Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 36 - n. 195
Janeiro a Março de 2015



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 36 - n. 195 - Janeiro-Março de 2015

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 36, n. 195

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. 195 (2015)- . - 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

Des. Nélio Stábile

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

Dr. José Ale Ahmad Netto (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

- A problemática questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do médico e a teoria da carga probatória dinâmica.

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues 007

- A (i)legalidade do flagrante diferido nos casos de organizações criminosas.

Carlos Alberto Garcete de Almeida..... 026

- O mercado de consumo e sua relação com o sistema democrático: breves comentários sobre a hipermodernidade e os direitos fundamentais.

Claudia Bossay Assumpção Fassa 033

- Audiência de Custódia: Uma Velha Novidade.

José Henrique Kaster Franco.....045

Jurisprudência Cível..... 054

Jurisprudência Criminal..... 493

Noticiário..... 638

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 670

Jurisprudência Criminal 673

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível..... 676

Jurisprudência Criminal 681

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A problemática questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do médico e a teoria da carga probatória dinâmica

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues[1]

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a problemática questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do profissional médico. Por ser o regime da responsabilidade civil do médico especial, a norma geral prevista no artigo 333, do Código de Processo Civil, é insuficiente para a justa solução do litígio. Ainda, para a questão, defende-se que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica estabelecida entre o profissional médico e o paciente lesado, logo, não é possível a inversão do ônus da prova com base no artigo 6º, inciso VIII. A solução da questão passa, então, necessariamente, pela avaliação da conveniência da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Código de Defesa do Consumidor. Distribuição do ônus da prova. Teoria da carga probatória dinâmica.

Área do Direito: Processual Civil (341.46). Prova (341.464). Consumidor (342.5).

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de prova. Verdade material. Visão publicista do processo. 3. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo. Distribuição do ônus da prova. 4. Teoria da inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor. 5. Teoria da carga probatória dinâmica. Definição. Caracterização. Incidência. Efeitos. 5.1. Sistema de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica. Vantagem. Fundamento jurídico. Advertência de procedimento e regra de julgamento. Limites para sua aplicabilidade. 5.2. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As ações de indenização por culpa médica são entranhadas por questões complexas de direito material e processual, de difícil superação e solução. O desafio maior dos operadores do Direito nessa espécie de demanda é operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta profissional do médico no caso concreto. A questão é tormentosa, porque envolve necessariamente uma análise apurada do comportamento profissional do médico e os efeitos daí decorrentes à luz da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento ministrado.

Nesse contexto problemático, apresentam-se em juízo as partes litigantes.

De um lado, o paciente lesado que, muitas vezes, não tem conhecimento sequer da técnica empregada pelo profissional médico para o tratamento realizado. É também leigo na ciência médica. Fragilizado pela doença ou pelas consequências do tratamento dispensado. Tem, ainda, a disponibilidade de parcos meios probatórios, normalmente insuficientes para a comprovação efetiva da ilicitude do comportamento do profissional médico e da sua culpabilidade. É, ainda, o paciente, a parte processual encarregada legalmente

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade Clássica de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal. Pós Graduado em Direito Civil. Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul.

pelo sistema, nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, de comprovar todos os pressupostos fáticos necessários para o acolhimento da sua pretensão indenizatória, tornando a instrução probatória um calvário destinado quase sempre ao insucesso.

Do outro lado da relação processual, o profissional médico que tem contra si a imputação de ter provocado um dano no paciente lesado por seu comportamento ilícito e culposo no exercício desta atividade. Ocorre que o médico tem como objeto de atuação profissional o corpo humano e toda a sua decorrente complexidade. Sua atividade sempre está sujeita a riscos que escapam de seu controle, por mais perfeita que seja sua atuação. O resultado de qualquer tratamento é sempre dependente do fator reacional e pessoal do paciente. Diante disso, é injusta a imputação de culpa pela não obtenção do resultado esperado ou almejado.

Nesse quadro apresentado, ganha grande importância e destaque a questão do sistema probatório nas ações de responsabilidade civil médica.

Por ser a responsabilidade civil por culpa médica um regime especial de reparação dos danos, pela complexidade do direito material litigioso, existe também, como consequência inevitável, um reflexo desta dificuldade no campo processual, designadamente durante a fase de instrução probatória e especialmente na distribuição do ônus da prova.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do médico.

2 CONCEITO DE PROVA. VERDADE MATERIAL. VISÃO PUBLICISTA DO PROCESSO

Provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado previamente por qualquer das partes para influenciar na formação da convicção do juiz para a solução do caso concreto e, assim, ver atendida a pretensão ou a resistência formulada em juízo (processo).

Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rui Manuel de Freitas Rangel, a qual se acolhe, um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa[2].

No curso do processo, a prova ganha importância porque é a atividade processual destinada a buscar a verdade material dos fatos controvertidos alegados pelas partes.

No espaço da responsabilidade civil médica, são objeto de prova todos os fatos alegados pelas partes que guardam pertinência com os pressupostos legais necessários para a configuração do dever de indenizar, ou seja, com o fato, ilicitude, culpabilidade, nexo de causalidade e dano, bem como todos os fatos alegados para excluir ou limitar a responsabilidade civil do médico.

Não se olvida que a fase instrução probatória de uma ação de indenização por culpa médica é, por excelência, complexa e de difícil realização. Normalmente, os fatos alegados são extremamente técnicos, alheios ao âmbito de conhecimento comum.

Conforme a doutrina de Rute Teixeira Pedro[3], os termos e a linguagem utilizada na seara médica são específicos e próprios, e seu conhecimento é restrito normalmente aos profissionais da saúde. A comprovação

2 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil.** 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 20.

3 PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado.** Centro de Direito Biomédico. Volume 15. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 152-160.

da infração das regras da ciência médica pelo profissional é de difícil caracterização. A conduta culposa do médico por violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do pressuposto da culpa necessária para configuração do dano, depende, na grande maioria dos casos, da prova pericial, cuja realização também é problemática pela falta de profissionais disponíveis para a realização do serviço, pelo custo de sua realização e pelo espírito corporativo que impera no âmbito das entidades profissionais de classe.

Toda essa complexidade probatória tem como consequência inevitável a constatação irrefutável de que as ações de responsabilidade civil por culpa médica são demandas que, normalmente, se prolongam no tempo por demandar uma série de atividades instrutórias para a comprovação dos fatos técnicos alegados, tornando espinhoso o caminho traçado até o necessário amadurecimento das questões de fato, imprescindível para a prolação da decisão final pelo magistrado.

Diante de todo o exposto, o aspecto central da atividade probatória nas ações de responsabilidade civil por culpa médica guarda pertinência lógica com a questão de saber qual das partes é responsável pela produção da prova de um determinado fato e qual a consequência da falta da prova para o julgamento final da querela. Surge, então, a necessidade de se analisar o instituto jurídico do ônus da prova na ação de responsabilidade civil por culpa médica.

3 ÔNUS DA PROVA. ÔNUS SUBJETIVO E OBJETIVO. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus consiste num imperativo imposto ao próprio interesse da parte[4]. É um poder que atua dentro da esfera de liberdade do indivíduo, cujo exercício é uma faculdade imposta como condição para a obtenção de uma determinada vantagem processual.

Em termos de Direito Probatório, ônus tem o mesmo significado de carga da prova. Para Ivana Maria Airasca[5], a carga da prova pode ser definida como a faculdade que se concede às partes de provar, em seu próprio interesse, os fatos que fundamentam sua pretensão ou exceção. É o poder ou a faculdade de executar livremente um ato previsto em uma norma jurídica em benefício próprio, sem coação, mas cuja inexecução acarreta a perda de um benefício, ou de uma chance. Assim, não se pode obrigar ninguém a fazer a prova. Entretanto, a consequência da falta da prova é a desconsideração, pelo julgador no momento de proferir a sentença, do fato afirmado pela parte que não o comprovou. O risco é, portanto, da parte que tem o interesse na realização da prova.

As regras sobre o ônus ou carga da prova estão dirigidas tanto para as partes (ônus da prova subjetivo) quanto para o juiz (ônus da prova objetivo).

Enquanto regra de conduta para as partes, o ônus probatório impõe a faculdade de que as partes dispõem de provar os pressupostos fáticos que invocam como fundamento de suas respectivas pretensões, defesas ou exceções. É dizer, de outra forma, quem deve fazer a prova do fato controvertido alegado em juízo para não sofrer o risco de um resultado desfavorável em caso de não formação da convicção do julgador como consequência da prova frustrada ou não realizada. É o aspecto subjetivo (concreto) do ônus da prova. Direito processual ligado à atividade probatória das partes.

No tocante ao ônus probatório enquanto regra de julgamento para o juiz, aplica-se a medida como solução para o deslinde da lide nas hipóteses em que o julgador, transcorrida toda a instrução probatória

4 VALLEJOS, Juan Carlos. **Cargas probatórias dinâmicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica**. In: WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 455.

5 AIRASCA, Ivana Maria. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas**. *In:* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 129.

realizada, não se convencer sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes, ante a ausência de produção de provas sobre determinado fato relevante e controvertido ou por sua obscuridade, impondo-se ao juiz o dever de solucionar a lide segundo uma regra de julgamento pré-determinada.

Assim, como ao juiz não é permitido escusa no julgamento da causa (*non liquet)*, ou seja, o julgador não pode se abster do julgamento por não formação de sua convicção pessoal, restará como medida subsidiária o dever de aplicação da regra abstrata legalmente prevista para solucionar o entrave em desfavor da parte que tinha o encargo da prova do fato alegado e não o fez a contento, com o consequente acolhimento da pretensão da parte contrária que estava desincumbida do ônus probatório necessário. É o aspecto objetivo (abstrato) do ônus da prova. Direito público ligado à atividade jurisdicional Estatal.

No regime jurídico brasileiro, a distribuição do ônus da prova está regulamentada pela regra legal estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil. Trata-se do acolhimento da teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, enquanto a parte demandada tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Assim, a distribuição do ônus da prova entre autor e demandado é realizada segundo a natureza dos fatos invocados e tem como substrato o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar distribui-se entre as partes na medida em que estas adquirem suas respectivas pretensões.

Para esta teoria, é imprescindível a classificação dos fatos para a distribuição do ônus da prova. O autor tem a incumbência de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito. O réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

No âmbito da responsabilidade civil do médico e segundo a distribuição do ônus da prova estampada pela regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, é de incumbência do paciente lesado a prova de todos os pressupostos fáticos necessários para configuração do dever de indenizar, ou seja, fato, ilicitude, culpabilidade, dano e nexo de causalidade. Esse encargo é penoso e, no mais das vezes, conduz à improcedência do pedido.

Logo, o modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro, baseado na natureza dos fatos alegados, como qualquer outro dos critérios legais existentes, mostra-se insuficiente para abarcar adequadamente todos os casos submetidos a julgamento, designadamente, na questão da responsabilidade civil do médico.

4 TEORIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A regra da distribuição do ônus da prova é, em geral, estática. Assim sendo, disciplinada pela lei a distribuição do encargo probatório aos litigantes, impõe-se às partes obediência ao comando legal, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis que surgem pela falta ou insuficiência de prova para o julgamento da demanda, em especial, o não acolhimento da pretensão pelo juízo.

Ocorre que, por alguma disposição legal, essa regra geral da distribuição do ônus probatório pode ser alterada, modificada. É a chamada e conhecida inversão do ônus da prova, que ocorre quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do fato o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que então terá a incumbência de provar o fato contrário[6].

6 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil.** 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2006, p 188.

A inversão do ônus da prova implica, necessariamente, uma presunção legal. Invertido o ônus da prova, presume-se provado o fato que sustenta o pressuposto fático favorável à parte beneficiada pela inversão. Logo, a parte que, em tese (pela regra geral), tinha o ônus da prova, fica desonerada, dispensada deste encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação a esse pressuposto, agora tem o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Segundo escólio de Manuel Rosário Nunes[7], portanto, a inversão do ônus da prova, mais que facilitar o ônus probatório cuja incumbência é do lesado paciente, acarreta uma verdadeira dispensa do encargo de demonstrar a culpa do lesante, recaindo sobre este (lesante) a demonstração de que agiu sem culpa, cabendo fazer a prova do contrário.

Só existe legitimidade para inversão do ônus da prova em situações previstas em lei. A inversão do ônus da prova não é uma medida aleatória do juízo. Seu âmbito de incidência é limitado em casos ou hipóteses também previstos pela lei.

No Brasil, a única regra do Código de Processo Civil que autoriza a inversão do ônus da prova é a que dispõe sobre a convenção válida entre as partes, nos termos do parágrafo único do artigo 333. Sistematicamente, existe também a inversão do ônus da prova por força do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Partilha-se do entendimento de que a mera dificuldade do encargo probatório, por maior que seja para a parte onerada, por si só, não justifica a inversão do ônus da prova por determinação judicial[8].

Feito este excurso de enquadramento da matéria da inversão do ônus da prova, impõe assentar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe um sedimentado entendimento doutrinário[9] e jurisprudencial[10] forte em sustentar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica mantida entre o médico e o paciente.

Para tanto, considera-se o Código de Defesa do Consumidor como o regime jurídico matriz da responsabilidade civil do médico. Para esta ilação, o raciocínio é singelo: o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final. A relação jurídica entre ambos, portanto, é de consumo. Ainda, existe uma referência em relação à responsabilidade civil pessoal do profissional liberal, consoante expressada nos termos do § 4º do artigo 14, ao dispor que será apurada mediante a verificação de culpa. Logo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pessoal do profissional liberal é subjetiva.

Em relação à distribuição do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, como medida de proteção, a tutela geral da inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso VIII.

---

7 NUNES, Manuel Rosário. **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos.** 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, pp. 34-35.

8 No Brasil, existe um movimento doutrinário e jurisprudencial assentado na ideia de inversão do ônus da prova sem autorização legal, amparada pela dificuldade do encargo para a parte onerada. Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus das provas segundo as peculiaridades do caso concreto.** *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas. Aspectos atuais do direito probatório.** 1ª ed. São Paulo: Editora Método. 2009, pp. 255-268. Também: ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro.** *In:* NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas. Aspectos atuais do direito probatório.** 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 329-365. Em Portugal, é amplamente dominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a simples dificuldade probatória não é suficiente para justificar a inversão do ônus da prova.

9 TEPEDINO, Gustavo. *A* **responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Temas de direito civil.** Tomo II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 117; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 201; NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 222-233; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 9ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 391; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, Responsabilidade civil.** Volume 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 92; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil. Responsabilidade civil.** Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 257; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil.** Volume III. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 233; RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil. Responsabilidade médica.** Capítulo XXVII. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 337; LOPES, Teresa Ancona. **O dano estético. Responsabilidade Civil.** 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 111; BARBOSA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil médica no Brasil. In: Responsabilidade Civil do Médico.** Volume 11. Centro de Direito Biomédico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 79 e 83, entre outros.

10 Entre outras: Superior Tribunal de Justiça (STJ), *Recurso Especial nº 1.216.424-MT*, julgamento em 09.08.2011, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi e *Recurso Especial nº 986.648-PR*, julgamento em 10.05.2011, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Fonte: www.stj.jus.br.

Com base nessas premissas, consequentemente, segundo parte da doutrina[11] e da jurisprudência brasileira[12], é possível compatibilizar a regra da responsabilidade civil subjetiva do profissional médico, consubstanciada no pressuposto da culpa (artigo 14, § 4º), com a regra da inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII), presentes os requisitos legais necessários (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência técnico-econômica).

Nesse quadro, o paciente lesado, autor da ação indenizatória, fica excluído do encargo de provar a culpa do médico no caso concreto, ou seja, presume-se que o médico agiu com culpa para a produção do dano objeto de indenização. Durante a instrução processual, o paciente não tem o ônus de produzir prova da culpa do médico, nada contribuindo, nesse sentido, para a formação da convicção do julgador.

De outro lado, o encargo probatório da contraprova é exclusivo do profissional médico. Cabe a ele, portanto, demonstrar, durante a instrução, que não agiu com culpa para a produção do resultado danoso ou que o evento lesivo teve como causa um fator estranho à sua conduta profissional.

A questão que se levanta nessa matéria é analisar, de forma isenta e sem os arroubos de paixão que o Código de Defesa do Consumidor provoca na doutrina e jurisprudência brasileira, se o paciente pode realmente ser equiparado a um consumidor para fins de incidência do referido Código.

E nessa importante problemática, entende-se que não, pelas seguintes razões:

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido pela Constituição Federal para atuação na defesa da ordem econômica no âmbito do mercado de consumo. O mercado de consumo se caracteriza por questões de caráter meramente econômico, em que se pressupõe a busca do lucro, amparado em pressuposto de resultado exato e seguro. O empreendedor do livre mercado de consumo assume riscos porque sua atividade é vantajosa. Quem aufere lucros de uma atividade vantajosa assume, em contrapartida, todos os riscos desta mesma atividade, respondendo integralmente pelos danos eventualmente causados, razão pela qual toda a estrutura da responsabilidade civil no arcabouço jurídico do Código do Consumidor está centrada na responsabilidade objetiva.

O médico, em contrapartida, é um profissional da saúde. O mercado de atuação é assistencial, ou seja, labora em favor do paciente, tendo em vista a garantia de um direito absoluto à saúde. O serviço médico não se confunde com prestação econômica em sentido estrito. O exercício da medicina não tem, como fim central, a busca do lucro, mas, sim, a cura da doença ou sua prevenção. O risco da atividade médica é decorrência do estado natural e pessoal do paciente, inerente à sua condição de pessoa humana, carente de tratamento profissional. O risco da atividade não se reverte em favor do médico, ao contrário, torna sua atuação muito mais complexa, porque especializada e sujeita a fatos que, naturalmente, são imprevisíveis e incontroláveis. O objeto sobre o qual recai a atividade médica é o próprio corpo das pessoas. Por consequência, a responsabilidade decorrente da atuação do médico é dependente de seu comportamento profissional, de sua conduta. Daí a importância do pressuposto da culpa, caracterizada pelo dolo ou negligência. A responsabilidade, portanto, é subjetiva.

O mercado de consumo existe entre agentes econômicos, que estão subordinados às leis de mercado. O regime jurídico é o do disposto nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal, sob o título "Da Ordem Econômica e Financeira". O profissional médico está sujeito ao mercado assistencial, subordinado às regras ditadas pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, que têm relação com a Ordem Social.

---

11 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova.** *In*: NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. Direito fundamental à saúde. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 389-398; ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico.** *In*: NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. **Direito fundamental à saúde.** 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 399-432; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 203.

12 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS): *Apelação 70009752353*, de 14.09.2004, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana. Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE): *Agravo 0183584-9/02*, de 26.08.2009, Relator Desembargador Jovaldo Nunes Gomes. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): *Apelação 0703438-0*, de 07.04.2011, Relatora Rosana Amara Girardi Fachin; *Agravo 0746104-3*, de 12.05.2011, Relator Desembargador Arquelau Araújo Ribas. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC): *Agravo 2010.009755-4*, de 30.09.2010, Relator Luiz Carlos Freyesleben.

Mercado de consumo não se confunde com mercado assistencial. São ontológica e axiologicamente distintos. Na relação de mercado de consumo, o fornecedor não pode, por razões legais e situações lícitas, negar a efetuação do negócio na eventualidade do consumidor aceitar a oferta do produto ou do serviço oferecido e disponibilizar a retribuição necessária (pagamento). Ou seja, o fornecedor não pode negar a venda do produto ou serviço oferecido ao mercado. Na relação de assistência médico-paciente, o profissional está autorizado, com exceção de casos de urgência e iminente perigo de morte, a negar atendimento por questões de ordem pessoal e profissional. No mercado assistencial, assim, pode ser legítima a negativa do profissional liberal médico em realizar o atendimento, por razões éticas ou por não dominar determinada especialidade, por exemplo.

Também não se confundem pacientes com consumidores, por terem realidades objetivas distintas[13]: os serviços médicos são prestados por necessidade (doença ou prevenção) ou conveniência (estética), gerando obrigação *intuitu personae*, que se diferenciam caso a caso pelos riscos particularizados dos pacientes, pelas distintas expectativas de resultado e pelas circunstâncias subjetivas de cada paciente. O consumidor, ao contrário, adquire o bem ou o serviço por conveniência, de forma voluntária, para satisfação de uma expectativa pessoal.

Ainda na mesma linha argumentativa, torna-se imperioso ressaltar, como reforço, que o legislador, ao definir a figura do fornecedor nos termos do artigo 3º do Código, o conceituou como qualquer pessoa, física ou jurídica, que, de forma habitual e mediante desempenho de atividade mercantil ou civil, realiza atos de colocação de produtos ou serviços à disposição do consumidor.

Também nessa linha, no § 2º do artigo 3º, o legislador foi mais longe em relação a certos tipos de serviços representativos de atividades específicas, para expressamente nominá-los como inseridos no mercado de consumo e, portanto, sob a égide de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, considerou expressamente como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *"inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"*.

Quer isso dizer, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor considerou como serviço, de forma genérica, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Além disso, de forma específica, o Código considerou inseridas no mercado de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. Em relação à atividade do profissional liberal, em especial para o médico, que é objeto de interesse do presente trabalho, o legislador foi totalmente silente na definição legal. E foi silente justamente porque não considerou esta atividade específica do médico como inserida no mercado de consumo[14].

Por todas as razões anteriormente expostas, acrescidas pelo fato de que, conforme exposto por Miguel Kfouri Neto[15], em nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que fogem por inteiro do controle quanto na medicina, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica entre o médico (profissional liberal) e o paciente.

Esse entendimento de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente é também comungado por Rui Stoco[16], que apresenta um argumento interpretativo lógico de ordem formal, portanto, de significativo valor, no seguinte sentido: o legislador, ao dispor no artigo 14, § 4º, do Código de

13 FARAH, Elias. **Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas.** *In*: NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. **Direito fundamental à saúde.** 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 370.

14 Nesse sentido o escólio de LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente.** Jus Navegandi, Teresina, ano 9, nº 387, julho de 2004. Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/5507, acesso em 05 de março de 2012.

15 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 43.

16 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 625.

Defesa do Consumidor, que a responsabilidade pessoal do profissional liberal é apurada mediante culpa e, ao mesmo tempo, no *caput* do artigo 14, prever que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados, teve o propósito deliberado de retirar da regência do Código os profissionais liberais.

Segundo esse entendimento, o qual se acolhe integralmente, a cabeça do artigo estabeleceu a regra geral a ser seguida no estabelecimento da responsabilidade civil, qual seja: a responsabilidade civil do fornecedor prestador de serviço é objetiva. O parágrafo quarto, entretanto, excluiu dessa regra geral os profissionais liberais, de forma deliberada, ao dispor que a responsabilidade civil, nesse caso, é subjetiva, de modo a remetê-los a outro sistema normativo que também adote como regra geral a responsabilidade subjetiva, ou seja, o próprio Código Civil.

No mesmo sentido, é o entendimento de Jesús Miguel Lobato Gómez[17], que ainda acrescenta o caráter *intuitu personae* da responsabilidade civil médica, gerada na confiança pessoal, e segundo o qual a atividade médica não se compadece e se compreende com o "tráfico de massa" consumerista, em que todas as prestações são sempre uniformes e impessoais.

Enfim, diante de tudo o que foi apresentado, a conclusão extraída é que, definitivamente, o paciente não pode ser equiparado ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser o regime legal matriz da responsabilidade civil do médico, consequentemente, não se aplica a regra da inversão do ônus probatório em favor do paciente, nos termos do artigo 6º, inciso VIII[18].

A solução, portanto, para a questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do médico passa, necessariamente, pela aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.

5 TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. DEFINIÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA. EFEITOS

A teoria da carga probatória dinâmica foi inspirada e reconhecida originariamente pela jurisprudência da Argentina[19]. Sua sistematização dogmática ficou a cargo do processualista Jorge Walter Peyrano, que é reconhecido no meio acadêmico portenho como o mentor da teoria[20].

Pode ser definida a teoria da seguinte forma: instrumento processual destinado a dinamizar a regra processual da distribuição do ônus da prova, para casos excepcionais de difícil solução probatória em que o magistrado atua sem a formação efetiva da convicção da verdade dos fatos controversos, constituindo-se em uma pauta de valoração do julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução processual, atribuindo, em desfavor da parte que tinha as melhores condições fáticas, profissionais, técnicas e econômicas, o encargo de suportar a falta da prova ou a prova deficiente, desacolhendo sua pretensão.

17 LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. *A* **aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente.** Jus Navegandi. Teresina, ano 9, nº 387, julho de 2004. Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/5507, acesso em 05 de março de 2012.

18 No mesmo sentido de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, ver o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP): *Agravo Regimental 1557/05*, de 13 de dezembro de 2005, Relator Desembargador Luiz Carlos. Fonte: www.tjap.jus.br.

19 O primeiro caso relatado pela doutrina refere-se a um julgamento da Corte Suprema de Justiça, no ano de 1957, referente a uma ação de enriquecimento ilícito de um funcionário público, conhecido como caso "Perón, Juan Domingo". Fonte: WHITE, Inés Lépori. **Cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 71.

20 A doutrina da carga probatória dinâmica foi lançada pelo autor através do artigo: Lineamentos de las cargas probatorias "dinâmicas", que foi republicado na obra coletiva Cargas probatorias dinâmicas, Diretor JORGE WATER PEYRANO e Coordenadora INÉS LÉPORI WHITE, 1ª edição, Santa Fé, Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 13-18. A doutrina de PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 222-231, sustenta que doutrinas antigas, dentre as quais a de Bentham e Demogue, já utilizavam essa técnica para regular a distribuição do ônus probatório. No mesmo sentido, é o entendimento de GRANDE, Maximiliano García. **Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad.** 1ª ed. Rosario: Editorial Juris, 2005, p. 45. Em termos de responsabilidade civil por culpa médica, segundo AIRASCA, Ivana Maria. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas.** *In*: WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 135, o primeiro caso de aplicabilidade provém de um julgamento em primeira instância do Distrito da cidade de Rosario, cofirmado pela Câmara de Apelação em 1978.

É a carga da prova dinâmica, portanto, o meio processual que fundamenta um juízo valorativo de deslocação e de flexibilização dos efeitos da distribuição do ônus probatório, na hipótese de ausência ou insuficiência da prova necessária para o deslinde da querela. O efeito da não realização da prova ou da sua insuficiência deixa de recair sobre a parte legalmente destinada a realizar a prova, mas que assim não o fez, no curso da instrução, de forma satisfatória por absoluta impossibilidade de fazê-lo, para incidir sobre a outra parte, que estava em melhores condições fáticas, profissionais, técnicas ou econômicas para sua produção, portanto, com possibilidade de realizá-la e, entretanto, assim não o fez, por mera estratégia processual (inércia enquanto a parte contrária não se desincumbe de seu encargo legal).

A teoria da carga probatória dinâmica foi inspirada com a intenção de deslocar a rigidez do ônus probando, na sua versão objetiva, para casos específicos e concretos que se destacam pela peculiar dificuldade de produção de provas pela parte onerada, por razões alheias a sua vontade. Portanto, tem incidência nas situações em que a parte encarregada de produzir a prova, de fato, empenhe todo o esforço necessário possível para sua realização, que ao cabo se mostra inútil pela dificuldade técnica e fática apresentada.

Essa teoria prega, portanto, para sua caracterização, que, diante da situação de dúvida instaurada pela não formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos controvertidos alegados, a valoração do encargo probatório deve recair sobre a parte que disponha das melhores condições técnicas, fáticas, profissionais ou econômicas para a realização da prova, independentemente da posição assumida na relação jurídica processual (autor ou réu) e independentemente da natureza dos fatos alegados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

Portanto, a incidência (aplicação) da teoria da carga probatória dinâmica só tem justificativa em casos extremos, ou seja, para aquelas situações em que a tradicional repartição legal do ônus da prova gera consequências claramente inconvenientes, inócuas, injustas para a parte incumbida do encargo. Logo, é amplamente pacífico, na doutrina autorizada[21], que a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica é realizada de forma excepcional, em apenas alguns casos específicos, e sua interpretação é sempre restritiva. A responsabilidade civil do médico, por certo, na grande maioria dos casos, encaixa-se perfeitamente nessa situação especial.

Apesar de gozar de certa autonomia, a teoria da carga probatória dinâmica não existe por si só. Não se aplica a carga dinâmica da prova de forma isolada. Para sua aplicabilidade, não se exclui a regra legal vigente no ordenamento jurídico sobre distribuição do ônus da prova. Ao contrário, a teoria da carga probatória dinâmica convive e complementa a teoria legal da distribuição do ônus da prova, sendo, na verdade, um comando subsidiário que altera a solução final empregada, fundamentada pela busca de um valor de justiça para o caso concreto e da igualdade processual entre as partes.

A teoria da carga probatória dinâmica funciona, ontologicamente, como uma regra de juízo, indicativa de como deve decidir o julgador quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão, permitindo o julgamento do mérito e evitando o *non liquet*.

Apoiado sobre todo o conjunto probatório realizado pelas partes durante o curso da instrução processual, e permanecendo o estado de dúvida sobre a veracidade dos fatos controvertidos apresentados, o magistrado prolata sua decisão em desfavor da parte que estava em melhores condições para a realização da prova e, mesmo assim, não foi capaz de demonstrar satisfatoriamente a veracidade dos fatos afirmados em juízo.

Portanto, a solução apresentada independe da posição processual das partes e da natureza dos fatos alegados. Também não guarda nenhuma relação com a inversão ou alteração do ônus da prova, impondo a colaboração efetiva do autor e do réu na instrução processual e na busca da verdade material possível.

21 Por todos, ver: BARACAT, Edgard J. **Estado actual de la teoria de la carga dinâmica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y la materia juzgada.** In WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 272.

Esse ponto é fulcral para a compreensão da teoria da carga probatória dinâmica. A adoção da teoria não significa que a parte autora da demanda indenizatória esteja isenta do encargo de produzir prova sobre a culpa do médico ou nexo de causalidade, ou seja, não lhe confere a vantagem de alegar os fatos que consubstanciam sua pretensão e esperar comodamente que a parte devedora (o profissional médico ou hospital) comprove o fato contrário.

A teoria da carga probatória dinâmica impõe a efetiva contribuição das partes para a busca da verdade real, exigindo um comportamento probatório ativo, sob pena de sofrer os efeitos da falta ou insuficiência da prova, com a sucumbência da pretensão.

Somente serão efetivados os efeitos da teoria da carga probatória dinâmica na estrita e excepcional situação de persistir dúvida sobre a veracidade de algum pressuposto fático necessário para a solução do litígio, não obstante os esforços probatórios de ambas as partes para a comprovação dos fatos. Pois, se alguma parte assumir um comportamento passivo na instrução processual, não se desincumbindo do encargo de provar os fatos do modo que lhe for possível, sua pretensão não será acolhida por força da regra tradicional do ônus da prova.

Como os efeitos da falta ou insuficiência da prova dos fatos controvertidos alegados em juízo, de acordo com referida teoria, recaem sobre a parte que se encontre em melhores condições de provar, a questão que surge é saber qual o critério para definir justamente qual das partes está beneficiada por esta posição de superioridade probatória.

Está em melhores condições de fazer a prova de um determinado fato controvertido quem dispõe da prova dos fatos por razões técnicas, profissionais, econômicas ou jurídicas. Quer dizer, possui melhores condições de provar quem possui os meios idôneos para produzir a prova, seja por ter o conhecimento técnico e fático necessário para o esclarecimento dos fatos, seja por ter intervido de forma direta no fato danoso[22].

Como sua incidência é restringida para casos especiais em que é evidente a supremacia de uma das partes no tocante à possibilidade de realização da prova dos fatos afirmados em juízo, a definição de qual das partes está em melhores condições acaba por ser, normalmente, intuitiva, natural, notória e de fácil constatação. Para tanto, basta o magistrado valer-se das regras das máximas de experiência que o caso requer.

5.1 Sistema de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica. Vantagem. Fundamento jurídico. Advertência de procedimento e regra de julgamento. Limites para sua aplicabilidade

A aplicabilidade da teoria no caso concreto deve ser realizada conjuntamente com a norma do sistema responsável pela repartição do ônus da prova e sua sistematização ocorre em duas etapas:

Instaurada a demanda, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, cada parte deverá alegar os fatos e produzir a prova dos pressupostos fáticos que embasam a norma legal invocada em seu benefício. Logo, durante toda a realização da instrução probatória, vige a regra tradicional do ônus subjetivo da prova. Cada parte deverá fornecer a prova suficiente dos pressupostos fáticos que corresponde ao seu interesse, à sua necessidade, sob pena de suportar o risco de sua frustração, perdendo a ação.

