-85.2014.8.12.0008 069
Apelação n. 0820212-79.2012.8.12.0001 075
Mandado de Segurança n. 1408171-63.2014.8.12.0000 080

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0800318-75.2013.8.12.0036 083
Apelação n. 0807782-92.2012.8.12.0002 087
Apelação n. 0825135-17.2013.8.12.0001 091

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0837269-76.2013.8.12.0001 094
Apelação n. 0012100-57.2012.8.12.0001 101
Apelação n. 0018993-64.2012.8.12.0001 110
Apelação n. 0800483-44.2012.8.12.0041 120

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0001533-24.2009.8.12.0016 127
Apelação n. 0800278-45.2012.8.12.0031 139
Apelação n. 0826845-72.2013.8.12.0001 151

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000062-64.1996.8.12.0036 155
Apelação n. 0060790-54.2011.8.12.0001 160
Apelação n. 0804056-58.2013.8.12.0008 166

João Maria Lós

Agravo Regimental n. 0050104-03.2011.8.12.0001/50000 176
Agravo Regimental n. 0074408-03.2010.8.12.0001/50000 181
Agravo Regimental n. 0800505-31.2013.8.12.0021/50000 199

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0014461-47.2012.8.12.0001 202
Apelação n. 0801859-33.2013.8.12.0008 209
Reexame Necessário n. 0803337-60.2014.8.12.0002 213

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0028803-34.2010.8.12.0001 217
Apelação n. 0053631-26.2012.8.12.0001 221
Apelação n. 0056433-02.2009.8.12.0001 226

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0000168-62.2010.8.12.0027 229
Apelação n. 0800524-55.2013.8.12.0015 239
Apelação n. 0804550-20.2013.8.12.0008 242

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0002052-72.2010.8.12.0045 248
Apelação n. 0012805-23.2010.8.12.0002 252
Apelação n. 0835149-60.2013.8.12.0001 257

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0022384-32.2009.8.12.0001 262
Apelação n. 0044930-13.2011.8.12.0001 276
Apelação n. 0071882-63.2010.8.12.0001 285

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0062944-45.2011.8.12.0001 298
Apelação n. 0828509-41.2013.8.12.0001 304
Agravo Regimental n. 1412529-71.2014.8.12.0000/50000 308

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação n. 0009644-71.2011.8.12.0001 314
Apelação n. 0806310-22.2013.8.12.0002 321
Apelação n. 0810584-32.2013.8.12.0001 329

Oswaldo Rodrigues de Melo

Agravo Regimental n. 0046574-25.2010.8.12.0001/50000 335
Apelação n. 0800915-52.2013.8.12.0001 339
Apelação n. 0819199-45.2012.8.12.0001 349

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0020927-57.2012.8.12.0001 357
Apelação n. 0032645-51.2012.8.12.0001 361
Mandado de Segurança n. 1407892-77.2014.8.12.0000 365

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0000684-51.2007.8.12.0039 369
Apelação n. 0018613-46.2009.8.12.0001 374
Apelação n. 0801468-95.2012.8.12.0046 382

Vilson Bertelli

Apelação n. 0000081-41.1999.8.12.0044 387
Apelação n. 0029933-25.2011.8.12.0001 393
Apelação n. 0800527-14.2011.8.12.0004 399

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0059531-24.2011.8.12.0001 402
Apelação n. 0066526-92.2007.8.12.0001 406
Apelação n. 0819768-46.2012.8.12.0001 416

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0000018-59.2011.8.12.0023 420
Habeas Corpus n. 1406264-53.2014.8.12.0000 426
Habeas Corpus n. 1406871-66.2014.8.12.0000 429

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0000936-73.2011.8.12.0052 432
Apelação n. 0053404-07.2010.8.12.0001 435
Habeas Corpus n. 1411014-98.2014.8.12.0000..... 439

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0000680-49.2013.8.12.0024 445
Apelação n. 0002713-25.2011.8.12.0010 449
Habeas Corpus n. 1414142-29.2014.8.12.0000 457