22 BARBERIO, Sérgio José. **Cargas probatorias dinâmicas. Qué debe probar el que no puede probar?**. *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 99-102.

Ao curso de toda a regular instrução processual, existindo prova suficiente para a formação da convicção do julgador, é proferida a sentença em conformidade com a prova efetivamente produzida pelas partes. Da mesma forma, existindo um comportamento passivo de qualquer das partes, que simplesmente deixou de fazer qualquer prova dos fatos que lhe sejam favoráveis, não obstante a possibilidade de realizá-la durante a instrução processual, sua pretensão será desacolhida com base na regra tradicional do ônus da prova.

Do contrário, ao final de toda a instrução processual, pode ocorrer que as partes não tenham produzido suficientemente as provas necessárias para ilidir qualquer dúvida do julgador e formar sua convicção sobre a veracidade dos fatos. Surge, então, a necessidade de decidir com base em algum critério axiológico normativo.

Como consequência, tem início a segunda etapa do procedimento de aplicabilidade da teoria para incidir no caso concreto a carga probatória dinâmica, que consiste em afastar, deslocar, aliviar, flexibilizar, aperfeiçoar, complementar (expressões usadas pela doutrina específica sobre a matéria) a regra de julgamento objetiva do ônus probatório tradicional, para, então, valorar os efeitos da falta da prova em desfavor da parte que tinha as melhores condições no caso concreto de produzi-la e assim não o fez.

Por isso, é uníssono o entendimento na doutrina argentina no sentido de que a teoria da carga probatória dinâmica é representativa do aspecto objetivo do ônus da prova. Na verdade, a teoria tem, como efeito prático, servir de norte valorativo sobre os efeitos da falta da prova no caso concreto, ao apontar ou indicar a parte que teve as melhores condições de realizar a prova como a prejudicada na resolução final do processo, com o não acolhimento de sua pretensão deduzida em juízo.

A grande vantagem da teoria da carga probatória dinâmica é impedir que a parte que tenha as melhores condições para realização da prova, por possuir o conhecimento fático e técnico para comprovação da verdade real dos fatos controvertidos, assuma, durante o transcurso da instrução processual, uma atividade passiva e inerte em termos probatórios[23].

Isso não é incomum nas lides de responsabilidade civil por culpa médica, submetidas e regidas pelo sistema tradicional do ônus da prova, em que o profissional demandado, designadamente em melhores condições probatórias que o paciente lesado, simples e comodamente, aguarda todo o desfecho probatório de um caso de difícil solução, sem nada contribuir para o esclarecimento da verdade dos fatos, uma vez que, em princípio, o encargo probatório de todos os requisitos legais necessários para o dever de indenizar (fato, ilícito, culpa, nexo causal e dano) é de incumbência do paciente lesado, autor da ação, recaindo sobre si as consequências da não realização da prova.

A teoria da carga probatória dinâmica, assim, tem o condão de proporcionar um esforço probatório recíproco entre as partes para o esclarecimento da verdade real dos fatos. Sua base de fundamentação está assentada no princípio da solidariedade e da cooperação processual. As partes têm o dever processual de colaborar entre si para retirar a verdade dos fatos, bem como cooperar com o órgão jurisdicional para que seja proferida uma sentença justa no caso concreto.

Logo, a teoria está amparada também pela boa fé processual que deve nortear as condutas das partes durante todo o curso procedimental. Da mesma forma, aproxima os litigantes para uma possível situação de igualdade processual, tornando o embate instaurado equilibrado e o processo justo e equânime, sem a desproporcionalidade de forças originárias que seriam capazes de culminar em um processo formalmente válido, entretanto, com a produção de uma sentença materialmente injusta.

23 Nesse sentido, ver a doutrina de TEPSICH, María Belén. **Cargas probatorias dinâmicas.** "*In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 162-166.

Passo adiante para o desenvolvimento deste trabalho e para o entendimento da teoria ora desenvolvida está relacionado com a questão do momento lançado pelo julgador para o reconhecimento da aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no caso concreto.

Como a solução ventilada pela teoria da carga probatória dinâmica não tem supedâneo legal, aliado ao fato de que sua aplicabilidade é restrita a casos excepcionais, pressupondo, de um lado, conforme Luis Eduardo Boaventura Pacífico[24], que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir a prova de determinado fato ou tenha extrema dificuldade para tanto e, de outro, que a parte adversa tenha relativa facilidade para desincumbir-se de seu encargo probatório, é imprescindível que o órgão julgador, necessariamente antes do início da fase probatória, advirta as partes sobre a possibilidade de aplicação da teoria da dinamização da carga probatória no caso concreto[25], quando for proferir a sentença.

É importante ressaltar que a advertência judicial sobre a possibilidade de aplicação da teoria tem a finalidade de evitar qualquer surpresa para as partes com a solução final a ser proferida. Implicitamente, ainda, tem o condão de convocar as partes para adotarem uma conduta processual cooperativa, leal, baseada na boa-fé processual e na busca da verdade real processualmente atingível para o caso concreto, tornando a esfera ambiental do processo a mais propícia possível para um julgamento justo ou equânime.

A manifestação judicial de advertência da possibilidade de aplicação da teoria não tem o poder de antever, de forma definitiva, qual das partes está em melhores condições de realizar a prova. É fato que essa conclusão somente será possível após a instrução processual e somente será necessária diante do não convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos controvertidos.

Por isso, durante a advertência, nenhum juízo de valor pelo órgão julgador deve ser realizado sobre a capacidade probatória das partes. A advertência é realizada, portanto, de forma simples e genérica. Basta enunciar a teoria.

De outro lado, após a realização de toda a instrução processual e colhida toda a prova produzida em juízo pelas partes litigantes, persistindo a dúvida sobre a veracidade dos fatos relevantes controvertidos e não formada a convicção do julgador para a prolação da sentença, a efetiva aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica tem a natureza jurídica de regra de julgamento.

E assim sendo, é na sentença que o julgador deverá efetivar sua aplicabilidade no caso concreto, valendo-se de seus termos para adjudicar os efeitos negativos da falta ou deficiência da prova em desfavor da parte que estava em melhores condições para a sua realização, não acolhendo sua pretensão deduzida em juízo.

Logo, a teoria da carga probatória dinâmica enquanto procedimento é mera advertência judicial e, enquanto base para o julgamento da demanda é uma regra de valoração dos efeitos da falta ou deficiência da prova.

Como a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica, em termos dogmáticos, tem efeitos de grande repercussão no âmbito do direito material e processual, e por inexistir uma disposição legal autorizadora de sua incidência no caso concreto, há necessidade de limites objetivos que tenham como finalidade evitar o uso indiscriminado da solução aventada e impedir qualquer arbitrariedade por parte do órgão julgador.

24 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 228.

25 Nesse sentido, é o entendimento de PEYRANO, Jorge Walter. **De la carga probatoria dinâmica embozada a su consagración legislativa.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 88-92. Em sentido contrário, dizendo que advertência sobre a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica não pode ser antecipada pelo órgão julgador: BARACAT, Edgard J. **Estado actual de la teoria de la carga dinâmica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y la materia juzgada.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1ª ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 280-281.

Como consequência, a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica jamais poderá ser realizada de forma indiscriminada pelo julgador e sem critério de incidência. Como já exposto, seu âmbito de vigência é restrito. Somente para casos de difícil solução probatória, em que uma das partes encontra-se em posição de superioridade em termos fáticos, profissionais, técnicos e econômicos para a produção da prova em detrimento da outra parte, é que se legitima sua aplicabilidade pelo operador jurídico. Também seu campo de atuação é restrito para aquele caso em que a regra tradicional objetiva da distribuição do ônus da prova provoque uma situação de patente injustiça no caso concreto, diante das suas particularidades.

Também, como elemento delimitante do uso indiscriminado da teoria, é imprescindível que o órgão julgador expressamente justifique, na sentença prolatada, fundamentadamente, as razões fáticas e de direito que o levaram a imputar as melhores condições probatórias em desfavor de parte, que será sucumbente, em detrimento da outra, que terá, por via indireta, acolhida sua pretensão.

A efetividade dos efeitos da teoria da carga probatória dinâmica incide no resultado do julgamento da demanda, acolhendo a pretensão da parte que estava em pior situação fática, profissional, técnica ou econômica para a produção da prova. Como constitui critério valorativo para o resultado do julgamento da causa, esta decisão está submetida a um regime de efetivo duplo grau de jurisdição e é passível, portanto, de reapreciação pelo órgão jurisdicional *ad quem*, por força do efeito devolutivo do recurso adequado a ser interposto.

Diante de tudo o que ficou consignado, é importante mencionar, ainda, que a teoria da carga probatória dinâmica não se confunde ou guarda relação com a teoria da inversão do ônus da prova. É absolutamente necessário afirmar que teoria da carga probatória dinâmica não é inversão do ônus da prova.

Na inversão do ônus da prova, como já exposto, a lei (para os casos expressamente previstos) ou o juiz (para quem defende a possibilidade de ocorrência com base na mera dificuldade probatória, da qual não se acolhe) opera uma presunção em favor da parte beneficiada consistente na veracidade do fato alegado, desobrigando-a do encargo de fazer qualquer prova em relação ao fato ou pressuposto da norma presumido. Desta forma, incumbe exclusivamente à parte adversária fazer a contraprova para desconsiderar a presunção estabelecida. Assim, na inversão do ônus da prova da culpa do médico, a parte lesada, credora da relação, fica desobrigada de provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia no caso contrário. Presume-se a culpa. É ônus do médico demandado, portanto, a exclusiva atividade probatória para demonstrar que não agiu com culpa no caso. A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados, assim, é feita com amparo em uma única base probatória: a do médico. No caso, quem assume uma posição de inércia e passividade probatória é o paciente lesado. Enquanto o médico não se desincumbir do encargo de demonstrar que não agiu com culpa, o paciente lesado não precisa fazer nenhuma prova dessa culpa.

Na teoria da carga probatória dinâmica, o encargo de realizar a prova é partilhado entre os litigantes. Como inexiste inversão do ônus da prova e incide a advertência de acolhimento da teoria, ao paciente lesado incumbirá o ônus da alegação e da prova de todos os elementos fáticos necessários para o acolhimento de sua pretensão (naquilo que for possível, ou pelo menos indício) e, ao médico demandado, o ônus de demonstrar a contraprova desses fatos. A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados controvertidos, desse modo, é feita com amparo em duas bases probatórias: a do autor lesado e a do médico demandado. Por isso, fala-se em cooperação e partilha do encargo probatório. Por consequência, um prisma melhor para a busca da verdade real. O juiz, assim, tem mais subsídios probatórios para formar sua convicção sobre os fatos e decidir a lide. Somente em última razão e diante do não convencimento sobre a verdade dos fatos é que será lançada a teoria da dinamização do ônus probatório como regra de decisão.

5.2 Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Toda a estrutura da teoria da carga probatória dinâmica está centralizada na justiça do caso concreto. É a busca constante, portanto, de um processo justo e equitativo.

A concepção da teoria da carga dinâmica da prova é sedimentada, portanto, pela efetivação dos direitos fundamentais no âmbito processual. O direito de acesso aos Tribunais, representativo da efetivação da jurisdição, somente estará configurado com a adequada tutela do direito material. O direito à jurisdição não se restringe ao âmbito formal, mas se estende, também, ao direito fundamental a um processo equitativo, que é, na verdade, o direito a uma jurisdição efetiva que conduza a resultados individual e socialmente justos.

Por consequência, a teoria da carga probatória dinâmica encontra guarida no direito fundamental ao processo justo. Assim, diante da excepcionalidade do caso concreto e da injustiça da técnica normativa prevista em lei para a solução do resultado material almejado, o juiz dimensiona o dispositivo legal inadequado à luz dos direitos fundamentais para suprimir ou atenuar sua aplicabilidade, impondo uma nova técnica que garanta às partes a observância do processo justo. O direito fundamental ao processo justo, equitativo, encontra base legal constitucional no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, XXXV, LIV e LV.

Aliado ao direito fundamental de acesso a um processo justo, ainda na seara constitucional, é importante destacar o valor do direito fundamental do contraditório[26] e da igualdade substancial entre as partes[27], como supedâneo de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no sistema jurídico brasileiro.

Nessa esteira, acolhe-se a concepção moderna de contraditório processual, entendida, consoante exposto por José Lebre de Freitas[28], como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, com a possibilidade real de influenciarem amplamente todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que tenham ligação com o objeto da causa e que sejam, em qualquer fase do processo, potencialmente relevantes para a decisão final. O escopo principal do contraditório deixa de ser a defesa, no sentido de resistência à pretensão alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

Esse sentido mais lato de contrariedade, representado pelo princípio do contraditório, que expressa participação efetiva dos litigantes no desenvolvimento do processo, também é campo de apoio para a sustentação da teoria da carga probatória dinâmica. Basta perceber que a advertência judicial às partes sobre a teoria tem o efeito indireto de proporcionar um comportamento probatório ativo da parte litigiosa que dispõe das melhores condições para a produção da prova.

No campo da responsabilidade civil do médico, é assente, pelo sistema tradicional do ônus probatório, que o profissional pode assumir uma estratégia processual passiva, permanecendo inerte no tocante à produção da prova, já que, em princípio, o encargo probatório da ilicitude, culpabilidade e nexo de causalidade é do paciente autor.

Assim, não obstante portar as melhores condições para o esclarecimento dos fatos, por dispor dos meios probatórios necessários para a demonstração dos fatos que consubstanciam sua defesa, o profissional médico, simples e comodamente, pode assumir a estratégia defensiva de omitir qualquer meio probatório que lhe é apto realizar, no aguardo de que a parte contrária faça a prova necessária dos pressupostos fáticos

26 No Brasil, o princípio contraditório está positivado na Constituição Federal (artigo 5º, LV).

27 Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

28 FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais.** 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 108-109.

para o acolhimento do seu pedido. Esta conduta, não obstante legítima, é processualmente nociva para a busca da verdade material e, por consequência, para o alcance de um resultado substancial justo e equânime para a boa solução do litígio.

Contrariamente, uma vez realizada a advertência sobre a teoria em momento processual anterior à efetiva produção probatória, o profissional médico adquire a incumbência de participar efetivamente da busca da verdade material possível, aportando para os autos todos os elementos probatórios de que dispõe para demonstrar a veracidade das afirmações contidas na sua petição de defesa, contribuindo efetivamente por meio de uma conduta probatória ativa que seja capaz de influenciar decisivamente na solução justa da causa, sob pena de sofrer os efeitos da sucumbência diante do estado de dúvida do julgador acerca da verdade dos fatos.

Em termos infraconstitucionais, o sistema processual não diverge e também encontra substrato normativo apto a acolher a teoria da carga probatória dinâmica.

O artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil é expresso em determinar que, no desenvolvimento do processo, compete ao juiz "assegurar ás partes igualdade de tratamento". Como já exposto, um dos pilares da teoria da carga probatória dinâmica é justamente a busca pela igualdade substancial entre as partes litigantes.

Nos mesmos termos relacionados aos poderes conferidos ao juiz para o desenvolvimento do processo, é curial consignar, também, a positivação do princípio da livre apreciação das provas, conforme o exposto no artigo 131.

Ainda é imprescindível mencionar que o Código de Processo Civil brasileiro considera, nos termos do artigo 14, como deveres das partes, expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I) e proceder com lealdade e com boa-fé (inciso II).

O poder instrutório do juiz de intervir na produção das provas para a busca da verdade real tem apoio legal na norma do artigo 131 do Código de Processo Civil.

Como a dinamização do ônus probatório somente ocorre no momento de se proferir a sentença, diante da não formação da convicção do juiz sobre a realidade dos fatos e, ainda, por ser um juízo axiológico de apuração da conduta das partes durante a fase instrutória realizada, é imprescindível que as partes sejam advertidas sobre essa dinamização antes da realização da fase processual de instrução do feito. Portanto, no sistema brasileiro, a advertência deverá ser feita no momento da realização da audiência preliminar para saneamento do feito, nos termos do artigo 331, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, com a convocação das partes para um comportamento probatório ativo e cooperativo que busque a efetivação da melhor justiça diante do caso apresentado.

Como regra de julgamento, da mesma forma, a dinamização se opera no momento de prolação da sentença e desde que persista a dúvida sobre a veracidade do fato controvertido imprescindível para a solução da lide.

Em conclusão, perfilha-se do entendimento, salvo melhor juízo, de que a teoria da carga probatória dinâmica é a que melhor enquadra a questão da prova nas demandas de responsabilidade civil por culpa do médico, bem como, que referida teoria tem assento e amparo normativo no sistema processual civil brasileiro, por razões constitucionais ou infraconstitucionais, sendo perfeitamente possível, e desejável, sua incidência e aplicabilidade para os casos de responsabilidade civil por erro médico, desde que preenchidos os pressupostos dogmáticos anteriormente expostos no desenvolvimento do presente trabalho.

A teoria da carga probatória dinâmica representa uma eficaz alternativa dogmática para solucionar a problemática questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do profissional médico, pois sua aplicabilidade tem o condão de conferir um tratamento equânime entre as partes litigantes e proporcionar um maior potencial de captação de elementos probatórios aptos a formar o convencimento do magistrado. Por conseguinte, tem como efeito, fomentar a justa solução do litígio.

6 REFERÊNCIAS

AIRASCA, Ivana María. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 125-152.

ALEGRE, Juan Carlos. **Las cargas probatorias dinâmicas en el derecho de danos.** *In:* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008,pp. 441-454.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro.** *In:* NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas.* **Aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 329-365.

BARACAT, Edgar J. **Estado actual de la teoria de la carga dinâmica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y la materia juzgada.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 267-319.

BARBERIO, Sergio José. **Cargas probatorias dinâmicas. Qué debe probar el que no puede probar?**. *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 99-107.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo.** Revista Ajuris. Volume 33. nº 104. Porto Alegre: dezembro de 2006, pp. 09-18.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FARAH, Elias. **Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas.** *In:* NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. **Direito fundamental à saúde.** 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp.349-387.

FARIA, Jorge Ribeiro de. **A prova na responsabilidade civil médica – reflexos em torno do direito alemão.** *In:* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto: 2004, pp. 115-195.

FAURE, Miryam Balestro. **La dinâmica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 321-365.

FERREYRA, Roberto Antonio Vázquez. **Prueba de la culpa médica.** 2ª ed. Buenos Aires: Editora Hammulabi, 1993.

_____. **La responsabilidad civil de los médicos.** Artigo doutrinário retirado do sítio jurídico da Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico – SIDEME. Fonte: www. sideme.org.

FREITAS, José Lebre de. **A confissão no direito probatório.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. **A ação declarativa comum à luz do código revisto.** Reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

_____. **Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais.** 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

_____. **Código de processo civil anotado.** Volumes 1 e 2. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, responsabilidade civil.** Volume III. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica.** 3ª ed. Pamplona: Editora Civitas - Thomson Reuters, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, Responsabilidade civil.** Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Responsabilidade civil.** 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRANDE, Maximiliano García. **Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad.** Rosario: Editorial Juris, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2010.

_____. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2002.

_____. **A responsabilidade civil do médico.** *In*: NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. Direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 607-644.

LEGUISAMÓN, Héctor E. **La necesaria madurez de las cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 109-124.

LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente.** Jus Navegandi, Teresina, ano 9, nº 387, julho de 2004, disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/5507, acesso em 05 de março de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova.** *In:* NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. **Direito fundamental à saúde.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 389-398.

LOPES, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil dos médicos.** *In:* CAHALI, Yussef (coordenador). **Responsabilidade civil.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. **O dano estético. Responsabilidade Civil**, 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Formação da convicção e inversão do ônus das provas segundo as peculiaridades do caso concreto.** *In:* NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas. Aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 255-268.

MARQUES, Silvina Pereira. **La carga de la prueba de la culpa profesional médica.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 479-505.

MARTINS, Joana Graeff. **Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião.** MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil.** Lisboa. Editora Lisboa, 1961.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro.** *In:* NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. Direito fundamental à saúde. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 677-724.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil.** 6ª ed. Pamplona: Editora Civitas – Thompson Reuters, 2011.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova.** Lisboa: Editora Lex Lisboa, 2000.

NUNES, Manuel Rosário. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos.** 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

_____. **Da responsabilidade civil por atos médicos. Alguns aspectos.** Lisboa: Editora Lisboa, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado.** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Volume 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEYRANO, Jorge Walter, **Lineamentos de las cargas probatorias "dinâmicas".** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp.13-18.

_____. **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 19-24.

_____. **La doctrina de las cargas probatorias dinâmicas y la máquina de impedir em materia jurídica.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 75-97.

_____. **De la carga probatoria dinâmica embozada a su consagración legislativa.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 169-173.

RAMBALDO, Juan Alberto. **Cargas probatórias dinâmicas: um giro epistemológico.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 25-34.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil.** 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____. **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência).** 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil - Responsabilidade médica.** *C*apítulo XXVII. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil.** Volume IV, 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

RUZAFA, Beatriz S. **Las cargas probatorias dinâmicas en juicio ejecutivo.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 367-403.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil.** Coimbra: Editora Almedina, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Sobre o ônus da prova na responsabilidade civil médica.** *In:* **Direito da Saúde e Bioética.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa - Editora Lex, 1996, pp. 121-143.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Iatrogenia e responsabilidade civil do médico.** *In*: NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. Direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 645-654.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor.** *In:* NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. Direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 815-826.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil.- Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** Volume 2. São Paulo: Editora Método, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prueba.** Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.

_____. **La prueba de los hechos.** Bologna: Editorial Trotta, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Temas de direito civil.** Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TEPSICH, María Belén. **Cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 153-167.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico.** *In:* Revista dos Tribunais nº 760, fevereiro de 1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 40-48.

VALLEJOS, Juan Carlos. **Cargas probatorias dinâmicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 455-478.

VÁZQUEZ BARROS, Sérgio. **Responsabilidad civil de los médicos.** Valência: Editora Tirant to Blanc, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Responsabilidade Civil.** Volume 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WHITE, Inés Lépori. **Cargas probatorias dinâmicas.** *In* WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatorias dinâmicas.** Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 35-73.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico.** *In:* NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de (coordenadores). **Doutrinas essenciais - responsabilidade civil.** Volume V. **Direito fundamental à saúde.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 399-432.

A (i)legalidade do flagrante diferido nos casos de organizações criminosas

Carlos Alberto Garcete de Almeida[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar a questão da (i)legalidade do chamado flagrante diferido nos casos de organizações criminosas.

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Organizações criminosas. Lei n. 12.850/2013. Flagrante diferido.

Sumário: 1. Introito. 2. Das espécies de prisões no ordenamento jurídico. 3. Da prisão em flagrante. 4. Do flagrante diferido na Lei de Organizações Criminosas. 5. Da ilegalidade do flagrante diferido em algumas situações a envolver organizações criminosas. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1 INTROITO

No cenário nacional, tem-se visto, hodiernamente, a construção hipertrófica da legislação penal e processual penal, sob a justificativa de compatibilização com a criminologia contemporânea, do que são exemplos a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990) e a nova Lei sobre Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013).

Sem embargo, a produção da norma, quando promovida a partir de episódios específicos e que denotam certa comoção — inclusive incitada pela mídia —, acaba por ocasionar a criação de leis populistas, desprovidas do devido esmero no que diz respeito à observância do *devido processo constitucional penal*.

Se a reconstrução do fato criminoso, pelas autoridades responsáveis pela investigação, é de *interesse público*, não menos importante é a *segurança jurídica*, à vista do Estado Democrático de Direito, como força motriz de todo ordenamento jurídico a evidenciar o nível de evolução do Estado brasileiro.

Nesse sentido, afigura-se relevante estabelecer o equacionamento consentâneo para que a ordem jurídica não seja subvertida em nome de situações casuísticas que, no mais das vezes, custam caro à nossa democracia brasileira.

O objetivo deste artigo é o exame da caracterização da prisão em flagrante em casos de *ações controladas,* na forma disposta na Lei Federal n. 12.850, de 2 de agosto de 2013 — que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal —, porém no enfoque do *devido processo constitucional penal*.

Nesse sentido, de há muito se ansiava pela produção de legislação que cuidasse, em específico, da conceituação de organizações criminosas, os métodos de investigações e os procedimentos respectivos, máxime porque, como ressabido, a Suprema Corte brasileira tinha entendimento no sentido de que, em nome do princípio da legalidade, haveria necessidade, *de lege ferenda,* de lei penal que definisse, no ordenamento pátrio, a organização criminosa.

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

Nada obstante, a fixação de diretrizes legais, como agora ocorre com a Lei n. 12.850/2013, deve permear técnicas de filtragem constitucional, o que, se observado, permite ao intérprete agir com o cuidado necessário a não se sentir envolvido pelos influxos de exemplos oriundos do direito comparado — nem sempre aplicáveis entre nós, quer seja pela peculiaridade de outra Nação, quer seja porque, em outros países, princípios constitucionais outros funcionam como diretrizes de um ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, 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.

2 DAS ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição Federal de 1988 apresenta *garantias fundamentais* em seu art. 5º, entre as quais, de que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (inciso LVII), de que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente* (inciso LXI) e de que *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança* (inciso LXVI).

Antes do advento da aludida Carta Magna, a sistemática do Código de Processo Penal de 1941 contemplava hipóteses de prisões, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, que denotavam a inclinação do legislador para a antecipação do juízo de culpabilidade do agente. São exemplos as prisões por decorrência da decisão de pronúncia e da sentença condenatória como condição para recorrer. Ao que se dessome, tal decorreu porque nosso Código se baseou no (então) Código de Processo Penal italiano que houvera sido produzido em meio ao regime fascista.

De acordo com **Eugênio Pacelli de Oliveira**[2]:

> *É por isso que estamos afirmando que o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) refere-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.*

Veja que, nos casos de prisão em flagrante, o legislador previa (e prevê, até hoje) a *liberdade provisória,* terminologia que malfere diretamente a garantia constitucional de presunção de não culpabilidade.

No ano de 2008, algumas minirreformas advieram, por meio das Leis Federais 11.689, 11.690 e 11.719, e, por certo, trouxeram uma melhor conformação do Código de Processo Penal à Constituição de 1988, notadamente ao princípio da inocência.

Com a tecnicidade adotada pelo Código de Processo Penal, após as mencionadas reformas, as prisões podem ser divididas em dois grandes grupos: a) prisão provisória; b) prisão-pena.

Segue-se que, *de lege lata,* a prisão só pode decorrer (i) de sentença penal condenatória transitada em julgado e (ii) de prisão cautelar, durante a tramitação de investigação criminal ou de processo crime. Este é um aspecto de sobranceira importância: à luz da garantia da presunção de inocência, a filtragem constitucional nos conduz à conclusão de que, antes do trânsito em julgado, qualquer prisão provisória deve se revestir de cunho eminentemente cautelar e excepcional.

2 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 413.

Na advertência de Pacelli[3]:

> *[...] toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado será, sempre, cautelar e também provisória.*

Assim que a atual redação do art. 282 do Código de Processo Penal (dada pela Lei n. 12.403/2011) prescreve que as medidas cautelares deverão ser aplicadas, observando-se a (i) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, e (ii) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Por corolário, nosso ordenamento jurídico prevê, atualmente, as seguintes prisões provisórias (ou cautelares): a) prisão em flagrante delito; b) prisão temporária (Lei n. 7.960/1989); c) prisão preventiva.

No tanto que interessa ao escopo deste trabalho, incumbe percorrer as situações de prisão em flagrante.

3 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O art. 301 do Código de Processo Penal enuncia que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Em seguida, o referido estatuto traz a previsão das hipóteses de prisões em flagrante:

> *Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:*
>
> *I – está cometendo a infração penal;*
>
> *II – acaba de cometê-la;*
>
> *III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*
>
> *IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

Carnelutti[4] nos ensina que o flagrante está relacionado a *"la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde"*.

A doutrina denomina as situações supracitadas da seguinte forma: 1º) flagrante em sentido próprio (incisos I e II); 2º) flagrante em sentido impróprio, ou quase-flagrante (inciso III), 3º) flagrante presumido, ou ficto (inciso IV).

Tenha-se presente que a prisão em flagrante tem natureza precautelar pessoal, dada a sua precariedade, visto que sua finalidade é, apenas, colocar o detido à disposição do juiz, quando o agente é flagrado na prática delituosa (*fumus comissi delicti*), nas situações legais, para que o magistrado possa decidir (subcautela) acerca de sua liberdade ou de aplicação de outras medidas cautelares penais.

3 *Op.cit.*, p. 415.

4 Apud LOPES JR. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Aury. p. 55.

4 DO FLAGRANTE DIFERIDO NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O direito penal tem experimentado mudanças significativas, máxime nas últimas duas décadas, a partir do fenômeno da globalização, de sorte que os delitos não mais se circunscrevem a condutas individuais dos criminosos.

Os avanços tecnológicos e a informação global permitiram o aperfeiçoamento da ação delituosa e o fortalecimento de grupos criminosos caracterizados pela organização e a hierarquia permanentes e, mormente, o fato de se tratar de criminalidade de poderosos (*crimes of the powerful*), a exemplo do famigerado crime do colarinho branco (w*hite-collar crime*)[5].

A criminalidade moderna em nosso país passa a conhecer o chamado *crime organizado,* até então lembrado apenas na literatura penal, sobretudo por grupos como da Máfia, Yakusa, Tríades Chinesas e Cartéis Colombianos[6].

No ano de 1995, surge entre nós a Lei Federal n. 9.034, que trata do crime organizado. Dentre algumas técnicas de obtenção de provas, exsurge a *ação controlada* (também conhecida por "entrega vigiada").

> *Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:*
>
> *(...);*
>
> *II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.*

Posteriormente, fortes debates surgiram quanto à aplicabilidade dessa lei, à míngua de uma norma legal que disciplinasse o conceito de organização criminosa — a despeito da existência da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada entre nós pelo Decreto Legislativo n. 231/2003 e inserida no ordenamento por meio do Decreto n. 5.015/2004 —. O debate se desenvolvia em torno do *princípio da legalidade penal* (*formal e estrita*).

Por essa razão, no ano de 2013, é sancionada a Lei Federal n. 12.850, que considera *organização criminosa* a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º).

Dentre os meios de obtenção de provas previstos na novel lei (art. 3º), novamente está a *ação controlada:*

---

5 De acordo com Leonardo Leal Peret Antunes (*in* **A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna**. IBCCRIM. Tribuna Virtual. Ano 1 – Edição n. 3 – Abril de 2013 – ISSN n. 2317-1898): *"O conceito de crime de colarinho branco (White-collar crime) surgiu nos EUA, por volta de 1940, por meio de estudos desenvolvidos pelo sociólogo Edwin H. Sutherland. Obtendo o título de PhD no departamento de sociologia da Universidade de Chicago. Sutherland pode observar o grande crescimento geográfico e demográfico ocorrido na cidade de Chicago nas primeiras décadas do século XX, quando a população multiplicou-se desordenadamente e, com isso, surgiram os problemas inerentes ao crescimento descontrolado. Foi nesse ambiente que floresceu a máfia americana no início do século XX, dedicando-se, principalmente, suas atividades ilícitas ao contrabando de bebidas e a exploração de prostituição e de jogos. Apesar de criminosas, tais atividades ilícitas eram socialmente toleradas, diferentemente do que ocorria com os chamados crimes comuns (que atingem a vida, a integridade física ou psíquica e o patrimônio de vítimas específicas e determinadas), que eram amplamente reprovados pela sociedade. Assim, os mafiosos se diferenciavam dos criminosos comuns, razão pela qual, inclusive, muitas vezes se encontravam socialmente inseridos, inclusive entre as classes mais abastadas."*

6 TOLENTINO NETO, Francisco. **Crime Organizado.** Saraiva: São Paulo, 2012. Coordenadores Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. p. 51-7.

> *Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.*

Menciona Aury Lopes Jr.[7] que o dispositivo acima destacado é aplicado aos casos de organizações criminosas e autoriza a polícia a retardar sua intervenção (prisão em flagrante) para realizar-se em momento posterior (por isso, diferido), mais adequado sob o ponto de vista de persecução criminal. Aduz que esse dispositivo excepciona as regras contidas nos arts. 301 e 302, inciso I, do Código de Processo Penal.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci[8], trata-se de retardamento legal da intervenção policial ou administrativa, basicamente a realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da concretização do crime praticado por oganização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações.

Por conta do permissivo legal referente à ação controlada, desde a (anterior) Lei n. 9.034/1995, a doutrina acrescentou mais uma espécie de prisão em flagrante, qual seja o *flagrante diferido (*ou *protelado,* ou *controlado, ou virtual, ou retardado),* classificação que merece uma análise mais acurada.

5 DA ILEGALIDADE DO FLAGRANTE DIFERIDO EM ALGUMAS SITUAÇÕES A ENVOLVER ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Com fundamento no art. 8º da Lei n. 12.850/2013, poder-se-ia concluir, *prima facie,* que esta lei amplia as hipóteses de prisões em flagrante previstas no art. 302 do Código de Processo Penal para incluir a permissibilidade legal de se protrair, no tempo, o momento da execução da prisão em flagrante pela autoridade policial.

Num primeiro viso, lembrando Aury — ao exemplificar uma situação em que se trataria de crime de roubo de carga no qual a autoridade policial deixaria de executar a prisão em flagrante para, oportunamente, prender os receptadores**:** *"A rigor, não haveria prisão em flagrante daqueles que cometeram o roubo, pois passados muitos dias da sua ocorrência, sendo aplicável qualquer dos incisos do art. 302. Contudo, diante da autorização contida no art. 2º, II, está legitimado o flagrante retardado ou protelado".*

Sucede que o flagrante diferido impõe análise mais detida da Lei n. 12.850/2013, principalmente à luz do método da interpretação sistemática porque — como antes discorrido — a filtragem constitucional urge não perder de vista que a presunção de inocência só admite a prisão de natureza cautelar antes de eventual sentença penal condenatória transitada em julgado.

Portanto, é contrário a qualquer acepção elástica do conceito de "flagrante" entender que este pode ocorrer em situação que não mais é de flagrância.

Admitamos o mesmo exemplo utilizado por Aury — de roubo de carga com ação controlada autorizada judicialmente. Nesse caso, o fato de estar em curso uma ação controlada não conduz à conclusão de que, a qualquer tempo, a autoridade policial possa decidir quando executará a prisão em flagrante. O crime de roubo, no caso, está consumado de há muito e desnaturado o estado de flagrância.

7 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 809.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** São Paulo: RT, 2013. p. 69.

Em situações como essa, a prisão instrumental, se for o caso, pode ocorrer por outras espécies, tais como a prisão temporária ou prisão preventiva, mas não por prisão em flagrante.

O flagrante diferido, a nosso ver, só pode ocorrer em se tratando de crime permanente, já que, no tocante ao crime instantâneo, o estado de flagrância resta afastado.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt[9], crime instantâneo é aquele que se esgota com a ocorrência do resultado. Crime permanente é aquele cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando quiser (cárcere privado, sequestro).

Cumpre frisar que a prática de novos crimes por aquele grupo alvo de ação controlada não se enquadra dentro do conceito de flagrante diferido porque tais fatos geram novos delitos e, consequentemente, novos flagrantes. É a chamada reiteração criminosa, que se caracteriza pela habitualidade em condutas criminosas autônomas e independentes.

Na linha de raciocínio esposado neste artigo, traz-se a lume Gustavo Badaró[10], que, de há muito, refuta a assertiva de que o flagrante diferido seja uma nova modalidade de prisão. Anota que, na ação controlada, "há, apenas, uma autorização legal para que a autoridade policial e seus agentes que, a princípio, teriam a obrigação de efetuar a prisão em flagrante (CPP, art. 310,2ª parte), deixem de fazê-lo, com vistas a uma maior eficácia da investigação". Em seguida, complementa: "obviamente, a autoridade policial, no momento posterior, quando descobrir os elementos mais relevantes, não poderá realizar a prisão em flagrante, pelo ato pretérito que foi tolerado com vista à eficácia da investigação".

Por essa razão, em Aury Lopes Jr.[11]:

> *A autoridade policial está autorizada, apenas, a 'deixar de proceder' naquele exato momento, para que possa obter maiores informações que deem um lastro probatório mais robusto para a investigação. Depois disso, o que deverá ser feito — em caso de necessidade demonstrada — é representar pela prisão temporária ou preventiva. Com isso, o flagrante diferido não constitui uma nova modalidade de prisão, senão um instrumento-meio, com vistas à eficácia da investigação. A partir das informações obtidas pelo não agir da polícia naquele momento, instrumentaliza-se o posterior pedido de prisão temporária ou preventiva.*

Por corolário, sobreleva dizer que a praxe policial e forense deve estar atenta para o sentido da *ação controlada* e do descabimento do *flagrante diferido,* sob a falsa premissa de que essa espécie de prisão estaria revestida de autorização judicial.

6 CONCLUSÕES

O flagrante diferido só pode ocorrer em se tratando de *crime permanente,* porquanto, no tocante ao *crime instantâneo,* o estado de flagrância resta afastado.

A prática de novos crimes por aquela organização criminosa alvo de *ação controlada* não se enquadra dentro do conceito de *flagrante diferido,* visto que tais fatos geram novos delitos e, consequentemente, novos flagrantes. É a chamada *reiteração criminosa,* que se caracteriza pela habitualidade em condutas criminosas autônomas e independentes. Em situações como essa, a prisão instrumental, se for o caso, pode ocorrer por outras espécies, tais como a prisão temporária ou prisão preventiva, mas não pela prisão em flagrante.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 254-5.
10 BADARÓ, Gustavo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Tomo II. p. 137-8.
11 *Op. Cit*., p. 810.

7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. **A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna.** IBCCRIM. Tribuna Virtual. Ano 1 – Edição n. 3 – Abril de 2013 – ISSN n. 2317-1898.

BADARÓ, Gustavo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Tomo II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOLENTINO NETO, Francisco. **Crime Organizado.** São Paulo: Saraiva, 2012. Coordenadores Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro.

O mercado de consumo e sua relação com o sistema democrático: breves comentários sobre a hipermodernidade e os direitos fundamentais

Claudia Bossay Assumpção Fassa[1]

Resumo: A visão individualista dos direitos do homem tomou força com a Revolução Francesa. O direito à felicidade passou a fazer parte do texto constitucional e a ser, destarte, compreendido como um direito fundamental. A partir da Revolução Industrial, com a expansão do mercado, a sociedade passou a moldar indivíduos para a produção, para o trabalho. Surgiram as novas práticas do mercado em massa, que acabaram por tornar a noção de consumidor mais complexa e marcada pela vulnerabilidade. Essa é a pessoa humana no mercado globalizado, que transformou o consumo em eixo de sua existência e que precisa de proteção. A democracia pressupõe o exercício ético na distribuição do poder e, sobretudo, a liberdade e a igualdade, valores que lhe são básicos. A sociedade do hiperconsumo, assim como traz o progresso e a globalização, traz também o sofrimento humano, a pobreza, a segregação, a indiferença afetiva, a exclusão. Nesse sentido, traz a ameaça à violação aos direitos humanos. Por isso que, mesmo sendo um caminho árduo o de amainar as preocupações existenciais do ser humano e de evitar a espoliação dos direitos, liberdades e garantias já há muito consagrados nos textos constitucionais, o Estado não pode dele se afastar

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Hipermodernidade. Consumidor. Direito democrático. Direitos fundamentais.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 A hipermodernidade. 3 A hipermodernidade e a expectativa de felicidade individual. 4 A hipermodernidade e os consumidores. 5 A hipermodernidade, o sistema democrático e os direitos fundamentais. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem a finalidade de abordar, de maneira singela e direta, uma nova fase do capitalismo de consumo cognominada por Gilles Lipovetsky de hipermodernidade, que é marcada pela cultura de consumo de massa e sua relação com o regime democrático, cujo ideal baseia-se na busca pelo maior bem-estar do indivíduo e com os direitos fundamentais, enfatizando a proteção ao consumidor.

Essa nova era se impôs exaltando novos modos de vida, gostos e aspirações. Trouxe também um novo comportamento, marcado pelo individualismo, em que a capacidade de consumir é o que promove a adequação social.

1 Mestranda em Direito do Estado (concentração em Direito Administrativo), na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduada em Direito Civil com ênfase em Direito do Consumidor. Defensora Pública Estadual de Campo Grande (MS).

Logo, torna-se essencial que o Estado intervenha tanto no domínio econômico, como no domínio social, para maior garantia aos direitos humanos (e aos direitos fundamentais), que se encontram ameaçados pela diferenciação social estimulada pelo consumo excessivo.

2 A HIPERMODERNIDADE

A *hipermodernidade* é termo usado por Gilles Lipovetsky para designar a superlatividade do mundo pós-moderno. Segundo a análise do autor, essa nova perspectiva da vida pós-moderna pode ser explicada da seguinte forma:

> *Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada. Nesse contexto, as esferas mais diversas são o toais de uma escalada aos extremos, entregues a uma dinâmica ilimitada, a uma espiral hiperbólica. Assim, testemunha-se um enorme inchaço das atividades nas finanças e nas Bolsas; uma aceleração do ritmo das operações econômicas, doravante funcionando em tempo real; uma explosão fenomenal dos volumes de capital em circulação no planeta. Já faz tempo que a sociedade de consumo se exibe sob o signo do excesso, da profusão de mercadorias; pois agora isso se exacerbou com os hipermercados e shopping centers, cada vez mais gigantescos, que oferecem uma pletora de produtos, marcas e serviços. Cada domínio apresenta uma vertente excrescente, desmesurada, "sem limites". Prova disso é a tecnologia e suas transformações vertiginosas nos referenciais sobre a morte, a alimentação ou a procriação. Mostram-no também as imagens do corpo no hiper-realismo pornô; a televisão e seus espetáculos que encenam a transparência total; a galáxia Internet e seu dilúvio de fluxos numéricos (milhões de sites, bilhões de páginas, trilhões de caracteres, que dobram a cada ano); o turismo e suas multidões em férias; as aglomerações urbanas e suas megalópoles superpovoadas, asfixiadas, tentaculares. Para lutar contra o terrorismo e a criminalidade nas ruas, nos shopping centers, nos transportes coletivos, nas empresas, já se instalam milhões de câmeras, meios eletrônicos de vigilância e identificação dos cidadãos: substituindo-se à antiga sociedade disciplinar-totalitária, a sociedade da hiper-vigilância está a postos.* [2]

Nessa fase do capitalismo de consumo, surge a ideia do *consumo emocional* que corresponde em parte da experiência sensorial e do maior bem-estar que o *hiperconsumidor* busca.[3]

Não há como negar que as aspirações do homem contemporâneo estão relacionadas com o princípio do prazer.

E esse prazer é buscado de várias formas. No mundo hipermoderno ilustrado por Lipovetsky, esse prazer está relacionado ao consumo.

Felicidade não se compra, não é um produto que está no mercado. Mas a sociedade hipermoderna compra sensações, num mercado sempre muito disposto a ampliar as suas ofertas.

Assim, na perspectiva do autor, a pós–modernidade (que há vinte anos sugeria o novo), cedeu passo à *hipermodernidade*, era marcada pelo nascimento de uma nova ordem social que "substitui a ação coletiva pelas felicidades privadas".[4] Nessa era nasce uma nova cultura que, segundo ele, tem a seguinte característica:

2 LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos, disponível em https://pt.scribd.com/doc/.../Os-TemposHipermodernos-Gilles-Lipovetsky, acesso em 06/12/2014.

3 LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo.** Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 45

4 LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna.** Tradução Mário Vilela. 4.reimpr.. São Paulo: Ed. Barcarolla, 2011, p. 60.

> *Cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer. Consumir sem esperar; viajar; divertir-se; não renunciar a nada: as políticas do futuro radiante foram sucedidas pelo consumo com a promessa de um futuro eufórico.*[5]

A felicidade se torna uma busca pelo prazer, pela satisfação imediata dos sentidos, como se o consumo pudesse ser a materialização da felicidade, como se essa prática pudesse trazer paz e harmonia. O que se vê é o contrário: com a oferta cada vez maior de qualidade e quantidade de produtos postos no mercado, o indivíduo se torna cada vez mais insatisfeito e ansioso, cada vez mais ambicionando o ter e se esquecendo de ser.

Em uma entrevista concedida em 2010, para uma revista do Rio Grande do Sul,[6] Lipovetsky enfatiza:

> *O que fazer com uma sociedade que tolhe o desejo, mas ao mesmo tempo alimenta o consumo sôfrega e vertiginosamente?*
>
> *A democracia abriu caminho para o mito da felicidade coletiva. A sociedade de consumo propõe, incessantemente, novos desejos. Podemos e queremos cada vez mais. Nas sociedades tradicionais, havia a infelicidade, claro, mas ela era ligada a Deus, à ordem das coisas. Agora, sofremos por não ter nossos desejos satisfeitos e não compreendemos por que não somos felizes. Não conseguimos alcançar tudo.*

Ele se refere ao paradoxo entre o hiperconsumo e a tendência à inquietação, à ansiedade e à insatisfação. "A sociedade de consumo se exibe sob o signo do excesso"[7]: o hiperindividualismo se confronta com a globalização. Esse fenômeno se caracteriza, portanto, pela contradição de o indivíduo ter à sua disposição a satisfação dos prazeres sensoriais (num processo que denominou de "escalada paroxista do 'sempre mais'[8]") e de outro a sua constante insatisfação; ao mesmo tempo em que o indivíduo tem muito, ele tem pouco, pois nunca está satisfeito com o que tem. Também se manifesta esse paradoxo na preocupação com a preservação da saúde. De um lado o culto ao corpo, à saúde, à higiene e à beleza; de outro, essa preocupação exagerada acaba por proliferar patologias individuais.

Enfim, arremata:

> *O hiperindividualismo coincide não apenas com a internalização do modelo do homo oeconomicus que persegue a maximização dos seus ganhos na maioria das esferas da vida (escola, sexualidade, procriação, religião, política, sindicalismo), mas também com a desestruturação de antigas formas de regulação social dos comportamentos, junto a uma maré montante de patologias, distúrbios e excessos comportamentais. Por meios de suas operações de normatização técnica e desligação social, a era hipermoderna produz num só movimento a ordem e a desordem, a independência e a dependência subjetiva, a moderação e a imoderação.*[9]

5 Ibidem.

6 LIPOVETSKY, Gilles. Felicidade não se compra. Revista Donna. (entrevista). Disponível em: http:// revistadonna.clicrbs.com.br/2010/10/22/felicidade-nao-se-compra-afirma-o-filosofo-frances-gilles-lipovetsky, acesso em 06/12/2014.

7 LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna.** Tradução Mário Vilela. 4.reimpr.. São Paulo: Ed. Barcarolla, 2011, p. 54-55.

8 Ibidem, p. 55.

9 Ibidem, p. 56.

3 A HIPERMODERNIDADE E A EXPECTATIVA DE FELICIDADE INDIVIDUAL

A felicidade (e sua concretização) é, há muito, uma preocupação do indivíduo e, portanto, tema filosófico.

Desde Tales de Mileto (século VII a.c.) busca-se a definição de felicidade, tendo a literatura atribuído a ele a noção segundo a qual *é feliz quem tem corpo são e forte, boa sorte e alma formada*.

Aristóteles ao discorrer sobre a felicidade, parte do princípio de que o prazer é um bem, e assegura: "Invocar, pois, o argumento de que alguns prazeres prejudicam a saúde tem tanto valor como dizer também que as coisas salutares são danosas, senão a outra coisa, à bolsa."[10]

Ao fazer esta afirmação, Aristóteles reconhece que alguns prazeres são torpes e danosos à saúde.

Entretanto, pondera que cabe distinguir "entre bem em sentido absoluto e bem em sentido relativo, entre prazeres reais e prazeres aparentes".[11] Distingue também "bem enquanto ato e o bem enquanto hábito natural".[12]

Enquanto ato, toma o exemplo dos medicamentos, que podem ser desagradáveis na aparência, mas convenientes como realidade; e como hábito natural, que certas coisas para uns são doces ou amargas: logo é injusto dizer que o prazer "não pode ser o sumo bem, e que é um devenir e, portanto, inferior ao fim, ao sumo bem". [13] Com efeito, "o prazer, como ato, não é um devenir, mas é ato e fim, porque nós das coisas recebemos prazer não pela sua geração, mas pelo uso delas".[14]

Logo, o prazer é um bem. E a felicidade é colocada como "o ato de todas, ou das mais dignas atividades".[15] Felicidade, portanto, não é um hábito, é uma atividade virtuosa: "O ato conforme o hábito".[16]

Com efeito, a ideia de felicidade em Aristóteles não está separada da vida prática. Ela reúne o agir, o pensar e o ter. Nesse contexto, os bens materiais não estão dissociados da idealização da felicidade. E isso está bem evidente na seguinte afirmação: "[...] não se diz que a boa fortuna se confunda com a felicidade, mas que a boa fortuna se faz necessária, até onde serve à felicidade".[17]

Depois dele, outros pensadores formularam sua noção de felicidade.

As inquietações acerca da natureza humana, do comportamento dos seres humanos e de seus propósitos e finalidades, instigou Sigmund Freud, a fazer as seguintes perguntas: "O que exigem da vida? O que nela querem alcançar?"[18] E, para ele, a resposta é simples:

> *[...] eles aspiram à felicidade, querem se tornar felizes e assim permanecer. Essas aspirações têm dois lados, uma meta positiva e outra negativa: por um lado, a ausência de dor e desprazer, por outro, a vivência de sensações intensas de prazer. Em sentido literal mais estrito, 'felicidade' refere-se apenas à segunda.*[19]

10 ARISTÓTELES. **A ética.** Supervisão editorial Jair Lot Vieira; tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Série Clássicos. Bauru, SP: EDIPRO, 1995, p. 104.

11 Ibidem, p. 104.

12 Ibidem, p. 104.

13 ARISTÓTELES. **A ética.** Supervisão editorial Jair Lot Vieira; tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Série Clássicos. Bauru, SP: EDIPRO, 1995 (Série clássicos), p. 104.

14 Ibidem.

15 Ibidem, p. 104

16 Ibidem, p. 128

17 Ibidem, p. 105

18 FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura.** Tradução de Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva; ensaio bibliográfico de Paulo Endo e Edson Souza. Porto Alegre, RS: L&M, 2013, p. 62.

19 Ibidem.

Portanto, segundo a sua teoria psicanalítica, o "que estabelece a finalidade da vida é simplesmente o programa do princípio do prazer".[20]

Como se vê, estamos longe de conceber um conceito universal do que seja a felicidade. A verdade é que sua significação muda de acordo com a concepção sócio-econômica e cultural de um determinado povo, num determinado momento histórico.

Na República participativa, democrática, grega, a felicidade é reconhecida como meta, objetivo e finalidade da política, como ideário sempre ligado à fraternidade. Felicidade, portanto, estava relacionada à coletividade. Esse seria o verdadeiro direito do homem, não apenas como indivíduo, mas como cidadão, circunstância que pressupõe a sua participação política no poder, mesmo quando exercida pelos representantes eleitos, "partilhando uma sociedade do logos (*res publica*) e criando uma sociedade de iguais".[21]

A visão individualista dos direitos do homem (inclusive à felicidade) tomou força com a Revolução Francesa. As aspirações burguesas com as inspirações iluministas foram as armas intelectuais para a revolução, que concebeu uma nova ordem jurídica. Da literatura iluminista vieram os ideais de igualdade e liberdade, e da luta pela emancipação política e econômica da burguesia, veio o direito à propriedade privada. Eis os primados da retórica revolucionária. Nesta nova ordem, dentre outros direitos fundamentais, o direito à felicidade ficou positivado. No preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ficou assim consignado:

> *Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em* **princípios simples e incontestáveis***, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à* **felicidade** *geral.(grifo nosso).* [22]

Embora de cunho eminentemente individualista (e sob a influência do liberalismo), o direito à felicidade passou a fazer parte do texto constitucional e a ser, destarte, compreendido como um direito fundamental.

4 A HIPERMODERNIDADE E OS CONSUMIDORES

A partir da Revolução Industrial, com a expansão do mercado, com o avanço da tecnologia, com a intensificação das práticas comerciais e com o surgimento das novas práticas contratuais, da exploração de atividades econômicas e de um mercado cada vez mais complexos, observou-se o fenômeno identificado como o mercado de produção em massa. A produção passou a ser realizada em larga escala, em grande quantidade, até mesmo para atender a demanda de consumo, cada vez mais estimulada pelo mercado.

Logo após a Revolução Industrial, a sociedade moldava indivíduos para a produção, para o trabalho. Como destacou Hannah Arendt, [23] a sociedade era marcada pela designação do homem moderno, como o

20 Ibidem.

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais.** São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2008, p. 33.

22 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/índex.php/ Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade--das-Nações-até-1919/declaração-de-direitos-do-homem-e-docidadão-1789.html, acesso em 06/12/2014.

23 ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução: Mauro W. Barbosa. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 271-272.

homo faber, que era estimulado à fabricação, à atividade produtora de bens e serviços. Nesse período, eram bem nítidos os papéis que desempenhavam os indivíduos detentores do capital e dos que tinham a força de trabalho. A relação entre ambos era clara e precisa.

Ocorre que a mudança da capacidade produtiva e da prática da produção em massa, acabou por contribuir para a modificação do mecanismo de distribuição do produto. Anota Sergio Cavalieri Filho:

> *Se antes era o próprio fabricante quem se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega-atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.*[24]

Essas novas práticas do mercado em massa tornaram a noção de consumidor mais complexa e marcada pela vulnerabilidade.

Por isso que, para historiadores e sociólogos, a transformação do mundo ocidental se deve não só à Revolução Industrial, mas, sobretudo, à essa "revolução do consumo". Esta teria operado como fator de modificação de conceitos como tempo, espaço, sociedade, indivíduo, família e Estado, constatação que, inclusive, levou Grant McCracken a afirmar que o consumo moderno é, acima, de tudo, "um artefato histórico", porque é resultado de mudança social econômica e cultural.[25]

É inegável, portanto, que essa mudança verificada a partir da Revolução Industrial, acabou moldando uma sociedade em dois grupos: produtores e consumidores, como bem sintetiza Fábio Konder Comparato.[26]

Por definição, salienta o autor, produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores são os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos produtores, isto é, dos empresários. Assim, independentemente do poder econômico de cada indivíduo, em dado momento concreto "todos somos consumidores".[27]

Essa sociedade de consumidores, segundo Bauman, "representa o tipo de sociedade que promove, encoraja e reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas s opções cultuais alternativas".[28]

Assim, nessa sociedade de consumo, todo consumidor *precisa* e *deve* ser consumidor, pois isso os faz crer que é necessário para que alcancem ou mantenham a posição social que desejam, para que não se sintam inadequados, deficientes e abaixo do padrão estabelecido.

Por certo que todas essas peculiaridades sociais, culturais e econômicas do mercado de consumo e suas vastas possibilidades no que tange às relações de consumo, acabam por tornar complexa a dialética "produtor X consumidor". [29]

24 CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

25 MCCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo – novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo.** Tradução Fernanda Eugênio. São Paulo: Mauad, 2003, p. 21.

26 COMPARATO, Fabio Konder. **A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico.** Revista de Direito Público – RDP 80/185. Out.-Dez.1986.

27 Ibidem.

28 BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008, p. 71.

29 COMPARATO, Fabio Konder. **A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico.** Revista de Direito Público – RDP 80/185. Out.-Dez.1986.

O consumidor, que necessita do mercado produtor (fornecedores), a ele se submete, sobressaindo a sua vulnerabilidade, que promove ou acentua a desigualdade entre ambos.

É por essa razão que Cavalieri Filho afirma que a *vulnerabilidade* é o "requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor". [30] Essa pessoa humana no mercado globalizado, esse indivíduo "hipermoderno" da sociedade de consumo, que vive para o consumo, e que estaria se transformando em "mercadoria",[31] que vive num "mundo líquido moderno",[32] que transformou o consumo em eixo de sua existência, precisa de proteção. Sempre foi nítida a hipossuficiência do consumidor e a sua vulnerabilidade no mercado de consumo. Os prejuízos de ordem patrimonial e moral sofridos pelos consumidores desprotegidos eram enormes.

O chamado *homo economicus,* que na lição de Cláudia Lima Marques , "[...] desde a visão de Adam Smith, seria aquele que atua no mercado, que consome, que se define pelos produtos e serviços que tem acesso, pela informação e conhecimento que detém, como parte de sua esfera de poder, do patrimônio pessoal do consumidor",[33] que compõe não mais uma sociedade de produtores, mas de consumidores, é o *ser humano* para o qual o conjunto de princípios e regras contemplado no Código de Defesa do Consumidor (no caso brasileiro), foi concebido.

O próprio consumidor é destinatário da proteção estatal e não simplesmente a relação jurídica existente entre ele e o mercado.

Essa proteção existe por imperativo constitucional, como direito fundamental, insculpido no artigo 5º, XXXII e artigo 170, V, ambos da Constituição Federal, condições estas de especialidade que são densificadas no atual Código de Defesa do Consumidor.

5 A HIPERMODERNIDADE, O SISTEMA DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à felicidade e ao bem-estar passaram a ser direitos inalteráveis do indivíduo desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, e a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, da França.

As ideias políticas de pensadores dos séculos XVII e XVIII, como Locke, Rousseau, Voltaire e Montesquieu influenciaram os sistemas jurídicos existentes. Comenta John Gilissen que as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) concretizaram as ideias novas nos textos de constituições e de leis. Assim, nasceu uma nova perspectiva jurídica: "as liberdades públicas garantem os direitos subjetivos dos cidadãos, livres e iguais perante o direito; a soberania passa das mãos dos reis e dos príncipes para a Nação; a unificação do direito prossegue no quadro estatal".[34]

A Revolução Francesa, especificamente, trouxe um direito extremamente individualista, tendo o indivíduo como o protagonista de um direito de máxima liberdade, seja no âmbito do direito público, como do direito privado.

30 CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

31 BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, ano2008, p. 20.

32 Título da obra de BAUMAN, Zygmund. **A cultura no mundo líquido moderno.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

33 MARQUES, Claudia Lima. **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-alemã de juristas no Brasil/Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro.** Organizadores Stefan Grundmann [et al.]. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 293.

34 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 131.

Entretanto, mais tarde, a experiência frustrada do liberalismo europeu, mostrou-se insuficiente para a realização dos direitos fundamentais e para a garantia dos princípios a ele inerentes, até mesmo daqueles que foram seus pilares (liberdade e igualdade). Assim, no final do Século XIX e início do Século XX surgiu uma nova estrutura do Estado que objetivava atender às necessidades da população, que se denominou "Estado de Bem-Estar Social", ou "Estado-Providência" (ou, ainda, *Welfare State*).

Nesse modelo, o Estado vincula-se ao social como uma providência, assumindo a função de resolver os problemas gerados por uma sociedade que reclamava melhor qualidade de vida, e que se encontrava determinada por contradições sócio-econômicas. O Estado passa a ter a responsabilidade de assegurar aos indivíduos a dignidade social e moral bem como o bem-estar material.

Essa passagem do Estado liberal burguês para o Estado do Bem-Estar se mostra bem nítida quando observada sob a ótica do controle do Estado na economia e no domínio social.

A consequência desse gigantismo do Estado foi a necessidade de sua redução, fenômeno marcado pelo pensamento neoliberal americano, que, no Brasil, ocorreu com as privatizações.

Assim, na modernidade, o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica, mas "na hipermodernidade, o Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe".[35]

Nesse cenário hipermoderno, a solidariedade resta enfraquecida, pois a busca pela satisfação privada cresce, e com ela o grau de individualismo. Privilegia-se a busca pelo bem-estar individual, tornando a felicidade algo que não provém da relação de indivíduo com indivíduo, mas do indivíduo com o mercado de consumo, com sua capacidade de aquisição dos prazeres que estão à venda.

A democracia neste contexto, também se torna algo incompreensível e até irrealizável, pois ao mesmo tempo em que se busca a felicidade, se incentiva a satisfação material como fator de promoção da igualdade; a sociedade se estratifica e o indivíduo se isola, como consequência do aumento da demanda por uma felicidade privada, individualista e segregadora. A sociedade se divide entre aqueles que têm poder de consumo e aqueles que não têm. A violência e a desconfiança passam a isolar ainda mais os indivíduos.

Diante disso, já se sabe que o afastamento do Estado é pernicioso; é essencial que o Estado intervenha tanto no domínio econômico, como no domínio social, para maior garantia aos direitos humanos (e aos direitos sociais fundamentais), que se encontram ameaçados pela diferenciação social, que é estimulada pelo consumo excessivo. Assim como traz o progresso e a globalização, a sociedade do hiperconsumo traz também o sofrimento humano, a pobreza, a segregação, a indiferença afetiva, a exclusão. Nesse sentido, traz a ameaça à violação aos direitos humanos. Por isso que, mesmo sendo um caminho árduo o de amainar as preocupações existenciais do ser humano e de evitar a espoliação dos direitos, liberdades e garantias já há muito consagrados nos textos constitucionais, o Estado não pode dele se afastar.

Nessa perspectiva, Canotilho, ao tratar do direito à proteção jurídica e aos direitos fundamentais de defesa, assevera:

> *Em todos os casos, porém, é o Estado (poderes públicos) chamado à colação: nos direitos à proteção jurídica invoca-se o Estado como destinatário ao dever de proteção de particulares, nos direitos de defesa impõe-se ao Estado o dever de não agredir (= dever de se abster perante) a esfera jurídica dos cidadãos.*[36]

35 LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna.** Tradução Mário Vilela. 4.reimpr.. São Paulo: Ed. Barcarolla, 2011, p. 54.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 77.

Como escreve Roberto Dromi, em sua obra *El Derecho Público en la Hipermodernidad,*[37] a dignidade dos seres humanos dá sentido aos direitos fundamentais, de modo que a proteção do Estado a eles se dirige. Eis a sua afirmação:

> *Los derechos fundamentales derivan de la dignidad del ser humano, destinatario ultimo y principal de la protección del Estado. De ella emana la igualdad esencial e todos los hombres, en tanto seres que disponen de razón y que atienden a un fin proprio de plenitud, por su capacidad potencial de accedr a la verdad. En el campo del Derecho, esta dignidad esencial e igual del hombre y sus corolarios (vida, liberdad, propriedade) se traducen em la necessidad de um reconocimiento de los derechos y garantias que son su manifestación em la relación social.* [38]

Nesse contexto, cabe lembrar os ensinamentos de Norberto Bobbio, segundo o qual a globalização, o hiperconsumo, o hiperindividualismo, a economia de massa, exigem um modelo de Estado cuja soberania deve ser capaz de identificar as diversas gerações de direitos humanos[39] e dar-lhes efetividade, vez que são a base e o fundamento do Estado Democrático de Direito.

A democracia pressupõe o exercício ético na distribuição do poder e, sobretudo, a liberdade e a igualdade, valores que lhe são básicos.

Osvaldo Canela Junior, fincado nas lições de Dalmo de Abreu Dallari, enfatiza que "a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos" são os três elementos caracterizadores do regime democrático.[40] Explica que no Estado Liberal, a liberdade era o direito de maior relevância. No Estado Social, permanece íntegra a liberdade, conquanto a relevância foi dada ao direito à igualdade, de sorte que passou a ter um sentido material e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado Social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas.

Democracia, portanto, pressupõe liberdade e igualdade e o seu conceito está anelado à efetiva proteção dos direitos fundamentais. Se o Estado garante a liberdade dos cidadãos, mas não executa os atos materiais para a consecução efetiva da igualdade substancial, não pode ser considerado realmente democrático.

Igualdade substancial pressupõe condições materiais adequadas ao desenvolvimento do homem como cidadão, legitimo partícipe das decisões políticas.

A miséria é incompatível com a lucidez exigida do cidadão, legítimo interveniente dos destinos do Estado, pois submete o ser humano à infame condição de mero sobrevivente sujeito às injunções biológicas básicas.

A segunda geração dos direitos foi concebida exatamente para criar as condições materiais necessárias para o completo aniquilamento da miséria no mundo, esta ultrajante condição, que submete os homens ao arbítrio dos Estados transformando-os em meros dados estatísticos.[41]

A terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, reforça o caráter universal do indivíduo, isto é, suas relações com os indivíduos da mesma espécie e a possibilidade de lesão aos direitos considerados coletivamente.