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Habeas Corpus n. 1413081-36.2014.8.12.0000 463
Habeas Corpus n. 1413843-52.2014.8.12.0000 467
Habeas Corpus n. 1414522-52.2014.8.12.0000 470

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0032624-41.2013.8.12.0001 475
Habeas Corpus n. 1412886-51.2014.8.12.0000 479
Habeas Corpus n. 1412963-60.2014.8.12.0000 485

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0002916-16.2013.8.12.0010..... 491
Apelação n. 0038274-69.2013.8.12.0001 494
Habeas Corpus n. 1414586-62.2014.8.12.0000 499

Maria Isabel de Matos Rocha

Recurso em Sentido Estrito n. 0000122-10.2013.8.12.0014..... 502
Agravo de Execução Penal n. 0035800-28.2013.8.12.0001 510
Conflito de Jurisdição n. 1602140-43.2014.8.12.0000 516

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0200208-59.2012.8.12.0037 521
Habeas Corpus n. 1411602-08.2014.8.12.0000..... 526
Habeas Corpus n. 1413589-79.2014.8.12.0000 530

Ruy Celso Barbosa Florence

Recurso em Sentido Estrito n. 0002817-79.2004.8.12.0004..... 534
Apelação n. 0002908-66.2013.8.12.0001 539
Agravo de Execução Penal n. 0005194-59.2014.8.12.0008 545

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Doação. Reintegração de posse. Descumprimento de encargo. Prazo decadencial. Termo inicial (0059531-24.2011.8.12.0001) 402

Partilha. Petição de herança. Coisa julgada. Inocorrência. Prescrição ânua. Não aplicação. Prazo vintenário ou decenal (0000684-51.2007.8.12.0039) 369

Ação de prestação de contas

Contrato de locação. Loja em shopping center. Obrigação de prestar contas (0032645-51.2012.8.12.0001).....361

Ação de reparação de danos

Leilão de gado bovino. Leilão virtual. Intermediação na venda. Recebimento de comissão. Adquirente que deixa de pagar o preço do gado vendido. Dever de indenizar (0800483-44.2012.8.12.0041) 120

Ação de usucapião especial

Pro misero. Art. 183/CF. Contrato de cessão de direitos. Inadimplência do autor. Ausência de *animus domini* (0819768-46.2012.8.12.0001).....416

Ação declaratória de nulidade

Partilha de bens. Escritura pública de compra e venda. Registro apenas em nome da ex-cônjuge varoa. Sentença homologatória. Simulação. Decadência. Sentença reformada (0044930-13.2011.8.12.0001) 276

Alienação fiduciária

Demora na liberação do gravame. Veículo financiado. Débito quitado. Restrição ao direito de propriedade. Dano moral. Indenização devida (0804550-20.2013.8.12.0008).....242

Ação monitória

Cheque devolvido por insuficiência de fundos. Termo inicial. Juros de mora. (0046574-25.2010.8.12.0001/50000) 335

Nota promissória. Prescrição. Prazo quinquenal (0828509-41.2013.8.12.0001) 304

Cessão de direitos

Acidente de trânsito. Reembolso das despesas médico-hospitalares. Sub-rogação. Vedação expressa (0820212-79.2012.8.12.0001).....075

Concurso público

Cargo de papiloscopista. Processo de seleção. Alteração do edital. Princípio da legalidade. Observância (1408171-63.2014.8.12.0000).....080

Condomínio

Cobrança. Multa. Infração ao regulamento do condomínio (0837269-76.2013.8.12.0001) 094

Condomínio pro indiviso

Extinção. Alienação. Nova avaliação. Cumprimento de sentença. Perdas e danos. Impossibilidade (0009483-35.2010.8.12.0021) 059

Dano material

Queda de cabo de energia elétrica. Perícia. Responsabilidade da concessionária. Danos comprovados. Morte de gado em estabelecimento rural. Indenização devida (0074408-03.2010.8.12.0001/50000).....181