37 DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la Hipermodernidad.** Madri: Editorial Hispania Libros, 2005, p. 262.
38 Ibidem
39 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** São Paulo: Paz e Terra, 1986.
40 CANELA, Osvaldo Junior. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, p. 50-52.
41 Ibidem.

Paulo Bonavides enfatiza que esses direitos de terceira geração, "têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."[42]

A proteção ao consumidor e o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, são dois deles. Por certo que, como direitos fundamentais que são, tem seu conteúdo na dignidade humana.

A dignidade humana deita raízes no Cristianismo, segundo o qual todo homem foi concebido à imagem e semelhança de Deus. E como tal, todos têm direito à igual respeito, e assim, seu corolário, portanto, é a proibição da discriminação.[43]

E mais, enfatiza Marcelo Schenk Duque: "a dignidade humana não tem preço ou equivalente", ela é "justamente o valor supremo passível de máxima proteção pela ordem jurídica de modo que não é crível acreditar que ela imponha limites tão somente à ação estatal"; exatamente por ser esse valor supremo, os direitos fundamentais "com conteúdo em dignidade devem possuir eficácia também nas relações jurídico-privadas, onde o Estado não atua diretamente",[44] inclusive nas relações de consumo.

6 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, como fundamento de um Estado justo, de uma sociedade livre e digna, baseado na participação popular nas decisões políticas, ainda que na forma representativa, deve ser o arsenal ideológico condutor da transformação social. Se não suficiente para garantir a felicidade aos indivíduos, que seja, então, ao menos uma força capaz de lutar contra a desigualdade e o sofrimento humano.

Essa sociedade de consumidores, cuja busca pelo maior bem-estar tornou-se seu objetivo supremo, encontra eco na democracia, na medida em que, como ideal político, também se assenta na persecução contínua da satisfação do indivíduo.

Entretanto, esse estímulo à busca da felicidade não pode tornar incompreensíveis os ideais democráticos a ponto de gerar uma sociedade que se estratifica e que isola o indivíduo. Ao contrário, a democracia deve funcionar como incentivo à satisfação material como fator de promoção da igualdade.

A pessoa humana no mercado globalizado, esse indivíduo "hipermoderno" da sociedade de consumo, que vive para o consumo, e que estaria se transformando em "mercadoria", que vive num "mundo líquido moderno", que transformou o consumo em eixo de sua existência, precisa de proteção. A vulnerabilidade do consumidor, nessa sociedade do hiperconsumo, resta evidente.

Nesse contexto, o Estado deve servir à pessoa, e não a pessoa servir ao Estado.

O consumidor é parte do motor dessa engrenagem e merece respeito, proteção, defesa, até em nome da realização da dignidade humana, pilar do Estado Democrático e Social de Direito.

42 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.
43 DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: RT, 2014, p. 236.
44 Ibidem, p. 259.

7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A ética.** Supervisão editorial Jair Lot Vieira; tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Série Clássicos. Bauru, SP: EDIPRO, 1995.

BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008.

_____. **A cultura no mundo líquido moderno.**Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 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. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico.** Revista de direito Público – RDP 80/185. Out.-Dez.1986.

DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la Hipermodernidad.** Madri: Editorial Hispania Libros, 2005.

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., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

_____ . **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática.** São Paulo: RT, 2014.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura.** Tradução de Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva; ensaio bibliográfico de Paulo Endo e Edson Souza. Porto Alegre, RS: L&M, 2013.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos: Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna.** Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ed. Barcarolla, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos,** disponível em https://pt.scribd.com/ doc/.../Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky , acesso em 06/12/2014.

_____. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo.** Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. Felicidade não se compra. Revista Donna. (entrevista). Disponível em: http:// revistadonna. clicrbs.com.br/2010/10/22/felicidade-nao-se-compra-afirma-o-filosofo-francesgilles-lipovetsky, acesso em 06/12/2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-alemã de juristas no Brasil/Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro.** Organizadores Stefan Grundmann [et al.]. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

MCCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo – novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo.** Tradução Fernanda Eugênio. São Paulo: Mauad, 2003.

Audiência de Custódia: Uma Velha Novidade

José Henrique Kaster Franco[1]

O passado não reconhece o seu lugar, quer sempre estar presente.

Mario Quintana

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. A apresentação do preso em juízo. 4. Audiência de custódia e seu processamento. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O artigo concebe a audiência de custódia como retomada do sentido histórico do *Habeas Corpus*, e analisa sua importância atual no direito brasileiro.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Prisões cautelares. *Habeas Corpus*.

1 INTRODUÇÃO

A novidade conhecida pela alcunha de "Audiência de Custódia" nada mais representa do que a retomada do sentido histórico do *Habeas Corpus,* um dos mais importantes institutos da História do Direito. A despeito de sua longevidade - conta quase oitocentos anos - ainda é o meio mais eficaz de garantia da liberdade, o que atesta sua solidez, sua eficácia como instrumento e, sobretudo, sugere que sua existência é indispensável em toda a sociedade que se tenha por democrática.

Garantir ao preso o direito de se fazer apresentar pessoalmente ao juiz constitui o sentido real do Habeas Corpus.

Em país em que aproximadamente 42% dos presos são provisórios, é chegada a hora de pensar mecanismos para aprimorar a decretação de segregações cautelares, que deveriam ser excepcionais, pois seria de se esperar que o julgamento viesse sempre antes da pena, e não contrário.

Pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas) revela dados preocupantes e aponta para um futuro não muito distante, quando o Estado poderá vir a ser responsabilizado por excessos nas prisões cautelares. A pesquisa revelou que 37% dos presos que suportaram prisões provisórias acabaram absolvidos ou condenados a penas restritivas de direito[2]. Isso quer dizer que de cada 10 presos, aproximadamente 4 não deveriam estar aguardando o julgamento encarcerados.

A situação piora se somarmos a esses números aqueles casos em que o preso acaba condenado a uma pena privativa de liberdade em regime aberto ou semiaberto.

1 Especialista em Ciências Penais, Mestre e Doutorando em Direito Penal pela PUC/SP, Intercambista na Deutsche Richterakademie, Professor na Esmagis/MS e no programa de pós-graduação da PUC/PR, Juiz de Direito/MS.

2 Disponível em ipea.gov.br, acesso em 02 de junho de 2014.

2 BREVE HISTÓRICO

O *Habeas Corpus* tem seu embrião no Direito Inglês, mais precisamente na Magna Carta de 1215. O documento, redigido em latim, língua inacessível ao povo, sugeria a ideia de um acordo realizado entre o rei, o baronato e a Igreja.[3]. Os barões ingleses, ao lado do alto clero, como condição para manter o monarca do poder, impuseram a João Sem-Terra, no século XIII, a Magna *Charta Libertatum*. João Sem-Terra, ou John Lackland, aderiu ao documento acuado por uma série de eventos que levaram instabilidade à Inglaterra. Envolveu-se em disputas internas pelo trono e também em disputa pelo Ducado da Normandia com o rei francês, Filipe Augusto, o que obrigou ao constante aumento de impostos para fazer frente aos gastos bélicos[4]. O monarca também se indispôs com o papado por questões territoriais. Foi deserdado pelo pai, Henrique II, e excomungado pelo Papa Inocêncio III, que depois de um certo tempo desfez a excomunhão.

Diante de todos esses fatores de instabilidade, era natural o enfraquecimento do rei, que acabou cedendo aos interesses dos nobres e da Igreja. Firmada em 15 de junho de 1215, a Magna Carta trazia no capítulo XXIX disposição de salvaguarda do direito à liberdade[5].

O método prático de garantir o direito à liberdade previsto na Magna Carta era a apresentação do detido ao tribunal pouco depois da prisão[6]. Hélio Tornagui[7] descreve esse trâmite pelo qual o detido era de pronto apresentado àquele que deveria deliberar acerca da prisão:

> *O habeas corpus é, no Direito Inglês, do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (writ) para que seja apresentado o corpo da pessoa (habeas corpus), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de habeas corpus (ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum). Mas a expressão habeas corpus, sem mais nada, habeas corpus por autonomásia, designa o habeas corpus ad subjiciendum, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (ad faciendum), de que se submeta (ad subjiciendum) e receba (ad recipiendum) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (writ) do Direito Inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (the stable balwark of our libertatis).*

O *Habeas Corpus,* portanto, é parte de uma fórmula latina que pode assim ser resumida: tomai o corpo do preso e submetei-o ao tribunal. Todas as prisões deveriam passar pelo crivo da corte, evitando-se o arbítrio. Sempre que alguém era detido, expedia-se um mandado de apresentação (*writ*) para a questão e o homem (*corpus*) fossem submetidos (*habeas*) ao juiz, que deliberaria, depois de cognição sumária, sobre a manutenção ou não da prisão.

O *Habeas Corpus* era então operacionalizado como um *writ* expedido pela corte e destinado ao carcereiro, que deveria declarar o motivo e a data da prisão, apresentando em juízo o detido.

---

3 *MAGNA CHARTA LIBERTATUM seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concesione libertatum ecclesiae et regni Anglia.* "Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês".

4 *cf.* COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 2007, p.71-87.

5 *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exeletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, niso per legale judicium parium suorum vel per levem terre*. "Nenhum homem livre será detido ou preso, nem desapossado, nem declarado fora da lei, nem exilado, ou de outro modo arruinado, nem nós agiremos contra ele, ou mandaremos alguém fazê-lo, a não ser por meio de julgamento legal de seus pares ou segundo as leis da terra". A tradução e a transcrição do texto original são de AZEVEDO, Luiz Carlos. *Introdução à História do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p.145.

6 *cf.* MOSSIM. Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. Barueri: Manole, 8ª edição, 2008.

7 TORNAGUI. Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** Vol 2. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 1989, p.382-3.

Frederico Marques[8], transcrevendo as palavras de Costa Manso, lembra que "dos diversos *writs*, o que mais se vulgarizou foi o *writ* de *habeas corpus ad subjiciendum*, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber - a*d faciendum, subjiciendum e recipiendum* - tudo aquilo que a respeito fosse decidido".

De outro ângulo, a Magna Carta, ainda que fizesse expresso o respeito à liberdade, era constantemente desrespeitada. Pontes de Miranda[9] relata que *"a liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o § 29 da Magna Carta. Essa lei foi desrespeitada, esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões cobardes de certos juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidos da prerrogativa"*.

A despeito da Magna Carta, o *Habeas Corpus* não se fez um direito efetivo, justamente porque não havia regulação legislativa que lhe desse os contornos indispensáveis e, sobretudo, porque inexistiam os mecanismos práticos pelos quais se poderia fazer valer o direito à liberdade. Apenas em 1679, sob o reinado de Carlos II, com o *Habeas Corpus Act*, logrou-se disciplinar o procedimento pelo qual se poderia efetivamente fazer valer o quanto já determinado na Magna Carta, apresentando-se o preso à autoridade.

Fábio Konder Comparato[10] transcreve importantes excertos do *Habeas Corpus Act* de 1679:

> *Considerando que tem havido, por parte dos xerifes, carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos e supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (writs) de habeas corpus a eles dirigidos, [...] usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão de que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo [...]:*
>
> *(1) Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um habeas corpus a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito writ for notificado a tais funcionários, ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação, [...] conduzir ou fazer com que se conduza o paciente em pessoa perante o Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou perante os juízes ou barões do tribunal que deve expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com seu teor, devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou da prisão.*

Essa evolução do *Habeas Corpus* no Direito Inglês, tal qual sucintamente acabamos de delinear, teve reflexos no Brasil, no qual as Ordenações Portuguesas não faziam menção expressa ao *Habeas Corpus*. O Decreto de 23 de maio de 1821 trouxe garantias à liberdade, sem, entretanto, desenvolver o *Habeas Corpus*. Interessante a transcrição de parte do ato legal:

> *3. Que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça 'imediata' e 'sucessivamente' o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptórias, improrrogáveis, a contar do momento da prisão, principiando-se sempre que isso possa ser, por confrontação dos réus com as as testemunhas que o culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houver, para assim facilitar os meios da justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher [...].*

8 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Vol IV. Campinas: Millennium, 3ª atualização, 2009, p. 334.

9 MIRANDA. Pontes. **História e prática do habeas-corpus.** Rio de Janeiro: Borsoi, 4ª edição, 1962, p. 55

10 *op. cit.*, p. 90-1.

A Constituição de 1824, em seu art.179, inciso VIII, imbuída do espírito liberal reinante à época, afastou as prisões arbitrárias, isto é, prisões sem culpa formada:

> *VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.*

Contudo, tal qual passara na Inglaterra, não se conhecia um mecanismo efetivo que pudesse evitar prisões ilegais. Lançava-se mão, sem efetividade, dos *interdictum de liberis exhibendis*, pertencentes à classe dos interditos exibitórios do Direito Romano[11].

Já no Código Criminal do Império, em 1830, o legislador valeu-se de expressão *Habeas Corpus* nos artigos 183, 184 e 185. Veja-se o art. 183, semelhante aos outros dois:

> *Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem fôr permittido passar ordens de - habeas-corpus - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar.*

Mas somente em 1832, com o Código de Processo Criminal, o remédio ganhou contornos de efetividade, sendo definitivamente incorporado ao direito brasileiro. Este é o momento, em verdade, que nasce o *Habeas Corpus* no Brasil:

> *Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de Habeas-Corpus em seu favor.*

Mais importante para este estudo é o art. 343 desse Código de Processo Criminal, que previu ainda a ordem para que o carcereiro apresentasse o detido ao tribunal, dando os motivos da prisão:

> *Art. 343. A ordem de Hábeas-Corpus deve ser escripta por um escrivão, assignada pelo Juiz, ou Presidente do Tribunal, sem emolumento algum; e nella se deve explicitamente ordenar ao Detentor, ou Carcereiro, que dentro de certo tempo, e em certo lugar venha apresentar perante o Juiz ou Tribunal, o queixoso, e dar as razões do seu procedimento.*

Ressaltamos que o legislador imperial manteve o sentido histórico do *Habeas Corpus*, isto é, *Habeas Corpus* significava uma ordem para que o preso fosse apresentado ao tribunal e, verificada a ilegalidade da prisão, conceder-se-ia a liberdade.

A constitucionalização do instituto só veio na República, com a Constituição de 1891, que fez contar expressa e nitidamente o direito ao *Habeas Corpus*:

> *Art 72, §22: Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.*

A partir de então, com pequenas variações terminológicas, o *Habeas Corpus* foi previsto em todas as constituições republicanas, inclusive naquelas que vigeram em períodos ditatoriais.

11 *cf* MOSSIM. Heráclito Antônio. *op. cit.*, p.23.

3 A APRESENTAÇÃO DO PRESO EM JUÍZO

Habeas Corpus significa uma ordem (*writ*) para que o responsável pela prisão apresente o detido ao tribunal dentro de um certo prazo. Diante do tribunal, o responsável pela prisão deveria expor à corte os motivos da segregação. Em sendo justa, seria mantida pelo juiz. Havendo irregularidade, a soltura deveria ser imediata.[12] O objetivo último do *writ* era garantir a liberdade, fazendo cessar as detenções ilegais, mediante um método singelo e eficaz: apresentação do preso em face do juiz.

O problema central está na constatação de que esse sentido histórico do *Habeas Corpus*, como mandado para apresentação do preso em juízo, foi se esvaindo no tempo. Não obstante o claro conteúdo histórico do *Habeas Corpus* e ainda que a Constituição da República de 1988 garanta o *Habeas Corpus* como cláusula pétrea, não mais se assiste, na práxis forense, à apresentação do preso em juízo quando de sua prisão.

O juiz vai se deparar com o acusado, na maioria dos casos, vários meses depois da prisão. E há situações em que o juiz jamais terá contato pessoal com aquele sujeito sobre o qual recairá um veredicto que pode definir o resto de sua vida. Na sistemática atual de nosso processo penal, o juiz preside o interrogatório como último ato da audiência de instrução. Antes de ouvi-lo, há uma série de atos processuais que indiscutivelmente se prolongam no tempo. Por vezes, quando o acusado está preso em outra comarca, e por conseguinte é deprecado o interrogatório, o contato pessoal não se dá jamais.

Mais uma vez lançamos mão da lucidez de Pontes de Miranda[13], cujas palavras parecem ter sido esquecidas no tempo:

> *A ordem de apresentação ou é imediata, ou o juiz prescinde dela, o que, em se tratando de prisão, só se pode dar se o juiz a dispensar (Código de Processo Penal, art. 657, III). A dispensa não é arbítrio puro do juiz: tem ele de ordenar a apresentação do paciente preso, salvo enfermidade, ou se o pedido de soltura é de ser deferido desde logo, ou desde logo indeferido. Não há arbítrio puro do juiz, porque o art. 657, parágrafo, e inciso III, se refere ao detentor, e não ao juiz. O art. 656 é que concerne ao juiz: 'Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar'. A necessidade não coincide com o arbítrio; é a negação desse: o juiz julga se existe, ou não, essa necessariedade. O ser necessário supõe que o paciente, com a dispensa, de modo nenhum seja prejudicado. Se o impetrante pediu a apresentação e a entendeu necessária, o que se há de presumir quando se pede isso e se faz explícito que se julga necessária a ordem de apresentação, tem o juiz de indeferir o pedido de apresentação, dizendo porque o indefere. Se a violência - ou o crime - se consuma, porque tal pedido não foi deferido, fica em grave situação o juiz que errou no seu julgamento, com todas as consequências para a responsabilização.*

As vantagens da apresentação pessoal, segundo Pontes de Miranda, são muitas, pois "quando os juízes despacham petições de habeas-corpus devem ter em vista que a apresentação do paciente pode ser o maior elemento para que o caso se esclareça"[14].

12 Pontes de Miranda transcreve um *writ*, datado de 1859, oriundo de Londres, Inglaterra. Atentemos para a simplicidade do documento: "Vitória, pela graça de Deus, Rainha do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda. Defensora da Fé. A J.R., guarda de nossa prisão de Jérsia, na ilha de Gérsia, e a J.C., visconde da dita ilha, saudações. Nós vos ordenamos apresenteis em nossa corte, perante nós, em Westminster, a 18 de janeiro próximo, o corpo de C.C.W., o qual está, como se pensa, detido em nossa prisão sob vossa guarda, e declareis o dia e o motivo da detenção, sob qualquer nome pelo qual seja designado ou conhecido, a fim de ouvir e de receber todas as coisas materiais que nossa dita corte decidir a respeito desse indivíduo. […] Pela Corte, Robinson, a pedido de C.C.W". *op. cit.*, p. 74-5.

13 *op. cit.*, p. 568-9.

14 idem, p. 571.

O contato pessoal entre o preso e o juiz dá consistência à decisão, servindo para aproximar o magistrado da realidade social com a qual deve estar harmonizado. O próprio detido pode apresentar sua versão do episódio. O juiz pode alcançar o contexto no qual se passou, atentando para elementos que a frieza dos relatórios escritos deixam passar. Todos sabemos que a linguagem não se restringe à língua, muito menos à língua escrita.

A conhecida hipertrofia brasileira das prisões cautelares, que acaba por inverter a lógica do sistema e parece não ter par no mundo civilizado, sugere que muitas delas seriam desnecessárias, e essa verificação de indispensabilidade poderia ser realizada com muito mais eficiência se o juiz entrevistasse pessoalmente o detido.

A apresentação pessoal, por outro lado, garantiria a integridade física do preso, porque faria do juiz um fiscal atento a eventual abuso. E, ao contrário, evitaria denúncias vazias de presos contra policiais, muitas vezes acusados injustamente de abusos.

Além disso, a presença do detido em face do juiz pode propiciar elementos para a correta individualização das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Não há dúvidas de que o decréscimo de prisões preventivas pressupõe a racionalização e a melhor fiscalização da medidas cautelares. A audiência de custódia é um bom momento, por exemplo, para o juiz perceber a necessidade de internação provisória do detido em local de recuperação de dependentes químicos, evitando-se assim muitas prisões.

Poder-se-ia argumentar que essa apresentação seria dispendiosa. Esse argumento, entretanto, não resiste a uma simples constatação: cada preso brasileiro custa ao erário, por mês, por volta de R$ 1.500,00. Bastaria que fossem evitadas algumas prisões que certamente são desnecessárias para que a prática acabasse por gerar economia.

Tampouco se pode olvidar que seria recomendável que o Brasil estivesse alinhado aos ordenamentos jurídicos dos países mais avançados, a exemplo da Alemanha. A Constituição Alemã em vigor garante que ninguém pode ficar detido por para além do fim do dia que se segue à sua detenção" (art. 104, 2, terceira parte). Na segunda parte do artigo 104 está expresso que o juiz deve ouvir o detido, e deve, sem atraso, emitir ordem escrita de prisão ou ordenar a libertação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, no seu art. 7º, item 5, também sinaliza para a necessidade de apresentação: "toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais".

Enfim, a apresentação pessoal do detido em face do juiz nada mais é do que a retomada do verdadeiro sentido do *Habeas Corpus*, sentido esse que deve ser preservado, não só por homenagem a oitocentos anos de história, mas também para emprestar eficiência à distribuição da justiça em nosso país.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU PROCESSAMENTO

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentemente regulou a apresentação do detido em juízo por intermédio do Provimento Conjunto nº 3, de 27 de janeiro de 2015. O documento contém a obrigação de que o detido seja apresentado em juízo no prazo de 24 horas.

Em fevereiro do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto "Audiência de Custódia", cujo escopo é o de levar a prática a outras unidades federativas. Em junho, São Paulo, Espírito Santo e Maranhão já haviam implantado a audiência de custódia. Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Bahia, Rio Grande do Norte, Sergipe, Alagoas, Amapá, Roraima, Pará, Rondônia e Acre, por sua vez, já haviam sinalizado interesse na implantação. Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Tocantins, Piauí, Ceará, Paraíba e Pernambuco já contavam com grupos de trabalho em andamento para a efetiva implantação. Os únicos Estados que ainda não aderiram são Mato Grosso do Sul e Goiás, ao menos até a conclusão deste trabalho.

No mesmo sentido, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que regulamenta a audiência de custódia - Projeto de Lei do Senado 554/2011 -, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, atualmente em análise na Comissão de Constituição e Justiça.

Necessário sublinhar, contudo, que a implantação da audiência de custódia independe de regulamentação administrativa ou mesmo do concurso de lei nova. O Código de Processo Penal já faculta ao juiz que faça apresentar o detido na presença do magistrado:

> *Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.*
>
> *Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.*

Quando o juiz analisa o auto de prisão em flagrante nada mais está a fazer do que a examinar a possibilidade de concessão de uma ordem de *Habeas Corpus*, o que, a rigor, pode ser feito até mesmo *ex officio*.

Pode o juiz, portanto, determinar que o preso seja conduzido a sua presença mediante dispositivo legal já existente, providência que vai ao encontro dos propósitos de oralidade e simplicidade que informam o Processo Penal hodierno, sem descurar os escopos de racionalização perseguidos não só pelo Conselho Nacional de Justiça, mas por qualquer operador do direito que privilegie um enfoque constitucional da atividade jurisdicional.

No tocante ao procedimento propriamente dito, melhor que o prazo de apresentação seja estendido a 72 horas, o que está de acordo com a tradição histórica do *Habeas Corpus*, pois desde 1679 esse foi o prazo indicado no *Habeas Corpus Act* que transcrevemos acima. Tal prazo permite que mesmo os detidos nos fins de semana ou nas sextas-feiras sejam levados a juízo em tempo razoável. Permite também que as autoridades policiais tenham tempo de se organizar logisticamente, de modo a evitar o estrangulamento de suas atividades.

Nada impede, evidentemente, que o juiz, ao receber cópia do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas previsto no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, defira, de pronto, a liberdade provisória. A audiência é um plus, não vem para suprimir direitos.

Na audiência devem estar presentes o Ministério Público e o defensor indicado pelo detido ou, na sua ausência, a Defensoria Pública. Na ocasião o detido será ouvido, e o juiz decretará a prisão ou a liberdade provisória, com ou sem as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Embora o art. 6º, § 1º, do Provimento Conjunto nº 3 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prescreva que "não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento", é impossível analisar os requisitos da prisão preventiva, notadamente a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, sem que sejam feitas perguntas sobre o fato em si. Se o detido não puder ser indagado acerca do fato, a audiência perde razão de ser.

O que deve ficar claro, entretanto, é que o conteúdo do depoimento não poderá ser tomado como prova judicial, ou judicializada, pois a produção da prova tem seu momento oportuno e é amplamente regulada pelo Código de Processo Penal. Em outras palavras, a produção da prova se dá apenas depois de completada a relação processual, depois de recebida a denúncia, conforme uma ritualística própria que não pode ser afastada.

O respeito ao procedimento legal de produção da prova judicializada, contudo, não impede que o conteúdo do depoimento tomado na audiência de custódia seja juntado ao inquérito e sirva como elemento pré-processual, como se daria com qualquer outro elemento que interessasse ao inquérito, tal qual se dá com o interrogatório levado a efeito pela autoridade policial.

É aconselhável, outrossim, que o magistrado alerte o detido sobre seu direito ao silêncio, e que dê às partes oportunidade de intervirem mediante perguntas. Na mesma linha, em homenagem ao contraditório, o juiz, antes da decisão, deve abrir a palavra ao Ministério Público e à defesa, decidindo fundamentadamente em seguida.

5 CONCLUSÃO

O *Habeas Corpus*, instituto cujo berço é a Magna Carta de 1215, firmada no reinado de João Sem-Terra, é o mais importante instrumento que a humanidade pôde conceber para a defesa da liberdade. A evolução histórica do *Habeas Corpus* acompanha o grau de maturidade das civilizações: quanto maior o respeito deferido ao ser humano como fim em si mesmo, mais prestígio é emprestado ao instituto.

O direito do detido fazer-se apresentar pessoalmente ao juiz faz justiça ao sentido histórico, e portanto indelével, do *Habeas Corpus*. A audiência de custódia nada mais é do que a retomada do sentido verdadeiro do instituto, e contribuirá para melhor análise dos requisitos para a decretação de prisões provisórias no Brasil, evitando-se eventuais práticas ilícitas de tortura ou, ao contrário, evitando-se denúncias infundadas de sua ocorrência. Ademais, servirá para propiciar ao magistrado elementos para individualização das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Embora a regulação seja muito bem vinda, não é necessário esperar a edição de lei ou de ato administrativo para implantar a audiência de custódia, pois o art. 656 do atual Código de Processo Penal permite que o magistrado determine a apresentação do preso em juízo sempre que for examinar a necessidade de prisão cautelar.

Enfim, é melhor que sejam aprimorados instrumentos de controle da segregação cautelar antes, e não depois, que o Estado passe a ser responsabilizado por eventuais abusos.

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à História do Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. v. IV

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas-corpus*.** 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

MOSSIM, Heráclito Antônio. ***Habeas corpus*.** 8. ed. Barueri: Manole, 2008.

TORNAGUI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0069790-15.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DÉBITO DE TARIFA – CONTA SEM MOVIMENTAÇÃO E INATIVA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – DÍVIDA INEXISTENTE – DANO MORAL *IN RE IPSA* – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I) Se resta comprovada a conduta lesiva da instituição financeira que inscreveu indevidamente, o nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, causando transtornos, constrangimentos, aborrecimentos e dissabores, deve responder pelos danos morais daí advindos.

II) Constata-se que a negativação indevida enseja dano moral puro, ou *in re ipsa*, que prescinde de prova do efetivo prejuízo, sendo que o *quantum* indenizatório deve obedecer os critérios de razoabilidade, atingindo sua função reparatória e punitiva, devendo guardar correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes.

III) Honorários advocatícios fixados em 15% sobre a condenação, patamar apto a remunerar condignamente o advogado, considerando a importância e a natureza da causa, o zelo do casuístico e o grau de complexidade da causa.

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, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Claudete de Mello Gobbi - ME contra a sentença de fls. 281-288, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c indenização por danos morais que move em face do Banco do Brasil S/A.

Alega que possuía conta corrente junto ao banco apelado, na Agência Jardim dos Estados (c/c – pessoa jurídica nº 12.650-0).

Que em outubro/2008 solicitou o encerramento da conta pessoa jurídica que possuía, conforme documento de fl. 38, e seguindo orientação do funcionário do banco (Sr. Rogério), emitiu um cheque no valor do saldo que tinha na conta, somado a quantia de cerca de R$ 10,00 para pagamento da tarifa de IOF. Entretanto, a instituição bancária, além de não efetuar o encerramento da conta insistiu na manutenção desta, o que foi recusado pela recorrente.

Afirma que em dez/2008, foi informado verbalmente ao esposo da recorrente que a conta da empresa de sua mulher não havia sido encerrada e que estava com saldo devedor de R$ 431,55, oportunidade em que o esposo da requerida realizou um depósito no valor de R$ 600,00 para que fosse efetuado o encerramento da conta corrente nº 12.650-0 (pessoa jurídica – Claudete Mello Gobbi – nome fantasia "Matutos arte em criar bijouterias"). Fl. 40.

Entretanto, ao invés de encerrar a conta a apelada a manteve ativa e efetuou vários débitos de tarifas bancárias (fls. 41/61 e 113-120). A apelante por sua vez, estava convicta de que a referida conta corrente já havia sido encerrada, sendo que a conta continuou sem movimentação, tendo sido efetuados só os lançamentos realizados pelo banco (cobrança de tarifas bancárias).

Contudo, em nov/2009 a apelante descobriu que a conta não havia sido encerrada, dirigiu-se mais uma vez a agência e informou que só sairia dali com um comprovante do fechamento da conta bancária, ocasião em que o gerente lhe forneceu o documento de fl. 62, ficando acertado que os débitos lançados desde dez/2008, seriam estornados.

No entanto, em set/2010, a apelante foi notificada pelo BB, informando a existência de saldo devedor na conta corrente mencionada, no valor de R$ 1.031,95, com a advertência de inscrição do nome da empresa no cadastro do serviço de proteção ao crédito (fls. 63-69). Afirma que compareceu à agência bancária, sendo outra vez informado de que seria providenciado o estorno dos débitos das tarifas lançadas e procedido o encerramento da conta.

Mais uma vez o BB não procedeu ao encerramento da conta, pois no mês de nov/2010, a empresa apelante teve o cartão Master do Banco HSBC bloqueado, em razão de constar anotação da empresa no banco de dados do SERASA e SPC, feito pelo apelado relativo ao saldo devedor da conta corrente nº 12.650-0, proveniente de lançamentos de tarifas (fls. 65-69). Alega também que o banco não a notificou previamente da inscrição realizada, conforme determina o art. 43, do CDC.

Afirma ainda, que apesar da sentença reconhecer a aplicabilidade do CDC ao caso, entendeu que o não encerramento da conta ocorreu por culpa exclusiva da empresa apelante, uma vez que o pedido formal de encerramento da conta só foi realizado em 20/11/2009.

Nas contrarrazões (fls. 330-350) a apelada afirma que a conta foi movimentada normalmente até dez/2008.

Sustenta que o pedido de encerramento da conta foi cancelado em 03/12/2009, uma vez que a apelante só efetuou o depósito do valor de R$ 600,00 para cobrir o limite, mas não cumpriu com as demais condicionantes exigidas, ou seja, não apresentou pedido por escrito de encerramento da conta corrente.

Informa que a partir dessa data (dezembro/2008) só foram efetuados os lançamentos de débito de IOF, pacote de serviços e juros, acumulando-se o débito.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Claudete de Mello Gobbi-ME (fls. 293-322), insurgindo-se contra a sentença de fls. 281-288, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais que move em face do Banco do Brasil S/A.

Infere-se do caderno processual que o autor em nov/2010, teve seu cartão Master do Banco HSBC bloqueado, em razão de constar anotação da empresa-apelante no banco de dados do SERASA e SPC, feito pelo apelado relativo ao saldo devedor da conta corrente nº 12.650-0, proveniente de lançamentos de tarifas (fls. 65-69).

Alega a recorrente que os débitos são todos provenientes de lançamentos de tarifas efetuadas na conta corrente nº 12.650-0, sustentando que desde outubro de 2008, não mais movimenta citada conta e vem tentando fechá-la, mas não obteve êxito. Afirma que por várias vezes efetuou depósitos com a finalidade de quitar as tarifas e encerrar a conta corrente, entretanto, a instituição financeira além de não efetuar o encerramento, realizou diversos lançamentos de tarifas na conta e inscreveu a apelante no cadastro de proteção ao crédito.