Dano moral

Inclusão indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Compras realizadas por terceiro. Responsabilidade objetiva da empresa. Dano moral. Indenização devida (0001533-24.2009.8.12.0016).....127

Inversão do ônus da prova. Acolhida. Responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Erro médico. Não comprovação. Indenização indevida (0009644-71.2011.8.12.0001) 314

Transporte coletivo. Agressão verbal. Dano moral. Razoabilidade. Indenização devida (0012805-23.2010.8.12.0002) 252

Embargos à arrematação

Auto de arrematação assinado somente pelo juiz. Possibilidade. Transcurso do prazo. Decadência (0825135-17.2013.8.12.0001) 091

Embargos de terceiro

Execução fiscal. Penhora. Bem imóvel. Intimação do cônjuge. Necessidade. Nulidade da arrematação. Restituição dos valores desembolsados pelo arrematante (0801468-95.2012.8.12.0046) 382

Registro da penhora. Alienação do bem. Má-fé. Não comprovação (0810584-32.2013.8.12.0001) 329

Empresa de transporte

Responsabilidade civil. Roubo de carga. Contrato de seguro. Veículo rastreado. Causa excludente da obrigação de indenizar. Não comprovação (0800278-45.2012.8.12.0031) 139

Erro médico

Vítima nascituro. Sequela irreversível. Pensão mensal. Dano moral. Indenização devida. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Quantum mantido (0022384-32.2009.8.12.0001) 262

Exceção de pré-executividade

Acordo assinado pelo representante da instituição financeira. Quitação da dívida. Condição pendente para validade. Ausência de prova (0000062-64.1996.8.12.0036) 155

Execução

Título extrajudicial. Ausência de bens penhoráveis. Suspensão da execução. Justiça gratuita. Concessão de ofício. Impossibilidade. Comprovação da situação econômica (0000081-41.1999.8.12.0044).....387

Execução fiscal

Penhora on line. Sistema Bacenjud. Penhora em dinheiro. Ordem de preferência. Possibilidade (1412529-71.2014.8.12.0000/50000) 308

Indenização

Benfeitorias. Ônus da prova. Indenização por uso do imóvel. Devida. Valor do aluguel. Apuração em liquidação de sentença (0800915-52.2013.8.12.0001) 339

Compra e venda de veículo. Bem apreendido. Adulteração no chassi. Danos morais e materiais. Indenização devida (0062944-45.2011.8.12.0001) 298

Ex delicto. Homicídio. Colheita indevida de testemunho. Irrelevância. Prescrição. Afastada. Legítima defesa de terceiro. Ausência de prova. Dano moral. Indenização devida (0071882-63.2010.8.12.0001).....285

Extravio de bagagem. Incidência do CDC. Danos materiais e morais. Indenização devida (0014461-47.2012.8.12.0001) 202

Parceria pecuária. Perecimento do gado. Caso fortuito ou força maior. Afastados. Percentual de perdas previsto no contrato. Legalidade. Redução aplicada. Perdas e danos. Cotação. Correção monetária. Termo inicial. Lucros cessantes (0018613-46.2009.8.12.0001).....374

Protesto indevido. Endosso translativo. Banco. Legitimidade passiva. Dano moral. Indenização devida (0056433-02.2009.8.12.0001) 226

Retenção de salário em conta corrente. Amortização de dívida. Empréstimo consignado. Dano moral. Ato ilícito caracterizado. Indenização devida (0800505-31.2013.8.12.0021/50000).....199

Licença não remunerada

Servidora pública. Revogação sem motivação. Nulidade (0800318-75.2013.8.12.0036).....083

Mandado de Segurança

Aprovação em vestibular para ingresso em curso de ensino superior. Negativa de matrícula. Ausência de histórico escolar. Ensino médico não concluído. Preenchidos os requisitos. Matrícula devida (0803337-60.2014.8.12.0002) 213

Penhora

Imóvel arrematado com reserva de usufruto. Possibilidade. Direito do nu proprietário limitado à nua propriedade (0020927-57.2012.8.12.0001) 357

Pensão por morte

Legitimidade passiva do Estado. Dependente cursando ensino superior. Limite de idade. 24 anos (0806310-22.2013.8.12.0002) 321

Servidora estadual. Beneficiário maior de 18 anos cursando ensino superior. Possibilidade. Dependência econômica. Termo inicial. (0804056-58.2013.8.12.0008).....166

Plano de saúde

Cirurgia. Pagamento das despesas. Negado. Inexistência de estabelecimento ou profissional credenciado para o tratamento. Não comprovados (0050104-03.2011.8.12.0001/50000) 176

Negativa de autorização. Cirurgia. Urgência. Não comprovação. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0800644-85.2014.8.12.0008) 069

Negativa de cobertura. Serviço *home care*. Prescrição médica. Princípio da boa-fé. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Indenização devida (0060790-54.2011.8.12.0001) 160

Negativa de tratamento. Recusa indevida a cobertura. Hospital não credenciado. Ausência de informação. Danos materiais e morais. Indenização devida (0018993-64.2012.8.12.0001) 110

Tratamento médico. Hospital não conveniado. Urgência. Procedimento indicado por médico especialista. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0029933-25.2011.8.12.0001).....393

Registro de nascimento

Retificação. Divórcio. Genitora. Nome de solteira. Possibilidade (0808794-10.2013.8.12.0002).....065

Registro de óbito

Retificação. Anotação de bens a inventariar. Aquisição de posse de imóvel (0800524-55.2013.8.12.0015) 239

Rescisão contratual

Contrato de compra e venda. Multa contratual. Redução. Possibilidade. Arras. Retenção devida (0819199-45.2012.8.12.0001) 349

Promessa de compra e venda de imóvel. Inadimplência do comprador. Termo inicial. Taxa de fruição (0826845-72.2013.8.12.0001) 151

Responsabilidade civil

Acidente de trem. Menor impúbere à época do fato. Amputação do pé esquerdo. Culpa da concessionária. Danos morais e estéticos. Pensão vitalícia. Indenização devida (0001975-46.2008.8.12.0041).....048

Assassinato de servidor público. Crime praticado por outro servidor. Responsabilidade do Município. Afastada. Indenização indevida (0000168-62.2010.8.12.0027) 229

Erro médico hospitalar. Negligência na prestação do serviço. Lesões permanentes. Custeio do tratamento. Pensionamento vitalício. Dano moral. Indenização devida (0066526-92.2007.8.12.0001) 406

Responsabilidade civil do Estado

Mandado de busca e apreensão. Invasão de residência. Erro no cumprimento do dever legal. Dano moral. Indenização devida (0801859-33.2013.8.12.0008).....209

Prisão preventiva. Danos morais e materiais. Prisão ilegal. Não configuração. Indenização indevida (0002052-72.2010.8.12.0045).....248

Seguro de vida

Adicional. Doença grave. Cobertura. Nomeação do próprio segurado como beneficiário. Falecimento superveniente do segurado. Indenização pleiteada pela esposa. Direito pessoal e intransmissível (0012100-57.2012.8.12.0001) 101

Seguro obrigatório

Acidente automobilístico. Morte do nascituro. Indenização devida (0800527-14.2011.8.12.0004) 399

Sentença penal condenatória

Liquidação por artigos. Título judicial. Processo de conhecimento. Desnecessidade (0053631-26.2012.8.12.0001) 221

Transporte intermunicipal

Tratamento de saúde. Portadora de deficiência mental. Hipossuficiência comprovada. Isenção tarifária. Necessidade de extensão para acompanhante (0807782-92.2012.8.12.0002).....087

Tributário

Emissão de certidão negativa de débito. Ex-sócio da empresa. Responsabilidade tributária. Ausência de prova (1407892-77.2014.8.12.0000) 365

ISS. Competência. Local da prestação do serviço (0028803-34.2010.8.12.0001) 217

Usucapião extraordinário

Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Ausência de *animus domini.* Mera permissão. Posse viciada (0835149-60.2013.8.12.0001).....257