Por fim, pleiteou pela pela declaração de inexistência de débito, bem como, pela indenização por danos morais, uma vez que o valor cobrado se refere a lançamentos de tarifas na conta corrente que não vinha sendo movimentada há anos.

Em sede de contrarrazões, o banco réu alegou ter agido no exercício regular de direito uma vez que cobrou tarifa pelos serviços de manutenção da conta, não havendo que se falar em cobrança indevida por parte do banco-réu.

Afirma o banco que a conta foi movimentada normalmente até dez/2008. Informa que a partir dessa data só foram efetuados os lançamentos de débito de IOF, pacote de serviços e juros, acumulando-se o débito.

Sustenta que o pedido de encerramento da conta foi cancelado em 03/12/2009, uma vez que a apelante só efetuou o depósito do valor de R$ 600,00 para cobrir o limite, mas não cumpriu com as demais condicionantes exigidas, inclusive, não apresentou pedido por escrito de encerramento da conta corrente.

Requereu a improcedência do pedido de indenização por danos morais, devido a ausência de ato ilícito e de nexo de causalidade.

Passo a análise da apelação.

Primeiramente, é de ser evidenciado que o negócio jurídico existente entre as partes está regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, no aspecto da proteção contratual que deve ser dada ao consumidor dos serviços bancários prestados pela instituição financeira.

Entendo, em conformidade com o E. Superior Tribunal de Justiça, que aos contratos bancários são aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, o que permite a mitigação de alguns institutos em prol daqueles que contratam com as instituições financeiras.

Neste sentido:

> *"No que tange ao CDC (Código de Defesa do Consumidor), esta Corte tem entendido que é aplicável as instituições financeiras. Incidência da Súmula 297 do STJ. Precedentes.* (AgRg REsp 528.247/RS, dentre inúmeros outros)." (AgRg no REsp 817.530/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 08.05.2006 p. 23)."

Tecidas estas considerações, passo a análise da situação concreta.

O banco-apelado anexou cópias de extratos bancários da conta corrente da apelante, dos quais se observa que não houve movimentação financeira a partir de outubro de 2009 em diante (fls.

117-119). Constata-se que neste termo foram lançadas apenas taxas, tarifas bancárias e cobrança de juros a concluir-se que a conta encontrava-se de fato não utilizada pela apelada, fato este admitido expressamente pelo apelado. Vejamos:

> *"I – SÍNTESE DA INICIAL*
>
> *(...)*
>
> *Esclarece o banco-réu, inicialmente, que a autora é cliente do Banco do Brasil, sendo segunda titular da conta corrente nº 82744, agência 1881, e titular da conta corrente PJ nº 12650, agência 3496.*
>
> *(...).*
>
> *Com relação à conta corrente Pessoa Jurídica, esta foi movimentada normalmente até dezembro de 2008.*
>
> *(...).*
>
> *Ocorre que houve solicitação de encerramento da conta PJ da autora, entretanto esta foi cancelada em 03 de dezembro de 2009, posto que a autora, conforme verifica dos extratos anexos, tão somente depositou o valor de R$ o valor de R$ 600,00 para cobrir seu limite utilizado, mas não cumpriu com as condicionantes exigidas.*
>
> *Desta forma, a partir daí os únicos lançamentos efetuados foram de débito de IOF, pacote de serviços e juros, acumulando-se o débito." (fl. 99).*

A Resolução do BACEN n. 2025/1993, no seu art. 2º, parágrafo único, considera inativa a conta corrente sem movimentação financeira por mais de 6 (seis) meses.

A instituição bancária não pode cobrar tarifas ou taxas sobre serviços disponibilizados que efetivamente não foram utilizados e que o consumidor sequer tem ciência de sua incidência, como ocorreu no caso concreto em que a conta corrente permaneceu inativa por mais de um ano.

Ressalta-se que a alegação de que a apelada teria efetuado empréstimo junto ao banco, não justifica o não encerramento da conta bancária, sobretudo porque a última parcela foi debitada em 01/10/2008. (fl. 114).

Também não procede os argumentos da apelada de que a recorrente só efetuou o depósito do valor de R$ 600,00 para cobrir o limite, mas não cumpriu com as demais condicionantes exigidas para o fechamento da conta, ou seja, não apresentou pedido por escrito de encerramento da conta corrente, porque a recorrida, de qualquer forma, descumpriu o art. 2º, parágrafo único, da Resolução do BACEN n. 2025/1993.

A inatividade da conta-corrente por mais de seis meses, como no caso em comento, segundo entendimento jurisprudencial, é suficiente para ensejar o rompimento contratual e tornar indevida a cobrança de encargos contratuais e juros.

Portanto, desnecessária a efetiva comprovação de encerramento formal do vínculo contratual entre o correntista e a instituição financeira. Cobrados encargos após esse período, é devida indenização por danos morais, ante a comprovação do evento danoso, do abalo suportado e do nexo de causalidade entre ambos

Nesse esteira:

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INDENIZATÓRIA. CONTA SALÁRIO. ENCERRAMENTO. A ausência de movimentação de conta-salário por um longo período pressupõe a sua inatividade, sendo desnecessário pedido expresso para o encerramento. No caso, deveria a instituição*

> *financeira ter informado ao correntista a incidência de taxas e encargos a originar um saldo negativo ao invés de somente proceder na inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes. Precedentes deste órgão fracionário. A inscrição negativa do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito efetivada de forma indevida enseja inúmeros prejuízos, indenizáveis na forma de reparação por danos morais, sendo estes, segundo a majoritária jurisprudência, in re ipsa. (...)* (Apelação Cível nº 70046990024, de Getúlio Vargas. *Relª.* Desª. Walda Maria Melo Pierro. J. em 21/03/2012).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTA CORRENTE INATIVA POR MAIS DE SEIS MESES. COBRANÇA INDEVIDA DE ENCARGOS DERIVADOS DA MANUTENÇÃO DE CONTA E JUROS. INSCRIÇÃO DO NOME DO CORRENTISTA NO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEPÓSITO EFETUADO PARA COBRIR O SALDO NEGATIVO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A inatividade da conta-corrente por mais de seis meses é bastante para ensejar o rompimento contratual e tornar indevida a cobrança de encargos contratuais e juros decorrentes da manutenção, sendo dispensável a prova do encerramento formal do vínculo contratual entre o correntista e a instituição financeira. 2. Diante da configuração do ato ilícito por parte da instituição financeira, que negativou o nome da apelante perante órgãos de proteção ao crédito, por encargos acumulados em conta-corrente inativa, e da existência de causalidade entre o ato lesivo e os danos morais in re ipsa experimentados pelo demandante, caracteriza-se o dever de indenizar.* (TJ-SC - AC: 355085 SC 2010.035508-5, Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 02/12/2011, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São Miguel do Oeste).

Percebe-se que o banco não atuou com as cautelas inerentes à sua atividade, pois ao constatar que a conta encontrava-se sem movimentação por período superior a 6 meses, deveria ter notificado o correntista para manifestar-se sobre o interesse na manutenção da conta, a fim de regularizar e justificar a cobrança das taxas contratualmente previstas, bem como alertar acerca do débito existente à época, e dos juros decorrentes deste.

Ocorre que o banco não trouxe aos autos qualquer indício de prova nesse sentido e que, no caso, o correntista já havia pedido várias vezes o encerramento desta conta.

Desse modo, diante dos elementos trazidos aos autos, observa-se que a inscrição do nome da apelante nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito mostrou-se indevida.

A inscrição equivocada por si só caracteriza o dano moral e o abalo de crédito sofrido pelo recorrente. O nexo de causalidade decorre do ato negligente do banco demandado. A responsabilidade do banco, no caso concreto, é objetiva em virtude do risco do empreendimento que deve ser suportado pela instituição apelante.

A Constituição da República preceitua:

> *Art. 5º. (...)*
>
> *V - É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem. (...)*
>
> *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 Código Civil de 2002 estabelece:

> *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. 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.*

Ao lecionar sobre o tema responsabilidade sem culpa Maria Helena Diniz em Curso de direito civil brasileiro, V. VII, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47-48, esclarece:

> *"(...)Como em certos casos a teoria da culpa, que funda a responsabilidade civil na culpa, caracterizada como uma violação de um dever contratual ou extracontratual, não oferece solução satisfatória, devido, p. ex., aos progressos técnicos, que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-o no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção. O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo. (...) A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de eqüidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda)."*

A respeito do dever de indenizar do banco em casos de cobrança indevida de taxas bancárias em conta corrente inativa por mais de 6 meses, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça em Ag 1063518/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 19.08.2009:

> *1.Cuida-se de agravo de instrumento de decisão que negou seguimento a recurso especial interposto por BANCO SANTANDER S/A, com fulcro no art. 105, II, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo, assim ementado: "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Lei nº 8.078, de 11.9.90 -Empréstimo bancário - Aplicabilidade - Inversão do ônus da prova determinada, ex officio - Possibilidade - O tomador de empréstimo é consumidor para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor - Súmula nº 297 do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Recurso do Autor parcialmente provido e o do banco negado. DANOS MORAIS - Banco - Correntista - Abertura de conta corrente e limite de crédito - Correntista que deixa de movimentar a conta, desde sua abertura, perdurando por mais de dois anos, sem que o Banco lhe esclarecesse que, mensalmente, seriam cobradas taxas e tarifas pela não movimentação, chegando ao débito alto de R$ 1.271,20, o qual não sendo pago e liquidado, o Banco, ainda, efetuou a negativação do nome do correntista junto ao SCPC e SERASA, sem provar que o cliente estava com saldo negativo em sua conta bancária - Caracterização de má prestações dos serviços bancários e abuso e negligência dos prepostos do Banco em negativar, ilegalmente, o nome do Autor - Inteligência do artigo 14 do CDC - A abertura e encerramento de conta corrente bancária acha-se regulada pela Resolução nº 2025, de 24.11.1993, que não autoriza os débitos diversos em conta inativa - Ilegalidade da inscrição do nome do correntista no cadastro do SCPC e SERASA em*

afronta ao artigo 43, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor - Dano moral existente e ocorrente, na medida que a inserção indevida nos órgãos de proteção ao crédito (SCPC, SERASA e OUTROS) produz abalo no crédito do correntista - Danos morais arbitrados em (dezenove mil reais), corrigido desta data - Recurso do Autor parcialmente provido e negado ao do Banco."(fls. 231/237). Em face do acórdão a quo, foram manejados embargos de declaração assim ementados: "Embargos de Declaração - Indenização - Danos morais - Banco - Correntista - Caracterização de má prestação de serviços bancários - Aplicação do disposto no artigo 14, do CDC- Violação do disposto no artigo 43, inciso II, do CDC- Inaplicável ao caso em disputa as normas do Código Civil de 1916 ou de 2002, visto que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil - Inexistência das alegadas omissões - Embargos de declaração rejeitados."(fls. 248/249) (...)."

No presente caso, o banco-réu praticou, por seus prepostos, duas ilegalidades: (a)primeiro não esclareceu devidamente ao seu cliente que, decorrente da abertura da conta corrente e do limite de crédito, seriam cobradas taxas e tarifas mensais, ainda que não ocorresse qualquer movimentação na conta; (b) não comunicou, mensalmente, ao correntista os valores das taxas e tarifas cobradas mensalmente em virtude da não movimentação da conta corrente e permitiu que a situação perdurasse por anos, até chegar à quantia exorbitante de R$ 1.031,95 e ainda efetuou a negativação do nome da apelante no SCPC e SERASA.

O Banco-réu não demonstrou que estava autorizado pelo Banco Central do Brasil a fazer, em conta inativa, cobranças de tarifas, IOC, IOF. Aliás, ao contrário, não é permitido a cobrança de tais despesas por parte do banco, sem que haja a devida prestação de serviços.

É lógico que, se a conta está inativa, não existem serviços a serem prestados a correntista. A Resolução nº 2025 regula a abertura e encerramento de contas corrente, mas não autoriza o banco a cobrar as tarifas e serviços que não foram prestados.

Ademais, absurda a maratona a que foi submetida a recorrente a fim de proceder ao fechamento da conta, pois, conforme ficou evidente, por várias vezes procurou a agência bancária e manifestou o desejo de rescindir o contrato, porém de forma negligente a instituição financeira não atendeu aos apelos da recorrente e ainda, efetuou a anotação do seu nome no cadastro de inadimplentes.

Assim, fato comprovado nestes autos foi a indevida e ilegal inserção do nome da recorrente nos cadastros restritivos do SCPC e SERASA por ato negligente e imprudente dos prepostos do banco-apelante, com conotação de nítida má prestações dos serviços bancários, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, *"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*".

Não paira dúvida de que, na espécie, a inserção do nome do recorrente nos cadastros de restrição de crédito do SERASA, SPC foi, sem dúvida alguma, irregular, indevida e injusta.

Nesse sentido:

CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. CONTA CORRENTE INATIVA POR MAIS DE SEIS MESES. RESOLUÇÃO 2.024 DO BACEN. DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. INSCRIÇÃO EM ORGANISMO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL IN RE IPSA. MONTANTE INDENIZATÓRIO MANTIDO. Diante das alegações da autora, consistentes em haver encerrado a movimentação de sua conta corrente em 2008, cabia ao Banco réu apresentar contraprova a desconstituir o direito pleiteado, ônus do qual não se desincumbiu, a teor do que preceitua o art. 333, inc. II, do CPC. Não comprovando

o demandado houvesse a requerente utilizado sua conta corrente após decorridos seis meses sem movimentação, deveria providenciar no seu encerramento, conforme determina a Resolução nº 2.025 do Banco Central do Brasil, impondo-se seja desconstituído o débito correspondente às tarifas de manutenção indevidamente debitadas. Diante da ilegitimidade da dívida, afigura-se ilícita a inscrição da demandante em empresa restritiva de crédito, sendo o dano daí decorrente in re ipsa, ou seja, prescindível de prova de sua ocorrência, sendo as implicações decorrentes da inscrição presumidas ante os nefastos efeitos que daí advém. (...) RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004466595, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 28/01/2014) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004466595 RS , Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Data de Julgamento: 28/01/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/01/2014)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CONTA CORRENTE REQUERIDO. NEGLIGÊNCIA DA RÉ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA AUTORA. COBRANÇA DE TARIFAS E ENCARGOS SOBRE O LIMITE DO CHEQUE ESPECIAL. CONTA INATIVA HÁ MAIS DE SEIS MESES. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO 2.025 DO BACEN. ILÍCITO COMPROVADO. DANO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA ESFERA JURÍDICA OU MORAL DA AUTORA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1 - (...) 4 - Há falha na prestação do serviço, quando, de forma negligente, a instituição bancária deixa de tomar as cautelas necessárias e lança tarifas em conta inativa há mais de seis meses, inobservando a Resolução nº 2.025 do BACEN e o próprio contrato de abertura de conta corrente firmado. Por isso é que, ainda que não exista prova de pedido de encerramento da conta corrente por parte do titular, a rogação é presumida diante do que estabelece a Resolução do BACEN. A cobrança de tarifas bancárias de manutenção de conta corrente após seis meses de inatividade é indevida. (...) Precedentes: STJ, Recurso Especial nº 1246228, 3ª Turma, Ministro Relator Sidnei Beneti, julgado em 13/04/2011 e publicado em 19/04/2011; TJRS, Recurso Cível Nº 71004491510, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 18/02/2014; TJMS - Apelação Cível 2012.0131019-7 - 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Julgamento: 05/06/2012; TJMS - Apelação Cível 2008.005588-9 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento: 29/01/2009; TJMS, Apelação Cível 2008.015446-2 - 4ª Câmara Cível - Rel. Des. Rêmolo Letteriello. Julgamento: 09/09/2008. 5 - O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. O fato lesivo - a negligência da Ré no controle de contas inativas - é incontroverso, pois continuou a lançar tarifas e seus consectários após seis meses de inatividade da conta, descumprindo norma estabelecida pelo BACEN e normas de defesa do consumidor. (...). (TRF-2 - AC: 200651010144020 , Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM, Data de Julgamento: 29/04/2014, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 15/05/2014).

APELAÇÃO CÍVEL - ABERTURA DE CONTA CORRENTE - CONTA QUE NÃO TEVE NENHUMA MOVIMENTAÇÃO - INATIVIDADE POR PRAZO SUPERIOR A SEIS MESES - DESPESAS DE MANUTENÇÃO - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.- DANOS MORAIS DEVIDOS - VALOR FIXADO DE ACORDO COM A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. A relação entre banco e correntista se trata de relação de consumo, o que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A cobrança de tarifas ou outros encargos sobre conta inativa é ilícita, porque implica vantagem manifestamente excessiva

> *do banco em face do cliente, por inteligência do artigo 39, V, do CDC. Responde por danos morais a instituição financeira que inscreve tal dívida em cadastros de inadimplente, independentemente de prova do abalo ou constrangimento sofrido pelo consumidor. O valor fixado para indenização por danos morais deve guardar observância aos princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, em especial as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.* (TJ-MS - APL: 08002530820118120018 MS 0800253-08.2011.8.12.0018, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 22/10/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/12/2013).

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que a mera inscrição indevida enseja a indenização por danos morais e que a ocorrência de dano prescinde de prova.

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 341.680 - SP (2013/0145459-7) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : ATIVOS S/A COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS ADVOGADOS : LUIZ FERNANDO MAIA E OUTRO (S) ALBERTO QUERCIO NETO AGRAVADO : TIAGO FIGUEIRA GILABEL ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO E OUTRO (S) DECISÃO (...) Precedentes - Dano moral que é presumido e decorre do indevido apontamento - Autor que, além das anotações objeto da demanda, não possui outras - Valor por ele postulado (30 salários mínimos) que se mostra apto a reparar o dano causado, sem evitar o enriquecimento sem causa da parte contrária - Decreto de procedência - Medida que se impõe - Sentença reformada - Recurso provido." (...) 2. O dano moral decorrente da negativação indevida do nome do devedor em cadastros de maus pagadores é sempre presumido - in re ipsa -, não sendo necessária, portanto, a prova do prejuízo. (...)Trata-se, portanto, de dano moral in re ipsa, em que a prova da ilegalidade cometida é suficiente para a caracterização do abalo moral. (...)* (STJ - AREsp: 341680 SP 2013/0145459-7, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de Publicação: DJ 02/12/2014)

Logo, o dano moral restou caracterizado, no caso concreto, a ensejar a sua reparação.

Ressalta-se que o *quantum* indenizatório deve atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade e entrelaçar-se com a situação econômica daquele que causou o dano e a condição do lesado. Na fixação da verba indenizatória pelo dano moral puro, o juiz deve atentar para os motivos, as circunstâncias e as conseqüências da ofensa bem assim para a situação de fato e o grau de culpa com que agiu o ofensor.

Nessas circunstâncias, estipula-se o valor da compensação em consonância com a proporcionalidade e equivalência ao dano sofrido.

Regina Beatriz Tavares da Silva em Novo Código Civil comentado , São Paulo: Saraiva, 2002, p. 841, anota:

> *"No entanto, a reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. (v. Carlos Alberto Bittar, Os direitos da personalidade, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por dano morais, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57-65; Yussef Said Cahali, Dano moral, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 199, p. 42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Reparação civil na separação e no divórcio, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 148 e 149)."*

Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano.

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito.

Na fixação da verba indenizatória pelo dano moral puro, ao mesmo tempo em que o juiz não deve considerar os reflexos indiretos de caráter patrimonial, precisa estar atento aos motivos, às circunstâncias e às conseqüências da ofensa, bem assim à situação de fato e o grau de culpa com que agiu o ofensor, para, numa perspectiva de proporcionalidade, estipular o valor da compensação que seja equivalente ao dano sofrido.

No caso concreto, observa-se que o Banco do Brasil S/A ora apelante, instituição financeira de atuação nacional, de grande solvabilidade e de reconhecimento no cenário econômico pátrio, está na condição de responsável pela reparação dos danos sofridos pela apelada.

A autora, por seu turno, afirma ser empresa atuante no ramo de bijouterias e que teve prejuízos na sua atividade ao ter o cartão bloqueado em virtude da restrição no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito.

O abalo moral é evidente e são presumíveis os reflexos nocivos derivados da inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Logo, verifica-se que o valor de R$ 10.000,00 mostra-se dentro dos requisitos da proporcionalidade e razoabilidade segundo os critérios da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na fixação de indenização por danos morais.

Em situações análogas, o colendo Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu:

> *"Ag 1245498/RS, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 17.02.2010: (...) Com relação ao quantum indenizatório, veja-se que o acórdão recorrido fundamentou-se no seguinte argumento para mantê-lo: "Assim, com relação ao quantum fixado na sentença, deve ser mantido. O valor de R$ 11.400,00, equivalente a 30 salários mínimos na época em que prolatada a sentença (27/08/2007), com os acréscimos legais, foi bem quantificado a título de dano moral. Foram consideradas as circunstâncias do caso concreto, além de observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Verifica-se, na espécie, que o Tribunal a quo decidiu a causa de forma objetiva e fundamentada, não havendo se falar, portanto, em ofensa ao art. 458, II, do CPC. (*AgRg no Ag 911905/PR, rel. Min. Vasco Della Giustina. Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 28.08.2009).
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS - PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO - VALOR INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - REVISÃO - SÚMULA 7/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - INDISPENSÁVEL A REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO MESMO QUANDO SE TRATAR DE DISSÍDIO PRETORIANO NOTÓRIO. 1. A revisão, em sede de recurso especial, do quantum fixado pelas instâncias de cognição plena, a título de indenização por dano moral, é vedada nos termos da Súmula 7/STJ. 2. A intervenção desta Corte é admitida, tão-somente, quando irrisória ou exorbitante a verba arbitrada, situação que não aconteceu no caso concreto, em que se fixou o valor de R$ 9.000,00.* (Ag 1215154/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02.02.2010).

> *(...) A irresignação não merece prosperar. No presente caso, entendo que a quantia fixada pelo Tribunal de origem, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais), além de atender as circunstâncias do caso concreto, não escapa à razoabilidade, nem se distancia dos parâmetros adotados por este Tribunal. Neste sentido: "RESP. PREQUESTIONAMENTO. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. VALOR. 1 (...) 2. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido para reduzir o valor fixado na origem.* (REsp 864.707/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 28/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 298).

Logo, diante do potencial econômico da ré, fixo a título de danos morais o *quantum* de R$ 10.000,00 (dez mil reais) que se mostra equitativa e razoável no caso concreto e encontra-se em proporcionalidade com a gravidade do dano sofrido e a repercussão da ofensa.

Dispõe o Código de Processo Civil:

> *Art. 20 - A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (...)*
>
> *§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:*
>
> *a) o grau de zelo do profissional;*
>
> *b) o lugar de prestação do serviço;*
>
> *c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

A Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte teor: *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".*

O advogado da apelante atuou com zelo e eficiência, desenvolveu trabalho de qualidade técnico-jurídica, invocou a tese acolhida e funcionou nos autos durante toda a tramitação do feito.

Dessa forma, fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a teor do disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, julgar procedentes os pedidos, devendo o banco recorrido encerrar a conta-corrente descrita nos autos, cancelar a inscrição do nome da apelante no SERASA e SPC e, ainda, indenizá-la com o pagamento da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, quantia esta que deverá ser corrigida pelo IGPM/FGV, a partir da publicação do acórdão, com incidência de juros de mora de 1% a partir do evento danoso.

Condeno ainda, o banco recorrido ao pagamento da integralidade das custas e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos dos artigos 20, § 3°, do CPC.

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. 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800440-79.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RETENÇÃO INDEVIDA PELO ADVOGADO DE IMPORTÂNCIAS DO CLIENTE – PRÁTICA DE ATO ILÍCITO – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

Se o advogado retém importâncias sacadas através de alvará que não lhe pertence, bem como não repassa com atualização monetária os valores sacados na data do levantamento, deve indenizar o cliente das perdas e danos produzidos pelos seus atos. Podendo manejar ações tendentes a repactuar os honorários e outras cláusulas, descabe ao advogado apropriar-se de valores para pagamento de honorários superiores ao contratado com o cliente, dos quais entende ser credor. Não há possibilidade de compensação se não há dívidas líquidas e vencidas de ambas as partes. Tratando-se de prática de delito, os juros e a correção monetária incidem desde a data da prática do ato ilícito, vencendo-se os juros moratórios a contar da citação.

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, 27 de janeiro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Milton Costa Farias, inconformado com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da Ação de Cobrança c/c Indenização por Danos Morais que lhe move Fátima Nunes Ferreira, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da autora, ora apelada, e o condenou ao ressarcimento da quantia de R$ 10.747,71, corrigida monetariamente pelo IGPM, desde 07.05.2010, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Condenou o apelante ainda, ao pagamento de R$12.000,00, a título de indenização por danos morais, devendo esta importância ser corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da publicação da sentença. E face a sucumbência mínima da autora, restou condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrado em 10% do valor atualizado das condenações.

Alega que a sentença não deve permanecer pois não representou o melhor direito para o caso *sub judice*.

Em preliminar entende que há carência de ação por falta de interesse processual, tendo em vista que a via eleita adequada seria Ação de Prestação de Contas e não Ação de Cobrança.

Descreve que foi pactuado entre as partes, um contrato de representação processual, visando a propositura de ação de execução de alimentos, majoração de alimentos, ação declaratória do reconhecimento de sociedade fato e partilha de bens. Ao todo somam-se mais de 15 (quinze) ações distribuídas.

Pelos serviços a serem prestados, foi pactuado o valor correspondente a 30%, do que viesse a contratante (ora apelada), a receber na partilha dos bens, ao final do processo. E ficou estabelecido que se houvesse a necessidade da contratação de outro advogado no decorrer dos processos, o contratado a priori, faria o substabelecimento em favor de outro.

No entanto, para sua surpresa, narra que a apelada, sem que tivesse mantido qualquer contato com o apelante, outorgou nova procuração a outro advogado, o qual ingressou nos autos, já em fase de cumprimento de sentença. Sem qualquer outorga de substabelecimento ou revogação do mandato.

De posse do mandato, a apelada e seus patronos, vieram a celebrar composição nos processos onde receberam a quantia total de R$ 432.500,00.

Em contrapartida a apelada, deixou de realizar o pagamento do valor dos honorários contratados, totalizando R$ 129.750,00, pelo percentual compactuado.

Ademais, conforme cláusulas do referido contrato procuratório, ficou pactuado que diante de todas as despesas dos processos, tais como, fotocópias, custas e emolumentos, viagens (pois houve vários deslocamentos), seriam suportados pela apelada, tendo a mesma concordado em realizar pagamentos mensais de R$1.000,00, que também não foi honrado. No referido contrato, ajustou-se que o apelante poderia utilizar-se de todos os meios para cobrança de seus honorários advocatícios.

Sustenta que o único motivo que fez com que o apelante retivesse o valor objeto do alvará nº1251122, no valor de R$ 10.833,14, foi a inadimplência da apelada que cumpriu apenas uma parte do pactuado.

Conforme sentença, a juíza singular, observou que *"o valor de R$ 10.747,41 foi levantado dos autos de n. 018.06.003524-0, referente a uma Ação de indenização pior danos morais, que não está prevista no contrato celebrado entre as partes, ora juntados nestes autos".*

Explica o apelante que a apelada, contratou outro patrono para celebrar o acordo a fim de ocultar os valores que receberia o intuito de ludibriar o apelante. Entende que para postular na área cível, abrange muito mais do que as ações descritas nesta cláusula do referido contrato.

Afirma que exerceu todos os deveres constantes no contrato, obtendo êxito na maioria das ações. E que não pode a apelada alegar que sofreu dano, sendo que o valor detido pelo apelante foi muito inferior ao que a apelada veio a receber e não pagou ao apelante. Não basta a simples alegação de prejuízo, como fez a apelada, tal fato deve ser comprovado nos autos, para gerar a responsabilização. Nota-se que o sofrimento e abalo emocional sofridos são meras assertivas lançadas a lide, para provocar no juízo a ilusão do dano.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Milton Costa Farias, inconformado com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da Ação de Cobrança c/c Indenização por Danos Morais que lhe move Fátima Nunes Ferreira, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da autora, ora apelada, e o condenou ao ressarcimento da quantia de R$ 10.747,71, corrigida monetariamente pelo IGPM, desde 07.05.2010, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Condenou o apelante ainda, ao pagamento de R$ 12.000,00, a título de indenização por danos morais, devendo esta importância ser corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da publicação da sentença. E face a sucumbência mínima da autora, restou condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrado em 10% do valor atualizado das condenações.

Sustenta que a sentença não deve permanecer pois não representou o melhor direito para o caso *sub judice*.

Em preliminar alega carência de ação por falta de interesse processual, tendo em vista que a via eleita adequada seria Ação de Prestação de Contas e não Ação de Cobrança.

Descreve que foi pactuado entre as partes, um contrato de representação processual, visando a propositura de ação de execução de alimentos, majoração de alimentos, ação declaratória do reconhecimento de sociedade fato e partilha de bens. Ao todo somam-se mais de 15 (quinze) ações distribuídas.

Narra que a apelada, sem que tivesse mantido qualquer contato com o apelante, outorgou nova procuração a outro advogado, o qual ingressou nos autos, já em fase de cumprimento de sentença. Sem qualquer outorga de substabelecimento ou revogação do mandato. Os quais receberam a quantia de R$ 432.500,00.

Por isso, ao peticionar nos autos nº 018.06.003524-0 solicitou a expedição de alvará tendo em vista problemas de saúde de sua cliente, e ao receber reteve a importância para si com a justificativa da inadimplência da mesma.

Breve relatório. Decido.

Preliminarmente, sobre a alegação de carência de ação por falta do interesse processual, não merece arguida. O apelante deveria ter ajuizado uma ação própria de arbitramento de honorários, para que então fosse discutido naqueles autos de origem a situação da inadimplência e da apropriação indevida. O que não o fez.

Mérito.

Com relação ao mérito, o apelante aduz que as retenções por ele feitas foram lícitas, realizadas com observância no artigo 664 e 681 do Código Civil e nega a existência de dano moral. Em razão disso, pede reforma da sentença com a improcedência dos pedidos.

Não pode o advogado, mesmo que a título de pagamento de honorários, reter verbas recebidas em nome de seu cliente daquele cujo interesse deveria resguardar. A retenção indevida de valores configura conduta abusiva, que impõem a devolução da quantia e o dever de reparar os danos causados aos clientes.

Existem várias jurisprudências neste sentido:

> *CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA - QUANTIA RECEBIDA PELO ADVOGADO, COM RETENÇÃO INDEVIDA DOS VALORES RESPECTIVOS - ACERTO DE CONTAS - COMPENSAÇÃO INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS - RESSARCIMENTO DEVIDO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.* (TJ-DF

- ACJ: 858123120068070001 DF 0085812-31.2006.807.0001, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 19/01/2010, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: 03/03/2010, DJ-e Pág. 192)

APELAÇÃO CÍVEL. RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES POR PARTE DE ADVOGADO QUE LEVANTA ALVARÁ E NÃO REPASSA A IMPORTÂNCIA À CLIENTE. DEVER DE RESSARCIR. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANOS MORAIS. O advogado, na condição de procurador da parte, é obrigado a dar contas de sua gerência, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja, de acordo com as disposições do art. 668 do Código Civil. Em tendo retido indevidamente valores sacados em reclamatória trabalhista, deve efetuar a restituição e responder pelos danos morais que sua conduta causou. Dever de indenizar caracterizado pela ilicitude da conduta do demandado. Montante adequado. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70046337515, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 28/03/2013) (TJ-RS - AC: 70046337515 RS , Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Data de Julgamento: 28/03/2013, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2013)

Entendo a indignação do apelante quanto à inadimplência da apelada, em não honrar com seus esforços, durante o período em que detinha com exclusividade o instrumento procuratório em seu nome, porém, deve-se valer de vias e medidas cabíveis para então expor de fato, seu direito de receber suas verbas honorárias.

Veja como Ruy Sodré assinala, com extrema propriedade:

"Os honorários advocatícios constituem um dos problemas mais sérios e mais graves da profissão, se não o maior deles, em que a delicadeza e tato se impõem, para solução satisfatória, tanto mais quanto é preciso ter presente, de um lado, os conceitos basilares e os princípios informadores da profissão, e, de outro, a pessoa do profissional. Há uma série de preconceitos, a que estamos presos por uma cadeia de fortes tradições e determinados princípios éticos, a que não podemos fugir, norteadores de nossa profissão, uns e outros, entretanto, chocando-se violentamente com a dura realidade materialista dos dias em que vivemos".

Infelizmente, o fundamento exposto na peça recursal do código civil, é válido somente para casos omissos em relação ao Mandato Judicial, que não é o presente caso, pois o narrado possui normas específicas, inclusive na Lei da EAOAB.

A retenção indevida, é um dos principais motivos para aplicação da pena de suspensão em processos disciplinares em diversas capitais do país. Dados afirmados pelo Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, Carlos Roberto Fones Mateucci.

Independente do motivo que o levou a reter o valor, primeiramente seu dever e sua ética afirmam, que deve prestar contas ao cliente, mostrando o valor recebido e quais as despesas a serem deduzidos.

RETENÇÃO ABUSIVA DE AUTOS RECEBIDOS COM CARGA – ADVOGADO QUE NÃO ATENDE À NOTIFICAÇÃO PARA DEVOLVÊ-LOS EM CARTÓRIO, DESAFIANDO A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – INFRAÇÃO DISCIPLINAR PUNÍVEL COM SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE QUE AUTORIZA A APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA. Está assentado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que a infração disciplinar de retenção abusiva de autos se configura pela simples notificação prévia do advogado. A unanimidade dos Julgadores presentes, em julgar procedente a

> *representação, recomendando a aplicação da sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional, em todo o território nacional, do advogado J. O. S., pelo prazo de 30 (trinta) dias.* (PROCESSO 42.101-99, 3º Turma, relator Dr. Areovaldo Costa Oliveira, julgado em 27/11/2003)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, devendo a sentença prolatada pela juíza a quo, ser mantida incólume.

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. Amaury da Silva Kuklinski.

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0800650-40.2011.8.12.0027/50000 - Batayporã
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE GARANTIA PRESTADA EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – AVAL PRESTADO POR PESSOA FÍSICA – NULIDADE – ART. 60, § 3º, DO DECRETO-LEI 167/67 – SENTENÇA REFORMADA – DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA.

É nulo o aval prestado por pessoa física em cédula de crédito rural hipotecária sacada por outra pessoa física, a teor do que dispõe o art. 60, § 3º do Decreto-Lei 167/67.

A validade da garantia restringe-se às hipóteses em que ela é prestada por pessoa física participante da empresa sacadora, pela pessoa jurídica emitente ou por outras empresas. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 467.509/PR e AgRg no AREsp n. 394.596/MS).

Ausente fato ou fundamento jurídico novo a ensejar a mudança do entendimento já exarado, impõe-se a manutenção da decisão por seus próprios fundamentos.

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, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Banco do Brasil S/A interpõe agravo regimental insurgindo-se contra a decisão monocrática deste Relator, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor, reformando a sentença do Juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã proferida nos autos n. 0800650-40.2011.8.12.0027, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Sustenta não ser caso de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil, uma vez que se trata de decisão em confronto com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, e que deve ser apreciada em decisão colegiada pelos julgadores deste Tribunal.

Requer, assim, que seja dado provimento ao recurso, para que seja reformada a decisão agravada, modificando a decisão agravada, determinando-se o regular seguimento ao recurso de apelação interposto pelo agravante, com o seu total provimento.

VOTO

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

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Banco do Brasil S/A em face da decisão monocrática que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores, reformando a sentença do Juízo da Vara Única da Comarca de Batayporã proferida nos autos n. 0800650-40.2011.8.12.0027, com inversão dos ônus sucumbenciais.

A decisão agravada deu provimento ao recurso de apelação com fundamento no art. 557,§1°-A, do CPC, declarando a nulidade do aval prestado pelos apelantes, pessoas físicas, em cédula de crédito rural pignoratícia sacada por outra pessoa física.

Em que pesem as alegações da agravante, entendo que não lhe assiste razão, de forma que submeto a questão à apreciação deste órgão colegiado.

A decisão monocrática ora combatida foi da seguinte forma fundamentada:

> *"(...) A questão cinge-se à possibilidade ou não de um terceiro, pessoa física estranha à relação jurídica inicial, prestar aval em cédula de crédito rural sacada por outra pessoa física, garantida por direito real (penhor ou hipoteca).*
>
> *Inicialmente, deve ser destacado que não há qualquer relação entre a alegada impenhorabilidade de bem de família com o objeto destes autos, tendo em vista que a discussão aqui posta restringe-se à nulidade do aval prestado pelos apelantes em cédula de crédito rural emitida por terceiro.*
>
> *A despeito do intenso debate acerca do tema, predomina o entendimento neste E. Tribunal e perante o c. Superior Tribunal de Justiça de que o aval pessoal prestado por terceira pessoa física, em cédula rural garantida por direito real é nulo, a teor do que dispõe o Decreto lei n. 167/67, em seu §3º, in verbis:*
>
> *Art 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.*
>
> *§ 1º O endossatário ou o portador de Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural não tem direito de regresso contra o primeiro endossante e seus avalistas.*
>
> *§ 2º É nulo o aval dado em Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.*
>
> *§ 3º Também são nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas."*
>
> *Colham-se, a propósito, jurisprudência deste Tribunal, no sentido de se considerar nulo o aval prestado por pessoa física em cédula de crédito rural emitida por outra pessoa física, como é o caso dos autos:*
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – PRELIMINAR DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – AFASTADA – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – AVAL EMITIDO POR PESSOA FÍSICA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 60, § 3º, DO DECRETO–LEI Nº 167/67 – RECURSO PROVIDO.*

Não há que se falar em supressão de instância quando a matéria contida no recurso foi devidamente analisada no juízo a quo. "É nulo o aval prestado por terceiro, pessoa física, em Cédula de Crédito Rural emitoda também por pessoa física, nos termos do disposto no art. 60, § 3º, do Decreto-Lei n. 167/67." (STJ - AgRg no AREsp 467.509/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 18.3.2014, DJe 27.3.2014) (Apelação -Nº 00186-13.2013.8.12.020 - Rio Brilhante. 4ª Câmara Cível. Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte. Julgado em 17.12.14)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AVAL PRESTADO POR PESSOA FÍSICA EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL SACADA POR OUTRA PESSOA FÍSICA – NULIDADE – ART. 60, § 3º DO DECRETO-LEI 167/67 – RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

É nulo o aval prestado por pessoa física em cédula de crédito rural hipotecária sacada por outra pessoa física, a teor do que dispõe o art. 60, § 3º do Decreto-Lei 167/67.

A validade da garantia restringe-se às hipóteses em que ela é prestada por pessoa física participante da empresa sacadora, pela pessoa jurídica emitente ou por outras empresas. Recurso provido. Decisão reformada. (TJMS. AgI nº 141259-47.2014.8.12.00. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. J. 02/10/14).

E, no mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA POR PESSOA FÍSICA.AVAL. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. NULIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 60, §3º, DO DECRETO-LEI N.º 167/67.

1.- É nulo o aval prestado por terceiro, pessoa física, em Cédula de Crédito Rural emitida também por pessoa física, nos termos do disposto no art. 60, § 3º, do Decreto-Lei n. 167/67. Precedente da Terceira Turma.

2.- Recurso Especial improvido. (REsp 1353244/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013)

PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA - EMITENTE PESSOA FÍSICA - NULIDADE DA GARANTIA DE TERCEIRO. - Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes. - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

- São nulas as garantias, reais ou pessoais, prestadas por terceiros em cédula rural hipotecária sacada por pessoa física (DL 167/67; Art. 60, § 3º). (REsp 599545/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 25/10/2007 p. 166) .

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA POR PESSOA FÍSICA. AVAL. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. NULIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA E QUARTA TURMAS DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (STJ. AgRg no AREsp n. 394.596. MS 2013/0306679-8. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 02/09/2014)

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA POR PESSOA FÍSICA - AVAL - GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO - NULIDADE - EXEGESE DO ARTIGO 60, § 3º, DO DECRETO-LEI N.º 167/67 - PRECEDENTES - LEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO SUMULADO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA N. 284/STF - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO. 1.- A alegação de violação de direito sumulado não viabiliza o conhecimento do apelo, uma vez que não atende aos pressupostos de admissibilidade recursal. Incidência da Súmula n. 284/STF. 2.- É nulo o aval prestado por terceiro, pessoa física, em Cédula de Crédito Rural emitida também por pess,oa física, nos termos do disposto no art. 60, § 3º, do Decreto-Lei n. 167/67. Precedentes. 3.- Agravo Regimental improvido."* (STJ. AgRg no AREsp n. 467.509. PR 2014/0016884-0. 3ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. 18/03/2014)
>
> *Como no caso dos autos o aval foi dado por pessoa física, os apelantes, em cédula sacada por outra pessoa física (Walter Cruz), não há que se lhe atribuir validade.*
>
> *Desta forma, luz do vigente ordenamento jurídico, deve ser declarada a nulidade do aval prestado pelos apelantes Elísia Resti Calizotti e Otávio Calizzoti na Cédula Rural Pignoratícia n. 40/00147-1 (fl. 14), emitida por Walter Cruz, reformando-se a decisão de primeiro grau que entendeu pela legalidade do aval em questão.*
>
> *Ante o exposto, com fundamento no art. 557, §1-A do CPC, dou provimento de plano ao recurso para reformar a sentença de primeiro grau e julgar procedente o pedido inicial.*
>
> *Em consequência, inverto os ônus sucumbenciais, devendo o apelado arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados na sentença.(...)"*

Oportunamente, necessário destacar a possibilidade de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil[1], neste caso.

Tal comando está alicerçado no princípio da economia processual, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, segundo o qual a todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O intuito do art. 557 do CPC, é o de desobstruir as pautas dos tribunais para que seja agilizado o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo o órgão colegiado. Em aplicação ao mandamento da lei, este Relator cuidou de julgar, monocraticamente o recurso, fundamentando em decisões do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal.

Logo, a decisão está adequada, sendo suficiente para justificar o julgamento monocrático, nos termos do artigo 557§1°-A, do CPC. Nesta esteira:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO DE PLANO AO RECURSO – PODER DO RELATOR SE PRESENTES UMA DAS HIPÓTESES DO ART. 557 DO CPC – AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – PRELIMINAR REJEITADA. O propósito do artigo 557 do CPC é o de desobstruir as pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento pelo colegiado dos recursos que realmente a ele precisam ser submetidos à apreciação, em face da natureza da matéria. Se há a perfeita subsunção do caso concreto a uma das hipóteses previstas no artigo 557 do CPC, não há irregularidade na decisão. Preliminar rejeitada.* (Agravo Regimental nº 1412067-17.2014.8.12.0000/50000 - TJMS. Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan. 4ª Câmara Cível. Data do julgamento: 21 de outubro de 2014).

1 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Desta forma, entendo que não é o caso de se dar provimento ao presente recurso, motivo pelo qual mantenho integralmente o decisum, com base nos fundamentos já explanados.

Ante o exposto, conheço do presente agravo regimental interposto por Banco do Brasil S/A e lhe nego provimento, mantendo a decisão monocrática por mim exarada e aqui 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. 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. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0012007-94.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL – DIREITO DE PREFERÊNCIA – INEXISTÊNCIA – PARTE QUE DEIXOU DE SER LOCATÁRIA DO IMÓVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não se encontrando na posse do imóvel e havendo a transferência do ponto comercial para terceiros, a requerente não teve violado o seu direito de preferência para aquisição do imóvel, pois, na verdade, ela não era mais locatária do imóvel.

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, 27 de janeiro de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Magda Aparecida Murad Sghir interpõe recurso de apelação cível inconformado com a sentença (171-83) proferida nos autos da Ação de Indenização que move em desfavor de Soraia Dibo de Faria, que julgou improcedente os pedidos iniciais.

Sustenta, em síntese, que não foi notificada da venda do imóvel, sobre o qual tinha o direito de preferência, "*vez que esta não participou e, muito menos, anuiu com a venda do ponto comercial*".

Requer o provimento do recurso, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do apelo.

VOTO

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

Magda Aparecida Murad Sghir interpõe recurso de apelação cível inconformado com a sentença (171-83) proferida nos autos da Ação de Indenização que move em desfavor de Soraia Dibo de Faria, que julgou improcedente os pedidos iniciais.

Sustenta, em síntese, que não foi notificada da venda do imóvel, sobre o qual tinha o direito de preferência, "*vez que esta não participou e, muito menos, anuiu com a venda do ponto comercial*".

Requer o provimento do recurso, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do apelo.

Dos fatos.

Constam dos autos que a autora ajuizou esta Ação Indenizatória em face da requerida, dizendo que locou um imóvel de propriedade da requerida, no entanto, esta teria solicitado a desocupação do imóvel. Alegou, que foi surpreendida com a venda do imóvel para o Shopping Center Cidade Morena S/A e SVV Participações e Empreendimentos Imobiliários, dessa forma, foi obstada de exercitar o seu direito de preferência, motivo pelo qual requereu a condenação da requerida para ser ressarcida pelas perdas e danos, lucros cessantes e danos morais que sofreu.

Após regular processamento do feito, sobreveio a sentença que julgou improcedente a ação.

Feito este breve relato dos fatos passo à análise do recurso.

Entendo que a sentença não merece reparos.

Analisando detidamente as provas dos autos, tenho que o magistrado singular deu adequada solução ao caso concreto, razão pela qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> *"O ponto controvertido reside em esclarecer se a requerente era a locatária do imóvel na ocasião em que houve a venda para as empresas Shopping Center Cidade Morena S/A e SVV Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda.*
>
> *No que se refere à locação exercida sobre o imóvel, a prova produzida revelou que a requerente e a irmã dela, Marilene Murad Sguir, administravam uma loja localizada na Avenida Calógeras, 2.368, centro, neste Município, até o dia 25.02.2011 quando Marilene Murad Sguir firmou contrato particular de compra e venda de ponto comercial com Fernando Saad, transferindo-lhe o ponto comercial, conforme se observa nos documentos de f. 80-3 e no depoimento prestado pela testemunha Pedro Gilson Figueiredo nos seguintes termos:*
>
> *(...)*
>
> *A requerente alega que se opôs à venda do ponto comercial a Fernando Saad ocorrida no dia 23.02.2011, pois não teria assinado qualquer documento em favor dele.*
>
> *Ainda que a requerente não tenha assinado qualquer documento de transferência do ponto comercial, é certo que ela e sua irmã, Marilene Murad Sguir, deixaram o imóvel em que estava estabelecido ponto comercial no dia 23.02.2011.*
>
> *Na cláusula 4ª do instrumento particular de compra e venda de ponto comercial constou ainda que "o comprador, neste ato, declara expressamente que ficará responsável por fazer os acertos necessários com a proprietária do imóvel para renovação do contrato de locação, ou mesmo a aquisição do seu domínio, não possuindo a vendedora nenhuma responsabilidade sobre o resultado destas negociações, vez que, no presente contrato, não existe anuência da detentora do seu domínio' (f. 82).*

A única testemunha ouvida, funcionária das requeridas, confirma a transferência do ponto comercial e o exercício da atividade comercial pela requerente e a irmã dela em outro imóvel.

A requerida vendeu o imóvel indicado alhures para Shopping Center Cidade Morena S/A e SVV Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda no dia 09.06.2011, conforme se observa no Registro nº 4 lançado na Matrícula nº 48.930 do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição Imobiliária desta Comarca e que consta à f. 12.

Como se vê, a venda do imóvel foi feita no dia 09.06.2011, sendo que não estava mais em poder da requerente desde o mês de fevereiro daquele ano.

Como a requerente não mais se encontrava na posse do imóvel e houve a transferência do ponto comercial para terceiro antes da alienação do imóvel para Shopping Center Cidade Morena S/A e SVV Participações e Empreendimentos Imobiliários Ltda, evidente que a requerente não teve violado o seu direito de preferência para aquisição do imóvel, pois, na verdade, não o exerceu.

(...)

Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo improcedentes os pedidos formulados na inicial. A requerente arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 15.000,00 em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Conflito dirimido com resolução de mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo para eventual recurso e, com o pagamento das custas, arquivem-se."

É incontroverso nos autos que o imóvel foi alienado em 9.6.2011.

Com efeito, como bem destacado pelo magistrado singular, à época da alienação do imóvel a apelante/autora não era mais inquilina do imóvel, pois o ponto comercial foi vendido por sua irmã (Marilene Murad Sghir) em, 23.2.2011.

Ademais, não há provas nos autos de que a autora se opôs quanto a alienação do ponto comercial realizado por sua irmã (sócia da atividade comercial). Embora a autora não tenha assinado o contrato de compra e venda do ponto comercial, ela deixou o imóvel acompanhada de sua irmã/sócia.

Portanto, não restou violado o seu direito de preferência, visto que a autora não era mais locatária do imóvel.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 27 de janeiro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801759-44.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – NULIDADE DE CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO – COBRANÇA DE VERBAS TRABALHISTAS E DANOS MORAIS – PRELIMINAR – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – SENTENÇA PROFERIDA RESPEITANDO OS LIMITES DO QUE FOI REQUERIDO NA INICIAL – AFASTADA – MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO – CONTRATO QUE SE PRORROGA AO LONGO DE VÁRIOS ANOS – DESVIRTUAMENTO – ARTIGO 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEVIDO PAGAMENTO DO FGTS E DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS – ARTIGOS 7º E 39, § 3º, AMBOS DA CF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo a sentença extrapolado os limites da lide, conferindo a parte benefício fora daquilo que foi pleiteado não há que se falar em julgamento *extra petita* e a consequente anulação dos atos processuais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu (RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR) que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública.

Os direitos sociais, como irredutibilidade de vencimentos, décimo terceiro salário, adicional por trabalho noturno, férias anuais com acréscimo de ao menos um terço do seu valor, etc., são constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral, e mesmo aos servidores da Administração Pública, nos termos definidos nos artigos 7º e 39, §3º, ambos da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Municipio de Corumbá interpõe Recurso de Apelação, inconformado com a sentença (fls. 233/243) proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, que, nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Contrato de Trabalho c/c Ação de Cobrança de Verbas Trabalhistas c/c Danos Morais movida por Jacinta Gonçalves julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais "*para o*

fim de reconhecendo a ilegalidade das sucessivas prorrogações da contratação da requerente CONDENAR o ente municipal ao pagamento de: a) férias proporcionais com adicional de um terço referente ao período de janeiro de 2013 à novembro de 2013; b) gratificação natalina proporcional concernente ao período compreendido entre janeiro de 2013 a novembro de 2013 (11/12 avos); c) ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período trabalhado pela demandante; d) à diferença de adicional de insalubridade referente ao período de janeiro de 2009 a julho de 2013; observada a prescrição dos débitos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação."

O apelante, em suas Razões Recursais (fls. 247/258), alega, preliminarmente, que a sentença deve ser anulada por ser *extra petita*, porquanto "*não poderia haver qualquer condenação em pagamento de férias proporcionais e 13ª salário (...) muito menos ainda quanto ao pagamento de verba substitutiva ao FGTS, não requerida na peça inicial (...)*" Acrescenta que o pagamento das verbas trabalhistas se deu com fundamento na CLT, não podendo a sentença condenar o município ao pagamento de verbas devidas a servidor estatutário.

Quanto ao mérito, sustenta que deve ser afastada a condenação ao pagamento de verbas equivalentes ao FGTS, assim como de férias proporcionais, acrescidas de 1/3 e gratificação natalina referentes ao período compreendido entre janeiro/2013 e novembro/2013, pois "*a parte apelada firmou Contrato de Trabalho por prazo determinado, para atender a necessidade de excepcional interesse público, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 115/2007, tendo vigência até abril de 2005 quando a apelada passou à condição de funcionária de fato do município.*" Assevera que não houve prorrogação do contrato de trabalho em questão.

No que concerne às diferenças relativas ao adicional de insalubridade assevera que o seu pagamento obedeceu aos ditames estabelecidos na legislação municipal vigente e, ainda, a parte autora não "*produziu prova no sentido de demonstrar possível direito à diferença pleiteada, não se desincumbindo, portanto, do seu ônus*."

A apelada, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 264/274), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

O Município de Corumbá interpõe Recurso de Apelação, inconformado com a sentença (fls. 233/243) proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, que, nos autos da ação declaratória de nulidade de contrato de trabalho c/c ação de cobrança de verbas trabalhistas c/c danos morais movida por Jacinta Gonçalves julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais "*para o fim de reconhecendo a ilegalidade das sucessivas prorrogações da contratação da requerente CONDENAR o ente municipal ao pagamento de: a) férias proporcionais com adicional de um terço referente ao período de janeiro de 2013 à novembro de 2013; b) gratificação natalina proporcional concernente ao período compreendido entre janeiro de 2013 a novembro de 2013 (11/12 avos); c) ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período trabalhado pela demandante; d) à diferença de adicional de insalubridade referente ao período de janeiro de 2009 a julho de 2013; observada a prescrição dos débitos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação*."

O apelante, em suas razões recursais (fls. 247/258), alega, preliminarmente, que a sentença deve ser anulada por ser *extra petita*, porquanto "*não poderia haver qualquer condenação em pagamento de férias proporcionais e 13ª salário (...) muito menos ainda quanto ao pagamento de verba substitutiva ao FGTS, não requerida na peça inicial (...)*" Acrescenta que o pagamento das verbas trabalhistas se deu com

fundamento na CLT, não podendo a sentença condenar o município ao pagamento de verbas devidas a servidor estatutário.

Quanto ao mérito, sustenta que deve ser afastada a condenação ao pagamento de verbas equivalentes ao FGTS, assim como de férias proporcionais, acrescidas de 1/3 e gratificação natalina referentes ao período compreendido entre janeiro/2013 e novembro/2013, pois "*a parte apelada firmou Contrato de Trabalho por prazo determinado, para atender a necessidade de excepcional interesse público, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 115/2007, tendo vigência até abril de 2005 quando a apelada passou à condição de funcionária de fato do município.*" Assevera que não houve prorrogação do contrato de trabalho em questão.

No que concerne às diferenças relativas ao adicional de insalubridade assevera que o seu pagamento obedeceu aos ditames estabelecidos na legislação municipal vigente e, ainda, a parte autora não "*produziu prova no sentido de demonstrar possível direito à diferença pleiteada, não se desincumbindo, portanto, do seu ônus*."

A apelada, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 264/274), pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que Jacinta Gonçalves ingressou com a presente ação em desfavor do Município de Corumbá alegando em síntese que "*na data de 01/02/2001 foi contratada pela municipalidade requerida para exercer a função de Agente de Atividades de Saúde. III. (...) teve seu vínculo com prazo determinado prorrogado de maneira sucessiva até o final da data de 30/11. 2013, ocasião na qual foi dispensada sem o recebimento de verbas trabalhistas a que fazia jus, tais como 13º salário proporcional, férias integrais e proporcionais acrescidas de 1/3, diferença dos valores devidos a título de insalubridade, indenização substitutiva do FGTS. Por fim pleiteou indenização por dano moral no valor de R$ 20.000,00. (...)*" (fls. 233)

Os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes nos seguintes termos:

> *"(...) Diante do exposto, resolvo o mérito da lide nos termos do artigo 269, I, do código de Processo Civil e julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Jacinta Gonçalves em face do município de corumbá, para o fim de, reconhecendo a legalidade das sucessivas prorrogações da contratação da requerente condenar o ente municipal ao pagamento de:* ***a)*** *férias proporcionais com adicional de um terço referente ao período de janeiro de 2013 à novembro de 2013; b) gratificação natalina proporcional concernente ao período compreendido entre janeiro de 2013 a novembro de 2013 (11/12 avos);* ***c)*** *ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período trabalhado pela demandante; d) à diferença de adicional de insalubridade referente ao período de janeiro de 2009 a julho de 2013; observada a prescrição dos débitos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação.*
>
> *Os valores devidos deverão ser corrigidos pelo IGPM-FGV desde quando deveriam ter sido depositados e não foram, acrescidos de juros moratórios de acordo com o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97. (...)" (fls. 242/243)*

Diante disso foi interposto o presente recurso de apelação pelo Município de Corumbá.

1) Da preliminar de julgamento *extra petita*.

Preliminarmente, sustenta o Município/apelante que a sentença deve ser anulada em razão de o julgamento ter sido *extra petita,* uma vez que não poderia haver condenação do "*município ao pagamento de verbas devidas a servidor estatutário quando em momento algum os pedidos do apelado tiveram tal causa de pedir. (...) Também não poderia ver qualquer condenação em pagamento de férias proporcionais*

e 13º (...) muito menos ainda quanto ao pagamento de verba subtitutiva ao FGTS, não requerida na pela inicial (...)." (fls. 254/255)

Julgamento *extra petita* é aquele que extrapola os limites da lide, conferindo a parte benefício fora daquilo que foi pleiteado.

Ensina Nelson Nery Junior, *in* Código de Processo Civil Comentado[1] que *"A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido."*. De tal sorte a sentença deve respeitar o princípio da congruência, insculpido no artigo 128, do Código de Processo Civil, preservando a correlação entre ela e os limites impostos pelas partes.

Contrariamente ao que sustenta o recorrente, a autora, em sua petição inicial, alegou ter firmado contrato para exercer a Função de Agente de Saúde III em fevereiro/2001, sendo este prorrogado, sucessivamente, até novembro/2013 e requereu a condenação do Município de Corumbá ao ressarcimento das seguintes verbas decorrentes da relação de trabalho: a) férias proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional (fls. 6/7); b) 13º salário proporcional (fls. 7/8); c) diferença dos calores devidos a título de adicional de insalubridade (fls. 8/11); d) FGTS (fls. 11/15)

Observa-se que o magistrado de primeiro grau se ateve ao que foi requerido na exordial e que o julgamento foi realizado dentro dos limites da lide, não havendo que se falar em nulidade da sentença.

Afasta-se, portanto a preliminar de nulidade da sentença e passa-se ao julgamento do mérito recursal.

2) Mérito.

O apelante pleiteia a total reforma da sentença de primeira instância com o afastamento da condenação ao pagamento das verbas trabalhistas reclamadas pela parte autora.

Razão não lhe assiste.

Inicialmente, importante frisar que, na forma estabelecida no artigo 37, II, da Constituição Federal, "***a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos****, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*" (grifei)

Portanto, a regra para a investidura em cargo público é por meio de concurso e "*A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.*" (artigo 37, §2º, CF)

Ocorre, entretanto, que a própria Constituição prevê exceções, como a anteriormente mencionada (nomeação para o exercício de cargo em comissão) e, ainda, em situações em que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, (artigo 37, IX, CF), como ocorre no caso dos autos (fls. 114).

A razão de tal dispositivo constitucional "*obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento*

1 JUNIOR. Nelson Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 10ª edição. Editora RT. p. 387.

temporário de uma necessidade (neste sentido, "necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar."[2]

Entretanto, em razão das exigências acima delineadas, a Administração Pública não pode utilizar da contratação temporária para a seleção ou recrutamento de pessoal para a realização de atividades ordinárias e permanentes do órgão, uma vez que a hipótese prevista no artigo 37, IX, da CF, é exceção, não podendo se tornar regra sob pena de ofensa ao princípio do concurso público.

Em tais situações, os contratos administrativos celebrados com a finalidade de admitir servidores para o exercício de função de caráter permanente, são nulos.

Nesse sentido:

> *"(...) São nulos de pleno direito os contratos administrativos celebrados com o escopo de admitir servidor para exercício de função de caráter permanente."* (TJ-MG - REEX: 10243120012931002 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 13/02/2014, Câmaras Cíveis/8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/02/2014)

No caso dos autos a Lei Complementar Municipal nº 115/2007 é que dispõe sobre a contratação temporária de pessoal para atender a necessidade de excepcional interesse público no Município de Corumbá. E, como se extrai da sentença, "*Referida lei municipal prevê expressamente no artigo 1º que os trabalhadores temporários gozarão dos direitos previstos no § 3º, do artigo 39, e mais, seu artigo 7º dispõe que a admissão por prazo determinado se constituirá numa relação jurídico-administrativa com o Município, regida pelo direito civil e administrativo, formalizada mediante assinatura de termo específico.*" (fls. 236/37)

E, ainda, o fato de o trabalhador contratado a título precário ter seu contrato de trabalho prorrogado, não é suficiente para transmudar a natureza do vínculo administrativo em trabalhista, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 573.202/AM, de cujo acórdão transcrevo o seguinte trecho, *verbis*:

> *"Ora, contrariamente ao que entende a recorrente e ao que decidiu o Tribunal a quo,* ***a mera prorrogação do prazo de contratação da servidora temporária em comento não tem o condão de transmudar o vínculo administrativo que esta mantinha com o Estado do Amazonas em relação de natureza trabalhista****.*
>
> *A prorrogação do contrato nessas circunstâncias, seja ela expressa ou tácita, em que se opera a mudança do prazo de vigência deste, de temporário para indeterminado, pode até ensejar a nulidade ou caracterizar ato de improbidade, com todas as conseqüências que isso acarreta, por ofensa a princípios e regras que disciplinam a contratação desse tipo de servidores, mas não altera, peço vênia para insistir, a natureza jurídica do vínculo de cunho administrativo que se estabeleceu originariamente."*
>
> *Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR MUNICIPAL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. DECISÃO DO STF NA ADI 3.395-MC/DF.*
>
> *1.* ***Configurada hipótese de contratação temporária para atender a necessidade de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Carta Magna, o vínculo***

2 Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª edição. 2012. Malheiros Editores. Pág. 290.

> ***estabelecido entre o Poder Público e o servidor é jurídico-administrativo***, *atraindo dessa forma a competência da Justiça Estadual para apreciação dos feitos relativos a esse vínculo. Dentre outros precedentes: AgRg no CC 127.500/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 21/05/2013.*
>
> *2. Também é do citado Juízo a competência para o julgamento da demanda no período posterior, porquanto fez-se juntar cópia da Lei n. 046/2008, que dispõe sobre a criação dos cargos públicos de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias, com o seguinte teor: "Aplica-se aos servidores titulares dos cargos de que trata o caput deste artigo o regime jurídico único dos servidores públicos do Município, previsto na Lei Municipal n. 04/1997".*
>
> *3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no CC 130.988/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 22/10/2014, DJe 29/10/2014)

Logo, como concluiu o magistrado singular, "*a contratação temporária possui natureza administrativa, ou seja, os direitos assegurados aos trabalhadores vinculados à Administração Pública por esta modalidade de contrato de trabalho são os mesmos que possuem os servidores estatuários efetivos*." (fls. 237)

Por outo lado, ainda que inaplicável a CLT na presente hipótese, devem-se considerar as circunstâncias em que contrato firmado entre as partes, renovado sucessivamente ao longo dos anos, desvirtuando-se da previsão expressa no artigo 37, IX, da Constituição Federal (contrato temporário para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público).

In casu, a apelada foi contratada pelo Município de Corumbá, sem a realização de concurso público, para exercer o cargo de agente de saúde e assim permaneceu por mais de 12 anos, quando foi determinado seu desligamento, com a convocação dos candidatos aprovados em concurso público.

Como se percebe, a função por ela exercida não revestia de urgência ou de transitoriedade, pelo contrário, tanto que, conforme se extrai da documentação juntada aos autos, inclusive pelo próprio apelante, o Município foi obrigado a realizar concurso público para preencher os cargos de agente de saúde e, com a posse dos candidatos aprovados, houve o desligamento dos servidores contratados "temporariamente", cujos contratos vinham sendo prorrogados ao longo de diversos anos.

Também, importante frisar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é devida a extensão de direito previsto no art. 7º da Constituição da República a servidor contratado temporariamente com base em lei local regulamentadora do artigo 37, IX, da Constituição, principalmente nos casos de contratos sucessivamente prorrogados. A propósito:

> *"CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento" (RE 287.905, Redator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 30.6.2006).*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO DE FÉRIAS. APLICABILIDADE A CONTRATOS TEMPORÁRIOS SUCESSIVAMENTE PRORROGADOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA*

> *PROVIMENTO."* (ARE 649393 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas com trânsito em julgado: AI 832.740, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.2.2011; e AI 784.695, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.4.2010.