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Conflito negativo de competência

Furto qualificado. Corrupção de menores. Competência da vara criminal residual. Conflito acolhido (1602140-43.2014.8.12.0000).....516

Crime de desobediência

Violência doméstica. Descumprimento de ordem judicial. Absolvição. Atipicidade (0002908-66.2013.8.12.0001) 539

Crime de trânsito

Suspensão da habilitação. Pena. Princípio da proporcionalidade (0002916-16.2013.8.12.0010) 491

Crime militar

Concussão. Trancamento da ação penal. Inviabilidade (1406871-66.2014.8.12.0000) 429

Uso da viatura da corporação em proveito próprio. Infração disciplinar. Absolvição (0038274-69.2013.8.12.0001) 494

Denunciação caluniosa

Fato atípico. Absolvição (0053404-07.2010.8.12.0001).....435

Disparo de arma de fogo

Regime prisional. Reincidência. Antecedentes criminais. Substituição da pena. Impossibilidade (0032624-41.2013.8.12.0001) 475

Entorpecente

Associação para o tráfico. Não comprovação. Pena. Causa de diminuição. Possibilidade (0200208-59.2012.8.12.0037) 521

Prisão em flagrante. Garantia da ordem pública. Ausência de constrangimento ilegal (1412963-60.2014.8.12.0000) 485

Estatuto da Criança e do Adolescente

Infrator que completou 21 anos. Rejeição da representação (0000936-73.2011.8.12.0052).....432

Execução penal

Local de cumprimento da pena. Interno recolhido em presídio federal. Transferência para uma unidade prisional estadual. Incompetência da justiça estadual (0035800-28.2013.8.12.0001).....510

Remição por estudo. Frequência escolar. Interpretação restritiva. Impossibilidade (0005194-59.2014.8.12.0008) 545

Falsidade ideológica

Declaração de pobreza. Trancamento da ação penal. Possibilidade. Fato atípico (1413081-36.2014.8.12.0000)..... 463

Fiança

Embriaguez ao volante. Dirigir sem habilitação. Liberdade provisória. Dispensa (1413843-52.2014.8.12.0000) 467

Furto

Princípio da insignificância. Inaplicabilidade (0000680-49.2013.8.12.0024) 445

Furto qualificado

Bloqueio de envelopes em caixas eletrônicos. Reiteração delitiva. Prisão preventiva mantida (1414586-62.2014.8.12.0000) 499

Energia elétrica. Reparação do dano. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal (1411014-98.2014.8.12.0000) 439

Homicídio qualificado

Tentativa. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Pronúncia mantida (0002817-79.2004.8.12.0004) 534

Incêndio

Crime de dano. Desclassificação. Inviabilidade. Princípio da insignificância. Não acolhido. Pena. Substituição. Possibilidade (0002713-25.2011.8.12.0010).....449

Liberdade provisória

Conversão. Prisão preventiva. Estrangeiro. Concessão (1414522-52.2014.8.12.0000) 470

Porte ilegal de arma de fogo

Arma desmuniciada. Crime de perigo abstrato. Irrelevância (0000018-59.2011.8.12.0023).....420

Prisão preventiva

Decreto prisional.Entorpecente. Inidoneidade. Impossibilidade (1413589-79.2014.8.12.0000) 530

Entorpecente. Descumprimento de medidas cautelares (1406264-53.2014.8.12.0000).....426

Homicídio tentado. Embriaguez ao volante. Prisão preventiva. Requisitos presentes (1412886-51.2014.8.12.0000) 479

Prisão temporária

Homicídio qualificado. Revogação. Impossibilidade (1411602-08.2014.8.12.0000) 526

Pronúncia

Homicídio. Irresignação ministerial. Afastamento da qualificadora por motivo fútil. Possibilidade. Qualificadora do meio cruel. Mantida (0000122-10.2013.8.12.0014) 502

Violência doméstica

Descumprimento de medida protetiva de urgência. Prisão preventiva. Requisitos presentes (1414142-29.2014.8.12.0000) 457