No que concerne, especificamente ao direito ao depósito do FGTS, o Supremo Tribunal Federal decidiu (com repercussão geral), recentemente, que em tais casos, como o ora em apreço, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública. *Verbis*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. RE 596.478-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. 1. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do RE 596.478-RG, Rel. para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1/3/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PRAZO SUPERIOR AO ADMITIDO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - NULIDADE DO ATO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO - PRECEDENTE DO STF." 3. Agravo regimental DESPROVIDO."* (RE 830962 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 24-11-2014 PUBLIC 25-11-2014)

Desse modo, como acertadamente consignou o magistrado de primeiro grau "*ainda que sabidamente se afigure incabível a aplicação de normas trabalhistas na hipótese em apreço, dado o vínculo jurídico-administrativo existente entre o Município e a contratada, denota-se que as circunstâncias diferenciadas do contrato (o qual foi sucessivamente renovado por longos anos), imponha o dever de ressarcimento pelo Município a título indenizatório, dos valores equivalentes ao que seria devido a título de FGTS. Isso porque vislumbra-se a presença de ato ilícito, consubstanciado no "vício contratual" porquanto o demandante foi recontratado por lapso temporal superior a dois anos; o dano consistente na ausência de pagamento de verba compatível com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como a ausência de estabilidade e demais verbas que seriam pagas caso atuasse como servidor público efetivo e o nexo causal que o enreda, diante da inobservância da Administração Pública Municipal dos requisitos constitucionais para contratação previstos no artigo 37, incisos II e IX.*" (fls. 238)

Esta 4º Câmara já se pronunciou nesse sentido, ao decidir que "*O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento, no RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR, de que o art. 19-A da Lei 8.036/90 é constitucional e deve ser aplicado, de modo que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II da CF, gera para a Administração Pública o dever de depósito do FGTS ao servidor.*" (TJ/MS. 0800068-84.2013.8.12.0022. Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Anaurilândia; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/08/2014; Data de registro: 29/08/2014)

Por todo o exposto, em que pese ter anteriormente adotado entendimento diverso, mas seguindo o posicionamento do STF, deve-se admitir a obrigatoriedade de recolhimento do FGTS para os servidores contratos irregularmente pela Administração Pública, como é o caso dos autos.

No que concerne ao pagamento das demais verbas pleiteadas, além das razões acima delineadas, deve-se considerar que são direitos sociais, como irredutibilidade de vencimentos, décimo terceiro salário, adicional por trabalho noturno, décimo terceiro salário, férias anuais com acréscimo de ao menos um terço do seu valor, etc., constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral, e mesmo aos servidores da Administração Pública, nos termos definidos nos artigos 7º e 39, §3º, ambos da Constituição Federal.[3]

Logo, acertadamente consignou o juiz de primeiro grau no que diz respeito às férias e ao décimo terceiro salário, como o apelante não demonstrou "*a quitação de aludidos valores, tem o requerente direito, portanto, às férias proporcionais com adicional de um terço referente ao período de janeiro de 2013 à novembro de 2013 e à gratificação natalina proporcional concernente ao período compreendido entre janeiro de 2013 a novembro de 2013 (11/12 avos).*" (fls. 241)

Do mesmo modo deve ser mantida a sentença quanto ao pagamento de adicional de insalubridade. Contrariamente ao que sustentou o apelante, o pedido para o pagamento de tais valores foi formulado na inicial, tendo a parte autora apresentado a devida fundamentação e apresentado cálculo da quantia que entendia devida.

Logo "*No tocante à diferença entre o valor devido e o efetivamente pago a título de adicional de insalubridade, denota-se haver existência de saldo credor em favor do demandante; contudo não da forma declinada pela tabela de f. 8-11, pois os valores ali discriminados não correspondem ao salário previso e recebido. (...) remanesce o pagamento relativo à diferença de adicional de insalubridade referente aos períodos de janeiro de 2009 a julho de 2013, porquanto o valor pago pela municipalidade dói inferior a 10% do salário. De outro norte, a diferença de adicional de insalubridade não é devida concernente aos meses de agosto de 2013 a novembro de 2013, pois os valores foram pagos conforme percentual previsto em lei.*" (fls. 241)

3) Dispositivo.

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Município de Corumbá, mantendo inalterada a sentença de primeira instância que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais "*para o fim de reconhecendo a ilegalidade das sucessivas prorrogações da contratação da requerente Condenar o ente municipal ao pagamento de: **a**) férias proporcionais com adicional de um terço referente ao período de janeiro de 2013 à novembro de 2013; b) gratificação natalina proporcional concernente ao período compreendido entre janeiro de 2013 a novembro de 2013 (11/12 avos); **c**) ao depósito dos valores relativos ao FGTS pelo período trabalhado pela demandante; d) à diferença de adicional de insalubridade referente ao período de janeiro de 2009 a julho de 2013; observada a prescrição dos débitos anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação*."

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

3 Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

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, 24 de março de 2015.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0834994-23.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO EXCLUSIVAMENTE PELO DIÁRIO OFICIAL ESTADUAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ORDEM CONCEDIDA.

Mesmo não havendo previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, devido ao lapso temporal existente da aprovação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a administração pública deveria tê-la efetivada pessoalmente, a fim de permitir o exercício do direito adquirido com a aprovação no concurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, conceder a segurança, 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.

Marluce Lulu de Melo de Paula, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na publicação do Decreto "P" n.º 1.526 de 09 de abril de 2014, que tornou sem efeito a sua convocação para o exercício, em definitivo, do cargo em que restou aprovada (Professor – Educação Básica), pertencente ao quadro de pessoal da Secretaria de Educação.

Afirma que embora não haja previsão expressa de intimação pessoal do candidato, devido ao lapso temporal superior a doze meses entre o resultado final do certame e a sua convocação, ela não poderia ter sido efetivada, exclusivamente, pelo Diário Oficial.

Pede a concessão de liminar para que seja aberto novo prazo para apresentação dos documentos de habilitação, a fim de que lhe seja permitido tomar posse, e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, tornando, sem efeito, o ato que a desclassificou.

Juntou os documentos de f. 17/247 e atribuiu à causa o valor de R$ 1000,00 (mil reais).

A liminar foi deferida às fls. 257/259.

O Estado de Mato Grosso do Sul, nas informações de fls. 270/278, pugnou pela denegação da segurança, destacando que o edital de abertura do concurso público não previu a obrigatoriedade de que a convocação dos candidatos aprovados fosse efetivada mediante comunicação pessoal.

Acrescentou que a impetrante não foi diligente, já que deveria ter acompanhado as publicações da imprensa oficial, facilmente acessada por sítio eletrônico.

Ademais, pontuou não existir qualquer ilegalidade no ato da Administração Pública, eis que esta obedeceu as regras editalícias.

No parecer de fls. 281/294 a Procuradoria – Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

VOTO

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

Marluce Lulu de Melo de Paula, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na publicação do Decreto "P" n.º 1.526 de 09 de abril de 2014, que tornou sem efeito a sua convocação para o exercício, em definitivo, do cargo em que restou aprovada (Professor – Educação Básica), pertencente ao quadro de pessoal da Secretaria de Educação.

Afirma que embora não haja previsão expressa de intimação pessoal do candidato, devido ao lapso temporal superior a doze meses entre o resultado final do certame e a sua convocação, ela não poderia ter sido efetivada, exclusivamente, pelo Diário Oficial.

Pede a concessão de liminar para que seja aberto novo prazo para apresentação dos documentos de habilitação, a fim de que lhe seja permitido tomar posse, e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, tornando, sem efeito, o ato que a desclassificou.

Juntou os documentos de f. 17/247 e atribuiu à causa o valor de R$ 1000,00 (mil reais).

A liminar foi deferida às fls. 257/259.

O Estado de Mato Grosso do Sul, nas informações de fls. 270/278, pugnou pela denegação da segurança, destacando que o edital de abertura do concurso público não previu a obrigatoriedade de que a convocação dos candidatos aprovados fosse efetivada mediante comunicação pessoal.

Acrescentou que a impetrante não foi diligente, já que deveria ter acompanhado as publicações da imprensa oficial, facilmente acessada por sítio eletrônico.

Ademais, pontuou não existir qualquer ilegalidade no ato da Administração Pública, eis que esta obedeceu as regras editalícias.

No parecer de fls. 281/294 a Procuradoria – Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

A impetrante participou do Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso no Cargo de Professor da Educação Básica da Secretaria de Estado de Educação.

Restou aprovada no cargo de Professor de Artes, conforme edital de fl. 57, veiculado no dia 05 de julho de 2013 e fora convocada, para inspeção médica e posse, exclusivamente, por intermédio do Decreto

"P" n.º 1.526, publicado no Diário da Justiça na data de 10 de abril de 2014, fato que propiciou a sua desclassificação, por não ter tido acesso à informação.

Ocorre que esse procedimento violou os princípios da razoabilidade e publicidade, em razão do lapso temporal entre a data de aprovação e a data de convocação.

Embora o edital de abertura do certame não tenha previsto expressamente a necessidade de comunicação pessoal dos candidatos aprovados acerca da convocação para inspeção médica e posse, certo é que a Administração Pública, em observância aos princípios acima citados, deveria proceder também a intimação pessoal, mormente considerando que os demais atos do certame tiveram outros meios de publicidade, e não apenas a publicação em imprensa oficial.

Isso porque não é razoável se exigir que os candidatos aprovados em concursos públicos acompanhem diariamente todas as publicações veiculadas por intermédio da imprensa oficial, principalmente em razão da necessidade imposta à Administração Pública de garantir o acesso dos candidatos que se revelaram aptos ao ingresso no serviço público.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre essa questão. Vejamos:

> *"Consoante jurisprudência do STJ, com o princípio da publicidade, expressamente previsto no art. 37, caput, da CR/8 , os atos da Administração devem ser providos da mais ampla divulgação possível a todos os administrados e, ainda com maior razão, aos sujeitos individualmente afetados. 2. Desarrazoável é exigir que os cidadãos devem ler diariamente o diário oficial para não serem desavisadamente afetados nos seus direitos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg nos EDcl no RMS 27.724/RN, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 30/06/2010, DJe 02/08/2010).

No mesmo sentido a Jurisprudência desta Sodalício:

> *"Mesmo não havendo previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a administração pública deveria convocar pessoalmente o candidato, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à nomeação e posse."* (Mandado de Segurança nº 1410673-72.2014.8.12.0 00. Órgão Especial. Des. Rel. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 12/1/2014).

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança, para o fim de tornar sem efeito o ato que desclassificou a impetrante, determinando, ainda, que a autoridade coatora conceda novo prazo à impetrante para apresentar os documentos necessários à habilitação e, se estiver de acordo com as exigências do edital, lhe conceda posse no cargo de Professor de Artes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2014.

***

Câmara Cível II - Mutirão
Apelação n. 0000865-47.2005.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO RURAL – PERÍCIA APONTA QUE O IMÓVEL ENCONTRA-SE SITUADO EM ZONA URBANA – MANTIDO O CRITÉRIO DE LOCALIZAÇÃO DO BEM – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do que dispõe os artigo 1.239 do Código Civil e 191 da Constituição Federal, o critério a ser utilizado para efeitos de usucapião especial rural deve ser o critério da localização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível II - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Odete Leoterio dos Santos e Espólio de José Pereira dos Santos apelaram da sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da Ação de Usucapião Especial Rural proposta em desfavor de Celina Tolentino Monteiro.

Argumentou, que o ímóvel usucapiendo é rural, não fazendo confrontações com nenhum lote/quadra da região urbana do Distrito de Nova América.

Afirmam que o critério a ser adotado para aferição da natureza do bem imóvel entre urbano e rural é o da destinação e não pela localização, aduzindo ainda que sua destinação sempre foi para o exercício das atividades da zona rural.

Sustentam possuirem o direito de usucapir o imóvel objeto da presente ação, pois detêm a posse legal, mansa, pacífica e de forma ininterrupta, com *animus* de proprietários.

Requerem a reforma do *decisum* sob o argumento de que o imóvel objeto do litígio, embora esteja situado nos limites urbanos, não pode ser considerado como urbano, porquanto é destinado à atividade rural.

A seu turno, a apelada, em contrarrazões (fs. 405-414), defendeu, a manutenção da sentença.

VOTO

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

A irresignação dos apelantes não merece guarida, porque não preenchidos, os requisitos exigidos pelo artigo 1.239 do Código Civil, que define o Usucapião Especial Rural.

O citado dispositivo legal preceitua que:

> *"Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição,* ***área de terra, em zona rural****, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á propriedade.* (grifo meu)

Da transcrição acima dessome-se que os requisitos da usucapião especial rural são *(i)* decurso do prazo de 5 anos, *(ii)* posse contínua, mansa e pacífica de área de terra em zona rural *(iii) animus domini*.

Observa-se que o critério utilizado para definir a natureza do imóvel entre urbano e rural é o da localização do bem, como bem observou o magistrado na sentença recorrida*, in verbis*:

> *Em análise dos autos, denota-se que os requerentes alegam que possuem um" imóvel rural", enquanto o Município de Caarapó alega que não se trata de imóvel rural, mas sim urbano, pois está localizado no perímetro urbano da cidade de Nova América, cuja área foi, inclusive, desapropriada por interesse social..*
>
> *Pois bem, na matrícula 39.591, da qual o imóvel usucapiendo é parte, consta a descrição do imóvel como "Diversos lotes de terras situados na cidade de Nova América" e assim sendo, não resta dúvida de que o imóvel está localizado no perímetro urbano.*
>
> *Corroborando essa prova, infere-se do bem elaborado laudo pericial que o imóvel que os autores pretendem usucapir, na realidade, se encontra situado dentro do perímetro urbano do Distrito de nova América, tanto é que o Sr. Perito assim esclareceu sobre esse ponto:*
>
> *"De acordo com o mapa oficial do distrito de Nova América, a área encontra-se dentro do perímetro urbano".*
>
> *E mais, pela perícia realizada, percebe-se claramente que a área que se pretende usucapir também acaba por alcança ruas e logradouros públicos, pois, conforme esclareceu o Expert, "Constatamos que a área está situada sobre quatro quarteirões do loteamento oficial do distrito, consequentemente ocupando totalmente a área correspondente a duas ruas que deveriam existir e teoricamente formariam um cruzamento dentro da propriedade. São elas as ruas Panamá e Bolívia. Além disso, a área ocupa parcialmente as áreas de três outras ruas (Chile, Peru e Canadá) como pode se observar na imagem a seguir" (fl. 321).*
>
> *Assim, o que se percebe é que os requerentes pretendem usucapir, nos moldes dos artigos 191 da Constituição Federal e 1.238 do Código Civil, um imóvel com destinação rural localizado em área urbana.*
>
> *Desta forma, resta saber qual é o critério a ser utilizado para definir o que é imóvel rural, para análise dos requisitos dos artigos retro mencionados.*
>
> *A Constituição Federal, no artigo 191, quando trata da usucapião especial rural determina que:*

> *Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, **em zona rural**, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (negrito e grifo meu).*
>
> *O Código Civil Brasileiro (artigo 1.239), apresenta o mesmo texto do artigo 191 da constituição Federal para tratar da usucapião especial rural:*
>
> *Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, **em zona rural**, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (negrito e grifo meu).*
>
> *O texto apresentado, tanto pela constituição Federal, quanto pelo Código Civil, não deixa margem à dúvida de que o critério a ser utilizado para efeitos de usucapião especial rural deve ser o critério da localização, pois veja-se que o texto se refere a "área de terra em zona rural". (f. 380/381)*

Neste sentido, colha-se a jurisprudência pátria:

> *"USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. IMÓVEL SITUADO EM PERÍMETRO URBANO DESDE A ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. MODIFICAÇÃO DA MODALIDADE DE USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1- a ausência do preenchimento de qualquer requisito para fins de aquisição de imóvel por usucapião especial é fator impeditivo para a declaração de domínio. 2 - **Sendo incontroversa a localização do imóvel usucapiendo dentro do perímetro urbano do município, resta obstaculizada a aquisição do domínio por meio da usucapião especial rural.** (*TJMG; APCV 1.0352.01.003193-3/0011; Januária; Décima Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Kupidlowski; Julg. 12/11/2009; DJEMG 30/11/2009)". (grifei)
>
> ***Ementa:** ACAO DE USUCAPIAO CONSTITUCIONAL. IMOVEL RURAL. ART.191 DA CF. A CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988 MANTEVE O USUCAPIAO RURAL, COM ALGUMAS ALTERACOES AOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 6.969/81, **DEVENDO A AREA USUCAPIENDA SITUAR-SE EM ZONA RURAL, PREVALECENDO, ASSIM, O CRITERIO DA LOCALIZACAO GEOGRAFICA SOBRE O DA DESTINACAO ATRIBUIDA AO IMOVEL.** APELACAO DESPROVIDA.* (Apelação Cível Nº 196025027, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 17/04/1996)

Ainda:

> *APELAÇÃO – AÇÃO DE USUCAPIÃO RURAL – NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IMÓVEL SITUADO EM PERÍMETRO URBANO – CRITÉRIO DE LOCALIZAÇÃO DO BEM – RECURSOS IMPROCEDENTES.*
>
> *Em ação de usucapião de imóvel rural o critério utilizado para definir a natureza do imóvel urbano e rural é o da localização do bem e não o da destinação dada ao imóvel pelo usucapiente.* (AC 2009.030453-4/0000-00 – Des. Atapoã da Costa Feliz - Quarta Tuma Cível - DJ 09/03/2010)

Portanto, como o imóvel objeto da ação está localizado no perímetro urbano, sendo ainda, que parte dele fora desapropriado pela Prefeitura de Caarapó, não há como reformar a sentença de improcedência do pedido formulado em ação de usucapião de imóvel rural.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

***

Câmara Cível II - Mutirão
Apelação n. 0038183-52.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTRATO DE GAVETA – TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO – POSSIBILIDADE – COMPROVADA QUITAÇÃO DAS PRESTAÇÕES REFERENTES AO IMÓVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Vislumbra-se que o próprio demandado, ora apelante, reconhece que as respectivas parcelas relativas ao imóvel encontram-se quitadas, não havendo qualquer justificativa para que o apelado não efetue a transferência do bem ou que seja julgada a improcedência da demanda, já que estaria se configurando o enriquecimento sem causa, posto que aquele já recebeu integralmente os valores pela venda realizada do imóvel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível II - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Dejanor Lopes dos Reis apela da sentença, proferida nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer ajuizada por Althair Terezinha Picinini, que julgou procedente o pedido formulado na inicial e condenou o apelante a promover a transferência do imóvel de matrícula n° 77.065 do 1° Cartório de Registro de Imóveis desta Capital à autora, ora apelada.

Relata, inicialmente, que em momento algum se negou a efetuar a transferência, apenas alegava a falta de documentação da apelada que comprovasse que efetivamente comprou o imóvel do Sr.Adivaldo, pessoa para quem o apelante havia vendido o bem.

Noticia que a peça inicial foi distribuída em 30/07/2008 e contestada em 13/10/2009, sendo que o documento de fls.76, que embasou a decisão *a quo*, é datado de 10 de fevereiro de 2011, ou seja, em data posterior à propositura da ação.

Afirma que em 2008, quando da propositura da ação, não havia obrigação de fazer, já que a anuência quanto a transação só foi confirmada em fevereiro de 2011, logo, afirma que a pretensão da apelada não pode ser satisfeita no presente feito.

Obtempera que o Código de Processo Civil é taxativo em determinar em seus artigos 282, VI e 283, que a petição inicial deve ser instruída com todos os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Assevera que inexiste a possibilidade de sua condenação na obrigação de fazer, pois restou devidamente comprovado que esta nasceu com a juntada do documento comprobatório de transferência do bem, fls.76. Em momento posterior a interposição da ação, sem qualquer motivo que justificasse sua obrigação em transferir a propriedade, motivo pelo qual a demanda deve ser julgada improcedente.

Por fim, requer o provimento recursal a fim de que seja julgada improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

O prazo para a manifestação das contrarrazões transcorreu sem a manifestação da parte recorrida.

VOTO

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

O caso dos autos, cinge-se em ação de obrigação de fazer na qual a autora, ora apelada, postulou a formalização definitiva de transferência do imóvel descrito na inicial, com a outorga da escritura definitiva e baixa da hipoteca junto a Caixa Econômica Federal, em face da quitação do contrato de financiamento.

Não merece reparos a sentença que julgou pela procedência da ação e determinou ao apelado a promover a transferência do imóvel descrito na inicial.

Conforme se observa da escritura pública declaratória juntada aos autos (fls.77-78), o imóvel situado na Rua Anache, número 94, foi vendido pelo senhor Dejanor Lopes dos Reis, ao Sr. Adivaldo Rodrigues de Lima, que o vendeu à Sr. Althair Terezinha Piccini, não tendo sido efetuado logo no ato da venda a transferência, devido ao financiamento efetuado pelo primeiro adquirente, restando caracterizado o contrato de gaveta, para que não houvesse majoração das prestações.

Posteriormente, Althair Terezinha Piccini, nova proprietária do imóvel, cumpriu com a quitação total do mesmo e requereu a transferência para seu nome, o que foi obstado pelo primeiro proprietário, que, conforme relatado na inicial, almejava receber a quantia de R$10.000 (dez mil reais) para proceder a alteração em cartório, restando incabível tal exigência, pois aquele já havia recebido uma quantia pela futura transferência por parte do Sr.Adivaldo.

Em que pese não tenha a autora realizado à época da aquisição, nenhum contrato com o primeiro proprietário, a fim de assegurar a transferência do imóvel, o certo é que restou comprovada a quitação total do lote urbano objeto de discussão, de modo que não há óbice ao acolhimento do pedido.

O próprio demandado reconhece que as respectivas parcelas relativas ao imóvel encontram-se quitadas, razão pela qual outra solução não há senão a manutenção da sentença de procedência da ação, mesmo porque não se vislumbra prejuízo àquele, que recebeu a integralidade do preço do imóvel, quando efetuou a negociação com o primeiro proprietário.

Ainda, como bem destacado na sentença apelada:

> *"Considero que há nos autos prova documental suficiente para o acolhimento do pedido da requerente. O requerido não nega ter vendido o imóvel descrito na inicial a Adivaldo Rodrigues de Lima, nem ter recebido o preço convencionado.*

Invocou apenas a existência de suposta cláusula contratual, a qual previa que caso a tranferência do imóvel não ocorresse no prazo de seis meses, o bem retornaria ao vendedor. Contudo, não apresentou referido documento em juízo, não se desincumbindo de seu ônus probatório (art.333,II, do CPC).

É certo que a questão da satisfação da obrigação da requerente perante Adivaldo Rodrigues de Lima foi superada com a declaração feita em Cartório a fls.76.

(...)

Nessa situação, o pedido da requerente deve ser acolhido, porquanto não existe justificativa plausível do requerido para se recusar a promover a escrituração do imóvel em nome da requerente. (...)".

Conclui-se, pois, que o feito deve ser julgado à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sendo imperioso que se proceda ao registro do imóvel em nome da autora.

Neste sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ILEGITIMIDADE DE PARTE – NÃO-OCORRÊNCIA – ***ADQUIRENTE DE IMÓVEL QUE JÁ FORA OBJETO DE NEGOCIAÇÃO ENTRE O VENDEDOR E OS PRIMITIVOS PROPRIETÁRIOS*** *– FALTA DE INTERESSE DE AGIR – NÃO-OCORRÊNCIA –* ***PARTE INTERESSADA EM TRANSFERIR O IMÓVEL PARA O SEU NOME DIANTE DA COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO*** *– LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DOS ANTIGOS PROPRIETÁRIOS CARACTERIZADA – PRELIMINARES REJEITADAS –* ***COMPROVAÇÃO DE QUE O ADQUIRENTE DE IMÓVEL POR CONTRATO DE GAVETA TENHA CUMPRIDO COM A SUA OBRIGAÇÃO – NENHUM MOTIVO JUSTIFICÁVEL DOS PROPRIETÁRIOS EM SE OPOREM À TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO*** *– RECURSO IMPROVIDO.*

Se restar demonstrado que os proprietários primitivos do imóvel, cujos nomes constam na matrícula do bem, tinham conhecimento do contrato particular de cessão de direitos entabulado entre a atual possuidora e o primeiro adquirente do imóvel, não há falar em ilegitimidade ad causam, porquanto, anuíram, ainda que tacitamente, com a mencionada cessão.

Presente o binômio necessidade e adequação, não há falar em falta de interesse de agir.

Restando comprovado que a parte interessada cumpriu com a obrigação assumida, e não havendo justificativa plausível por parte dos proprietários do imóvel em se oporem à transferência do domínio, impõe-se a procedência do pedido formulado na ação de obrigação de fazer. *(Apelação Cível n.2006.009055-7/0000-00, Campo Grande, Relator, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Julgamento em 17/07/2006, Órgão Julgador, 3ª Turma Cível).*

E ainda:

CONTRATO *""DE* ***GAVETA""*** *- SFH - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE INCOMPETÊNCIA, DE CARÊNCIA DA AÇÃO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INOCORRÊNCIA - DECISÃO ULTRA PETITA - OCORRÊNCIA - TRANSFERÊNCIA DO FINANCIAMENTO -* ***QUITAÇÃO*** *REGULAR DO PREÇO - OBRIGAÇÃO DO CEDENTE EM PRATICAR OS ATOS NECESSÁRIOS À TRANSFERÊNCIA DO BEM -*

> *ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA RECONHECIDA EM FAVOR DO COMPRADOR. - Nos chamados “”**contratos** de **gaveta**”” decorrentes da transferência do imóvel objeto de **contrato** de financiamento junto à CEF e sem a interveniência desta, descabe a citação do Agente Financeiro, devendo o **contrato** ser resolvido unicamente entre os contratantes. - Não havendo a necessidade de inclusão da CEF como litisconsorte necessário, reconhece-se a justiça comum como competente para dirimir o litígio entre particulares. - Presentes as condições da ação e os requisitos do artigo 282 do CPC, afasta-se as alegações de carência de ação e de impossibilidade jurídica do pedido. - Decidindo o Magistrado além do pedido formulado na inicial, impõe-se decotar da decisão o que ultrapassou o pedido formulado.* ***- Se o contrato “”de gaveta”” realizado entre as partes, restou devidamente pago e quitado o preço ajustado, bem como dele decorreu a efetiva transferência da posse e dos direitos inerentes ao bem imóvel, descabe a retomada pelo vendedor, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa, bem como em razão da irretratabilidade e irrevogabilidade ajustada entre as partes, reconhecendo-se a adjudicação do imóvel em favor do Comprador e reconhecendo a obrigatoriedade do Vendedor na disponibilização dos documentos e atos necessários para a futura transferência do bem ou do financiamento.*** (TJMG, Apelação Cível 1.0701.06.166959-7/001 1669597-77.2006.8.13.0701, Relator(a) Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata Órgão Julgador / Câmara Câmaras Cíveis Isoladas / 13ª CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento 10/06/2010). (Destaquei).

Ademais, não há que se falar em improcedência da ação, ante as alegações do apelante de que iria proceder com a transferência, porém não o fez devido a ausência de comprovação nos autos da negociação das partes, já que, o apelante resistiu ao pedido da autora/apelada em proceder a transferência, cobrando um preço para transferir o domínio, o que ocasionou à apelada a necessidade de interposição da demanda.

Assim, impõe-se ao apelado, a disponibilização da documentação necessária, quando solicitada, para fins de regularização junto ao Cartório de Registro de Imóveis, à quem de direito, no caso à apelante.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0817154-34.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – LAQUEADURA TUBÁRIA – GRAVIDEZ – AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – ERRO MÉDICO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ARTIGO 359 CPC – PRESUNÇÃO RELATIVA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Tendo sido a paciente devidamente informada sobre os riscos e falibilidade do procedimento cirúrgico, não há falar em falha na prestação de serviço.

A Jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça admite "a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359)", mas é certo que as "consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos", sendo livre o convencimento do julgador.

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, 16 de dezembro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Rosana Bomfim do Nascimento apela da sentença que julgou improcedente o pedido inicial da Ação de Reparação de Danos ajuizada em desfavor da Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI.

Em apertada síntese, sustenta a apelante que houve vício na prestação de serviço de (laqueadura tubária), ante a ausência de informações suficientes e claras sobre o método realizado, bem como sua falibilidade e a necessidade de cumulação com outro método de contracepção, aduz ainda, a existência de erro médico durante a cirurgia, requerendo a aplicação dos artigos 359 e 335 do CPC .

Pugna pela aplicação do artigo 476, do CPC, a fim de que seja uniformizada a jurisprudência exarada pelo Tribunal, acerca de indenização, dos honorários de advogado contratados.

Por fim requer o provimento do recurso nos termos de sua irresignação.

Em resposta às fl. 193-207, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Cinge-se a controvérsia posta em debate em aferir se, no caso em tela, resta configurada a responsabilidade e o conseqüente dever da Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI indenizar a autora/apelante pelos danos que esta alega ter sofrido em razão de suposto erro médico, e ausência de informações claras a respeito do procedimento cirúrgico, eis que após quatro anos da cirurgia de laqueadura, a autora engravidou novamente, sendo certo que já era mãe de mais duas crianças, o que gerou grandes transtornos.

E para julgar improcedente o pedido, dando ensejo à interposição deste apelo, entendeu o douto magistrado singular, em suma, não restar configurado, no caso em tela, o dano indenizável decorrente da alegada falha na prestação de serviço, impondo-se, via de conseqüência, a improcedência do pedido.

De uma análise detida do caso em comento, tenho que a hipótese é de confirmação da sentença, pelo que não prospera a insurreição traduzida na peça recursal de fls. 177/189-TJ.

Isto porque, de uma leitura atenta de todas as peças que instruem o processado, não vejo, tal como manifestado pelo douto magistrado singular, sem desconhecer a existência dos danos alegados pele recorrente, um nexo de causalidade entre aqueles e a conduta atribuída à AAMI, não se configurando, desta forma, a responsabilidade do Hospital e o dever de indenizar.

Como é por todos sabido, para a configuração da responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar, é necessária a prática de um ato ilícito, a ocorrência de um dano e a existência de um nexo de causalidade entre este e aquele.

Sobre o conceito de responsabilidade civil, tenho por oportuna a lição de Hélio Borghi, em seu artigo intitulado "Responsabilidade Civil: breves reflexões doutrinárias sobre o Estado no direito brasileiro". Confira-se:

> *"Uma obrigação de ordem natural a que determinada pessoa, física ou jurídica, esta de direito público ou de direito privado, chamada aqui de agente ativo, tem, diante de outra pessoa também física ou jurídica, denominada de agente passivo, de reparar um prejuízo que lhe tenha causado, com a geração de danos das mais variadas ordens, materiais, morais, afetivos, pessoais etc., a fim de repor a situação das partes ao estado anterior em que antes do fato causador do dano estavam, ou ao menos fazê-las chegar o mais próximo possível disso."* (*in* Responsabilidade Civil - Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo, 2009. Revista dos Tribunais. Coordenação de Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini; p. 236.)
>
> *Sobre a responsabilidade civil do Estado, disciplinada pelo artigo 37,§ 6º, da Constituição da República, importante mencionar a clássica lição do mestre Hely Lopes Meirelles, para quem "para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar."* (*in* Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 18ª ed., p. 563)

Fixadas essas premissas, partamos para o caso concreto.

Da leitura da peça e da petição recursal, depreende-se, que a autora Rosana Bomfim do Nascimento foi submetida ao tratamento cirúrgico de laqueadura tubária, entretanto depois de quatro anos da cirurgia, engravidou novamente.

Pois bem, como bem salientou o magistrado *a quo* em sua decisão, para que haja dever de indenizar, há que se configurar também a falha na prestação do serviço, o que não ocorreu *in caso*, conforme vê-se dos documentos de fls. 87-89, que traz a descrição técnica do procedimento, bem como a descrição dos insucessos, termo devidamente assinado pela autor/apelante e seu companheiro.

Colha-se parte que importa da sentença:

> *"Conforme documentos de f. 15/21, trazidos pela autora, esta participou de palestras sobre planejamento familiar, nas quais lhe foram expostos meios contraceptivos a fim de evitar a gravidez. Os documentos de f. 22/27 informam que a demandante optou pela laqueadura, realizando a cirurgia em 2007.*
>
> *De seu lado, a ré trouxe aos autos os termos de consentimento informado subscritos tanto pela autora quanto por seu companheiro antes e depois da realização da laqueadura, contendo a descrição do método cirúrgico, sua finalidade, a taxa de ineficácia (de 0,2 a 0,4%), bem como outras informações relativas ao procedimento feito pela parte."*

Ocorre que - repita-se - sem desconhecer a realidade narrada pelos autos, não se pode, em hipótese como a presente, fechar os olhos, sobre a eficácia dos métodos contraceptivos, que não é 100% segura.

Assim, entendo que a autora/apelante foi devidamente esclarecida quanto ao procedimento cirúrgico a qual se submeteu, tendo sido acompanhada pelo setor de psicologia e assistência social, e diferentemente do que quer fazer crer, não se pode imputar a responsabilidade a um médico ou ao hospital, se o tratamento utilizado não produziu o efeito esperado.

No que tange ao suposto erro médico e à presunção de veracidade do art. 359 do CPC, não assiste razão à apelante.

A Jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça admite "a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359)", mas é certo que as "consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos*", in verbis*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DEVER DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS CONFIGURADO. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- Conforme assente jurisprudência desta Corte, tratando-se de documento comum às partes, não se admite a recusa de exibi-lo, notadamente quando a instituição recorrente tem a obrigação de mantê-lo enquanto não prescrita eventual ação sobre ele. 2.- Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de multa diária para forçar a parte a exibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, sem prejuízo da possibilidade de busca e apreensão, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.* (EDcl no AgRg no REsp 1092289/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 25/05/2011). *3.- O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 4.- Agravo Regimental improvido".* (AgRg no AREsp 260.973/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 19/03/2013)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS ECONÔMICOS. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SOBRESTAMENTO DA MATÉRIA. DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (REs 591.797/626.307 e AG 754.745). MÉRITO NÃO APRECIADO. SUSPENSÃO. DESNECESSIDADE. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DOCUMENTO COMUM ÀS PARTES. INTERESSE DE AGIR. SOLICITAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, atendendo ao pedido de sobrestamento deduzido nos autos dos Recursos Extraordinários 591.797 e 626.307 (Relator o Ministro Dias Toffoli) e do Agravo de Instrumento nº 754.745 (Relator o Ministro Gilmar Mendes), nos quais foi reconhecida a existência de repercussão geral, determinou a suspensão de todos os processos em trâmite no País, independentemente de juízo ou Tribunal, que tenham por objeto a discussão sobre os expurgos inflacionários decorrentes de Planos Econômicos. 2. A decisão agravada não examinou as questões de mérito de que cuidam os aludidos recursos paradigmas, limitando-se a reconhecer o dever de exibição de documentos comuns às partes, independentemente de prévio requerimento administrativo, não havendo nenhuma justificativa para que seja sobrestado o julgamento do presente feito, entendimento que de modo algum pode ser interpretado como afrontoso ao comando da Suprema Corte. 3. Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual, em exibição incidental de documentos, é possível presumir a veracidade ficta dos fatos que a parte adversa pretendia comprovar com a juntada dos documentos solicitados (art. 359 do CPC), cujos efeitos serão ponderados, pelo juízo a quo, em consonância com as demais provas constantes dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento".* (AgRg no AREsp 273.192/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 11/12/2013)

Portanto, a falta de juntada dos documentos solicitados pela apelante não produz o efeito jurídico/processual que pretende, devendo a presunção ficta de veracidade ser analisada em harmonia com todo o conjunto probatório produzido nos autos. A prova dos autos desautoriza a consequência reclamada pela apelante.

Mesmo porque, como bem salientou o d. Magistrado na bem lançada sentença, *"embora na inicial tenha consignado que a realização de perícia médica demonstraria se foi caso de imperícia, na verdade quando oportunizada a produção de demais provas, a demandante requereu a conclusão dos autos para prolação de sentença (f. 156-157), de maneira que é livre o convencimento deste magistrado no sentido que a não juntada do prontuário da procedimento cirúrgico pela ré, por si só, não representa motivo relevante para comprovação da existência de erro médico e procedência do pedido".*

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, com amparo no art. 131 do CPC, adota o princípio do livre convencimento motivado, com base no qual o juiz pode apreciar, com liberdade, as provas colacionadas.

Logo, inexiste a configuração de conduta ilícita do agente, o que afasta a pretensão reparatória.

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - LAQUEADURA - GRAVIDEZ - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO - Evidenciando-se a efetiva possibilidade da ocorrência de gravidez, mesmo após a realização de laqueadura na autora, possibilidade esta da qual restou cientificada, bem como seu marido, inviável se revela a pretensão de responsabilização da entidade hospitalar e da médica que procedeu à intervenção cirúrgica, em decorrência de gravidez posterior. - Apelo não provido.* (Apelação Cível 1.0024.11.336432-7/001, Relator(a): Des.(a) Nilo Lacerda , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/03/2014, publicação da súmula em 25/03/2014)".

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS - LAQUEADURA DE TROMPAS - GRAVIDEZ - AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Se o tratamento utilizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar em inadimplemento contratual, conclusão esta assente na doutrina e consagrada pela jurisprudência. Disso resulta que a responsabilidade do médico é subjetiva e com culpa comprovada. No caso em tela, restou demonstrado que o profissional informava suas pacientes acerca da falibilidade do procedimento contraceptivo de laqueadura tubária, e não houve a caracterizada a negligência, imperícia ou imprudência por parte do médico, inexistindo por tanto os requisitos ensejados da responsabilidade civil.* (Número do processo: 1.0390.05.010499-6/001. Numeração Única: 0104996-36.2005.8.13.0390. Relator: Des.(a) HILDA TEIXEIRA DA COSTA. Data do Julgamento: 22/04/2010. Data da Publicação: 25/05/2010)*"*.

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, 16 de dezembro de 2014.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0004263-87.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – FALHA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL – UTILIZAÇÃO PELO CONDENADO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE OUTRA PESSOA, PARENTE SEU – DANO MORAL CONFIGURADO – AUTOR CONDENADO CRIMINALMENTE POR FATO QUE NÃO PRATICOU – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONDUTA, DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS – AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O Estado responde objetivamente pelos atos ilícitos praticados por seus agentes no exercício da função ou em razão dela, devendo estes primar pela segurança e eficiência de sua atuação. Arrimo no art. 37, § 6º , da CF.

A falha do serviço público a cargo do aparato estatal na identificação de indivíduo preso, acabou por propiciar a indevida condenação criminal em nome do requerente por fato delituoso que não praticou. Dano injusto e nexo de causalidade devidamente configurados.

Situação em que não se flagram causas excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro.

O dano moral é consectário lógico resultante das próprias circunstâncias do fato e das consequências do evento danoso para o sujeito lesado, submetido a constrangimento ilegal. Dano moral *"in re ipsa"*.

Nos termos de farto precedente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *"a indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. É mecanismo que visa a minorar o sofrimento da vítima. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas dos responsáveis diretos, ou de terceiros em condição de praticá-las futuramente.* "

Montante da indenização por dano moral mantido, por atender aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto.

Recurso conhecido e improvido

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 71-84 pelo Estado de Mato Grosso do Sul insurgindo-se contra a sentença de fls. 48-56 proferida pelo douto juízo da 3ª Vara de Fazenda e Registros Públicos da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por Vagner Aparecido Diniz Nobre na Ação de Indenização por Danos Morais para condenar o requerido ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

O Estado de Mato Grosso do Sul recorreu alegando no mérito que o dano suportado pelo requerente teve origem na conduta de terceiro, que valendo-se de má-fé e com objetivo de ludibriar o sistema judiciário, utilizou-se de documentos falsos para se identificar, fato que afasta o nexo de causalidade entre os danos supostamente ocorrido e qualquer conduta imputável ao Poder Público.

Menciona que inexiste nexo causal entre a atividade pública e o possível abalo moral que sofreu o apelado/requerente, podendo-se concluir que o único responsável pelos danos causados é o primo do requerente, Júnior Aparecido Diniz Santos, que, através de apresentação de documento que não lhe pertencia, praticou conduta criminosa com o objetivo de fraudar o sistema judiciários.

Aduz que o liame causal não restou demonstrado e comprovado, pois não se apontou qualquer conduta do Estado como causador efetivo de dano, bem como não houve conduta estatal negligente que fosse capaz de sustentar uma indenização, uma vez que assim que foram esclarecidos os fatos noticiados, foram tomadas pelo ente estatal todas as medidas cabíveis para a correta indenização do apenado.

Alega que na hipótese de se buscar a responsabilização estatal pela omissão de seus agentes, tal responsabilidade será subjetiva, cabendo ao requerente do ressarcimento a prova da culpa.

Por fim, pugna pela redução do *quantum* indenizatório observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de enriquecimento sem causa do autor/apelado.

Conquanto intimado, o apelado/requerente deixou de apresentar suas contrarrazões (fl.86).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 71-84 pelo Estado de Mato Grosso do Sul insurgindo-se contra a sentença de fls. 48-56 proferida pelo douto juízo da 3ª Vara de Fazenda e Registros Públicos da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por Vagner Aparecido Diniz Nobre na Ação de Indenização por Danos Morais para condenar o requerido ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

I.

Infere-se do caderno processual que no dia 01.10.2006 o requerente foi impedido de votar, sob a justificativa de ele estaria preso no presídio de Corumbá-MS.

Ao verificar o ocorrido, constatou a existência de uma ação penal, proposta em face de seu nome na cidade de Corumbá-MS.

Alegou ter entrado em contato com o diretor do presídio, o qual informou ser verídica a notícia, e que ele "Vagner Aparecido Diniz Nobre", encontrava-se preso, tendo sido condenado em 02 anos e 06 meses de reclusão.

Ocorre que, conforme alegado, quem realmente se encontra preso naquele presídio é o seu primo "Júnior Aparecido Diniz Santos" que, de má-fé, com intuito de fraudar o sistema judiciário, usou falsamente o nome do Requerente.

Pugnou pela condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

Em sede de contestação, o Estado pugnou pelo afastamento do pleito indenizatório por ausência de nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo demandante e a conduta imputada à demandada. Pelo princípio da eventualidade, arrazoou ser subjetiva a responsabilidade do ente público, por ser hipótese de conduta omissiva, requerendo a improcedência do pedido.

Na sentença, o douto magistrado julgou procedentes os pedidos da exordial para condenar o requerido ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Irresignado, o Estado de Mato Grosso do Sul, apelou alegando que o dano suportado pelo requerente teve origem na conduta de terceiro que, valendo-se de má-fé e com objetivo de ludibriar o sistema judiciário, utilizou-se de documentos falsos para se identificar, fato que afasta o nexo de causalidade entre os danos supostamente ocorrido e qualquer conduta imputável ao Poder Público.

Menciona que inexiste nexo causal entre a atividade pública e o possível abalo moral que sofreu o apelado/requerido, podendo-se concluir que o único responsável pelos danos causados é o primo do apelado, Júnior Aparecido Diniz Santos, que, através de apresentação de documento que não lhe pertencia, praticou conduta criminosa com o objetivo de fraudar o sistema judiciário.

Aduz que o liame causal não restou demonstrado e comprovado, pois não se apontou qualquer conduta do Estado como causador efetivo de dano, bem como não houve conduta estatal negligente que fosse capaz de sustentar uma indenização, uma vez que assim que foram esclarecidos os fatos noticiados, foram tomadas pelo ente estatal todas as medidas cabíveis para a correta indenização do apenado.

Alega que na hipótese de se buscar a responsabilização estatal pela omissão de seus agentes, tal responsabilidade será subjetiva, cabendo ao requerente do ressarcimento a prova da culpa.

Por fim, pugna pela redução do *quantum* indenizatório observando os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de enriquecimento sem causa do autor/apelado.

Conquanto intimado, o apelado/requerente deixou de apresentar suas contrarrazões (fl.86).

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 a análise da apelação.

III.

Compulsando-se os autos é possível constatar que o Estado de Mato Grosso do Sul cometeu uma falha na identificação criminal ao condenar injustamente o requerente (f. 15), Vagner Aparecido Diniz Nobre, quando na realidade o verdadeiro criminoso era o seu primo, que se passou por ele, denominado de Júnior Aparecido Diniz Santos.

Pois bem.

A presente demanda retrata um caso de responsabilidade do Estado ao ter identificado erroneamente o criminoso como sendo o próprio apelado/requerente, fato este capaz de impor a um inocente os constrangimentos da persecução penal.

É cediço que na caracterização da responsabilidade civil, é essencial a conduta humana, bem como o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano.

Assim sendo, primeiramente restou evidente a conduta humana no momento em que os agentes estatais identificaram de forma errada o criminoso. Ainda, restou devidamente demonstrado a existência do dano, não havendo dúvidas de que o nome do apelado/requerente foi prejudicado indevidamente.

Nota-se que o apelado/requerente foi injustamente processado e condenado pelo crime praticado por outra pessoa, experimentando inevitavelmente diversos sentimentos negativos, pois sabia ser inocente, ao par do fato de que era seu nome que estava inscrito no rol dos culpados e, assim, para todos os efeitos, portador de antecedentes criminais, fato extremamente vexatório e humilhante para uma pessoa de bem e que nunca cometeu qualquer espécie de delito penalmente punível.

Em relação ao nexo de causalidade, mostra-se inequívoco, na medida em que foi em decorrência do erro na identificação do preso que ocasionou todo o sofrimento e humilhação do apelado/requerente, Vagner Aparecido Diniz Nobre, ao ter o seu nome incluindo indevidamente no banco dos réus.

Ressalto ainda que restou incontroverso o fato do equívoco na identificação pelo Estado, restringindo-se este em sua apelação somente em imputar a terceiro a responsabilidade pelos danos causados ao apelado/requerente. Inadmissível tal argumentação.

Neste sentido, entendo que não assiste razão ao apelante/requerido na medida em que a identificação do criminoso poderia ter se dado de diversas outras maneiras, como por exemplo qualquer documento pessoal, dados datiloscópicos e fotográficos, indicação do RG e CPF, enfim, buscando assim evitar erro tão grosseiro. Outrossim, se o Estado não tem um sistema integrado e atualizado de identificação via impressão digital, que poderia detectar o fato que estava sendo praticado por terceiro, age de forma negligente e omissivamente e, assim, com culpa, sujeitando-o ao dever de indenizar pelos danos ocasionados ao autor, que nada tinha a haver com o crime praticado pelo seu primo mas que, por falha na prestação do serviço de identificação estatal, foi condenado pela Justiça Criminal como se fora, realmente, o autor do delito imputado na ação penal respectiva.

Assim, inexistindo fatos capazes de excluir ou atenuar a responsabilidade estatal, como por exemplo a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiros, entendo ser inaceitável tal conduta e assim, fica de fato configurada a responsabilidade do Estado à luz do art. 37, 6º, da Constituição Federal.

Neste sentido, bem fundamentou o douto magistrado *a quo* (fls. 50-51):

> *"A falha quanto à identificação criminal aponta negligência por parte dos agentes estatais e traduz-se em insegurança jurídica, pois capaz de deixar qualquer cidadão na iminência de ver-se processado, condenado e preso criminalmente. Além disso, provoca o enfraquecimento e o descrédito da população quanto à atuação correta e eficiente das Polícias e do Poder Judiciário.*

Conquanto o Estado, uma vez informado, tenha promovido a retificação no polo passivo das demandas e a exclusão do nome do demandante do rol dos culpados, tal fato é incapaz de elidir a responsabilidade decorrente da conduta desatenciosa de seus agentes, pois não tem o condão de suprimir, nem mesmo atenuar, os aborrecimentos pelos quais o requerente passou."

A propósito:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE AÇÃO PENAL. NEGLIGÊNCIA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.

1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONDUTA HUMANA, DANO E NEXO CAUSAL. COMPROVADOS.

2. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA OMISSA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO DO ESTADO DO PARANÁ PROVIDO EM PARTE, MANTENDO-SE NO MAIS A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. [...] (TJPR - 2ª C.Cível - ACR 774689-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Lauro Laertes de Oliveira - Unânime - J. 09.08.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DE INDIVÍDUO PRESO EM FLAGRANTE DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. UTILIZAÇÃO PELO FLAGRADO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE OUTRA PESSOA, PARENTE SEU. AUTOR INDICIADO E DENUNCIADO CRIMINALMENTE POR FATO QUE NÃO PRATICOU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO E REPARADO MEDIANTE "HABEAS CORPUS". RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O Estado responde objetivamente, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados por seus agentes no exercício da função ou em razão dela. Prevalece o regime da responsabilidade civil objetiva do ente de direito público, sendo desnecessário perquirir acerca de culpa. Incidência do art. 37, § 6º, da CF. Dano injusto e nexo de causalidade devidamente configurados.

Responde civilmente o Estado pelo equívoco da autoridade policial na identificação dos indivíduos presos em flagrante pela prática do crime de roubo qualificado, situação que propiciou o indevido indiciamento do autor, denunciado criminalmente por fato delituoso que não praticou.[...] (TJ-RS - AC: 70057107500 RS , Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 30/04/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/05/2014)

No Superior Tribunal de Justiça foi mantido acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com esta ementa:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - FALHA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL EM PROCEDIMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS - ACUSADO QUE SE UTILIZA DE NOME DO IRMÃO A FIM DE ELIDIR RESPONSABILIDADE POR CRIMES - MANDADO DE PRISÃO EMITIDO CONTRA INOCENTE- DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR.

Incumbe ao Estado o dever constitucional de indenizar terceiros lesados por atos praticados por seus agentes pela deficiente consecução das atividades da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Consoante o texto ínsito no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988, a prisão em flagrante de qualquer cidadão pressupõe a sua identificação criminal, inclusive por meio de impressão datiloscópica, sempre que não se puder apurar a identidade civil do acusado ou, ainda, em casos previstos na legislação especial. A falha nesse procedimento de identificação e a consequente prisão de pessoa inocente que possui nome semelhante ao do acusado, mas que detém condições físicas e datiloscópicas diferentes, enseja reparação civil por danos morais e materiais por parte do Estado. " (REsp 1400349, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data da Publicação 18/12/2013).

IV.

No que tange ao *quantum* indenizatório, é visível que o valor indenizatório pleiteado, busca apenas compensar os óbvios constrangimentos decorrentes da vinculação do nome do apelado/requerente a uma condenação criminal, de forma, já comprovada, completamente indevida.

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral:

"Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. (...) Levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado (punitive damages)."[1]

No mesmo sentido:

A respeito da avaliação dos danos morais, convém lembrar que os tribunais adotam a teoria compensatória, bem como do desestímulo, onde o montante desta indenização deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico, pesando no bolso do ofensor como forma de não incentivar à reincidência do ato lesivo. Tem-se, desse modo, que 'o dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a libertar-se do sofrimento, ou, reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa'.

Conseguintemente, inexistindo critérios previstos por lei, a indenização fica condicionada ao prudente arbítrio do julgador que, evidentemente, apreciará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano. Acompanhando essa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior assevera: 'Resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários', acrescenta que 'o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão.[2]

"A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. É mecanismo que visa a minorar o

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. IV, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 380.

2 LUZ, Valdemar P. Da. **Trânsito e Veículos – Responsabilidade Civil e Criminal,** 6 ed., São paulo: Conceito Editorial, 2011, pág. 77.

sofrimento da vítima. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas dos responsáveis diretos, ou de terceiros em condição de praticá-las futuramente." (Cfe. REsp 1400349, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data da Publicação 18/12/2013).

Por outras palavras, o dano moral, como prática que atenta contra os direitos da personalidade, traduz-se em um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, com aptidão para gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva de seu patrimônio moral. A prova, em casos tais, satisfaz-se com a ocorrência do ato ilícito em si.

Ao fixar o valor indenizatório, por conta dessa violação do direito de personalidade, o juiz deve encontrar um valor adequado, dentro de um juízo de equidade e tendo em vista o fato concreto, segundo o seu prudente arbítrio, valendo-se da razoabilidade, de tal forma que o valor fixado compense a vítima pelo dano suportado, traduza-se em punição ao infrator, sempre consideradas as condições econômicas e sociais tanto da vítima quanto do ofensor, além da gravidade do fato cometido.[3]

Objetiva-se inibir a repetição de situações similares.

Desse modo, se o douto magistrado *a quo* agiu com prudente arbítrio ao fixar indenização a título de danos morais, levando em conta a possibilidade do culpado e a condição econômica da vítima e evitando-se assim que esta se enriqueça indevidamente com a demanda em espécie, atende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo sua redução.

Outrossim, ainda, e para além dos fundamentos acima indicados, levando em consideração a condição financeira das partes envolvidas, ou seja, a condição pessoal do ofendido (f.8) e a condição do agente causador do dano, além da gravidade do dano, o valor fixado pelo douto juízo de primeiro grau, de R$ 10.000,00 (Dez mil reais), *é* justo e razoável, a título de indenização pelo danos morais experimentados e atende perfeitamente os pressupostos dessa espécie de reparação de danos.

V.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço o presente recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e lhe nego provimento, na forma dos fundamentos expendidos, mantendo a sentença impugnada, por seus próprios e jurídicos 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. 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

***

3 Com esse espírito: STJ, Ag 654435, Relatora Ministra Denise Arruda, 26.06.2005.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0824503-88.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c RESCISÃO DE CONTRATO C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – COMPRA REALIZADA PELA INTERNET – NÃO ENTREGA DE PRODUTO ADQUIRIDO E DEVIDAMENTE QUITADO – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Há falha na prestação de serviço em decorrência da falta de entrega do produto adquirido cujo preço foi devidamente adimplido. Em casos tais, o fornecedor do produto responde pelos danos causados ao adquirente diante da frustração e angústia na espera da entrega da mercadoria. Trata-se de responsabilidade objetiva com arrimo no art. 14 do CDC.

O valor da indenização deve ser fixado com prudência, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se apto a reparar, adequadamente, o dano suportado pelo ofendido, servindo, ainda, como meio de impedir que o condenado reitere a conduta ilícita. *Quantum* mantido.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls.119-130 por Carrefour Comércio e Indústria Ltda. insurgindo-se contra a sentença de fls.113-115 proferida pelo douto juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por Sandra Amarilha na Ação de Obrigação de Fazer c/c Rescisão de Contrato c/c Danos Materiais e Morais condenando a requerida na restituição do valor pago pela plataforma vibratória Kikos P2041, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Ainda, foi julgado improcedente o pedido de devolução em dobro da importância paga pela autora.

Carrefour Comércio e Indústria Ltda. aduz pela ausência de danos morais sob o argumento de que não concorreu de modo algum para o prejuízo exposto na exordial. Alega ainda a existência de um mero

aborrecimento do cotidiano, pleiteando a improcedência dos pedidos contidos na inicial e, alternativamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório.

Em contrarrazões (fls. 133-139), a apelada/requerente se manifesta pelo improvimento do recurso e requer que seja mantida a decisão do juízo *a quo*.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 119-130 por Carrefour Comércio e Indústria Ltda insurgindo-se contra a sentença de fls.113-115 proferida pelo douto juízo da 15ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por Sandra Amarilha na Ação de Obrigação de Fazer c/c Rescisão de Contrato c/c Danos Materiais e Morais.

I.

Infere-se do caderno processual que no dia 06.02.2012 a requerente adquiriu pela internet uma plataforma vibratória, Kikos P2041, no valor de R$ 2.899,00 (dois mil oitocentos e noventa e nove reais), sendo dividido em 12 (doze) parcelas iguais de R$ 227,69 (duzentos e vinte e sete reais e sessenta e nove centavos), tendo sido todas elas devidamente quitadas.

Relata que 130 dias depois recebeu em sua residência uma parte do equipamento, ou seja, uma caixa contendo metade da plataforma vibratória, e que desta maneira, somente 3 meses depois a transportadora retirou o equipamento incompleto e inapropriado para uso, após sua solicitação.

Fundamenta que não recebeu pelo produto adquirido, e requer a devolução dos valores pagos, bem como a devolução do valor em dobro, e a condenação em danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em sede de contestação o requerido, Carrefour não impugnou os fatos alegados na inicial, que, portanto, tornaram-se incontroversos tendo, tão somente, requerido a improcedência dos pedidos, afirmando que não tem responsabilidade sobre o ocorrido, sem, no entanto apresentar os fundamentos de fato e de direito porque sustenta não ter "responsabilidade" e afirmando que a autora não sofreu dano moral passível de indenização, mas mero aborrecimento.

Na sentença o douto magistrado julgou procedentes os pedidos formulados pela autora para condenar a requerida na restituição do valor que dela recebeu pela plataforma vibratória Kikos P2041, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Ainda, julgou improcedente o pedido de devolução em dobro da importância paga pela autora.

Irresignado, Carrefour Comércio e Indústria Ltda. apelou aduzindo a ausência de danos morais sob o argumento de que não concorreu de modo algum para o prejuízo exposto na exordial. Alega ainda a existência de um mero aborrecimento do cotidiano, pleiteando a improcedência dos pedidos contidos na inicial e, alternativamente, pleiteia pela redução do *quantum* indenizatório.

Em contrarrazões (fls. 133-139), a apelada/requerente se manifesta pelo improvimento do recurso e requer que seja mantida a 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 a análise da apelação.

III.

Vejo que, a autora ingressou com a presente ação indenizatória, alegando ter adquirido uma plataforma vibratória no mês de Fevereiro de 2012 e, após diversos contatos e tentativas frustadas de receber o produto comprado, não houve o cumprimento da obrigação pela fornecedora/requerida, gerando assim enormes constrangimentos em decorrência da má prestação de serviços.

A empresa apelante/requerida pugnou pela ausência de danos morais sob o argumento de que não concorreu de modo algum para o prejuízo exposto na exordial, alegando ainda a existência de um mero aborrecimento.

Pois bem.

Diante do contexto fático e probatório é inadmissível acatar tal súplica.

É evidente que o dano moral está plenamente caracterizado, não podendo se considerar como um mero dissabor a falta de entrega do produto adquirido depois ter sido devidamente quitado e após passados vários meses de angústia e constrangimentos, na vã tentativa de receber pelo equipamento comprado. Tais fatos são traduzidos como uma real situação de vexame, capazes de gerar sentimentos negativos na apelada/requerente, como certamente causou, tanto a sensação de incapacidade quanto de inferioridade psicológica.

Compulsando os autos constato que a venda da mercadoria foi realizada (f. 19), bem como que suas prestações foram devidamente adimplidas (fls.20-32). Ainda, lamentavelmente é comprovado o grande número de *e-mails* direcionados à fornecedora, visando a resolução do problema com a entrega do produto adquirido (fls. 37-61).

Não satisfeitos com a morosidade de mais de quatro meses de espera, diga-se de passagem, tempo inadmissível, ainda, o fornecedor/apelante enviou um equipamento completamente inutilizável na medida em que faltavam peças pera sua perfeita execução (f.19).

Assim, não resta dúvida tanto em relação a responsabilidade da apelante/requerida, quanto em relação ao direito inerente à consumidora tão lesada e desacreditada.

Restou então evidenciado o ilícito praticado pelo apelante/requerido, o dano moral e o nexo de causalidade justificadores da sentença de primeiro grau.

Neste contexto, trata-se aqui de má prestação de serviço onde a imposição de responsabilidade ao fornecedor do produto é medida que se impõe, conforme bem estabelecido nos artigos 18[1], 19[2] e 34[3] do Código de Defesa do Consumidor.

1 Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.[...]

2 Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:[...]

3 Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Assim, acertadamente fundamentou o douto magistrado (fls. 114-115):

> *"Por outro lado, diversamente do que foi alegado, os fatos narrados na inicial, tais sejam – o pagamento integral do preço de um produto e a passagem por um calvário de reclamações aos odiosos serviços de call center e atendimentos a clientes, por mais de 2 anos, sem obter solução do problema – não constitui mero aborrecimento, mas substancioso dano moral, passível de reparação, por indenização que deve ser fixada em valor considerável para penalizar a ré e estimula-la a adotar mais cuidado e respeito nas relações com os consumidores dos produtos que ela vende".*

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA PELA INTERNET. MERCADORIA PAGA E NÃO ENTREGUE. DANO MORAL CONFIGURADO. CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DA MEDIDA. APELO PROVIDO.*
>
> *A presente Ação trata de compra realizada pela internet, sem que o produto tenha sido entregue. Verifica-se nos autos, que restou incontroverso o fato de que o produto adquirido pela apelante não foi entregue. Constata-se ainda que, não houve estorno de valores pela ré, a autora precisou acionar o Judiciário para receber os valores pagos. Além de ser ressarcido no valor que pagou pelos produtos, o consumidor faz jus à indenização pela demora na restituição da quantia paga e, principalmente, pelo não recebimento do produto adquirido, durante o período de 270 (duzentos e setenta) dias, o que gerou aborrecimentos acima do razoável. Assim, esta Corte entende pela caracterização do dano moral. O montante da condenação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se encontra sob os patamares da razoabilidade e da proporcionalidade ao dano, não merecendo acolhimento os argumentos do apelado em contrário. Apelo provido.* (TJ-PE - APL: 3590418 PE , Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, Data de Julgamento: 10/02/2015, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/02/2015)."
>
> *"RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. COMPRA PELA INTERNET. NOTEBOOK DEVIDAMENTE PAGO PELA CONSUMIDORA E NÃO ENTREGUE PELA VENDEDORA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A ENTREGA POR AUSÊNCIA DE MERCADORIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MATERIAS E MORAIS EXCEPCIONALMENTE CONFIGURADOS.*
>
> *A autora efetuou a compra de um notebook pela internet, atraída pelo curto prazo de entrega, eis que necessitava do produto para utilizá-lo em seu ambiente de trabalho. Alega a requerida que a entrega não foi realizada pela falta de mercadoria em estoque uma vez que a fabricante entregou menos peças do que foi pedido. Todavia, nada neste sentido foi comprovado nos autos.*
>
> *Ainda, essas alegações são diversas das prestadas à autora antes do ajuizamento da ação, uma vez que a requerida justificava o atraso na entrega pelo extravio da mercadoria pela transportadora, o que também não foi comprovado nos autos.*
>
> *As divergências nas informações evidenciam a falta de transparência da ré no trato com os consumidores, e o atraso na entrega do produto demonstra a falha na prestação de seus serviços. A falta de solução do problema no âmbito administrativo, a falta de transparência, as informações desencontradas e a venda de produtos que não existiam em seu estoque, causaram à autora transtornos que ultrapassaram os meros aborrecimentos das relações comerciais, abalando a paz psíquica e trazendo-lhe angústias de toda ordem, pois, realizou o pagamento e não recebeu o produto adquirido, não havendo qualquer perspectiva de vir a recebê-lo ou ter seu dinheiro restituído. Os danos morais foram*

corretamente arbitrados em R$ 2.500,00, não havendo que se falar em redução do quantum, sob pena de não atingir o caráter pedagógico e compensatório. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJ-RS - Recurso Cível: 71004803334 RS , Relator: Glaucia Dipp Dreher, Data de Julgamento: 27/06/2014, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2014)."

"APELAÇÃO CÍVEL - DANO MORAL - COMPRA REALIZADA - MERCADORIA NÃO ENTREGUE - INDENIZAÇÃO. Cabe ao fornecedor oferecer segurança na prestação de seu serviço, de forma a proteger o consumidor de possíveis danos e devem ser acompanhadas de medidas que não causem danos a este. O descumprimento contratual, consubstanciado na ausência de entrega de mercadoria adquirida, enseja a presença de danos morais, pois causa abalo e insatisfação ao consumidor, mormente diante do descaso e abuso que lhe foi dirigido, não se tratando de mero aborrecimento. (Apelação Cível nº 1.0145.10.060778-0/001 - TJMG - Rel. Des. Estevão Lucchesi)*."*

Quanto à fixação do valor indenizatório, a quantia deve ser arbitrada de acordo de acordo com os critérios de razoabilidade e moderação, não se podendo constituir em fonte de enriquecimento sem causa, mas, principalmente, devendo o valor servir como um desestimulador à prática de novos ilícitos, levando em consideração a capacidade econômica do ofensor.

In casu, entendo que a fixação de indenização no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, é justa, razoável e proporcional às circunstâncias do fato, bem como se revela suficiente para compensar a requerente/apelada dos danos suportados, possuindo, ainda, o condão de inibir a repetição de condutas lesivas, como a retratada nos autos, de modo a contribuir para que as empresas, do porte da ré, ajam de forma mais diligente e respeitosa.

Com estas considerações e sem maiores delongas, impõe-se negar o provimento do recurso de apelação interposto pelo requerido, ratificando a sentença julgada procedente.

IV.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço o presente recurso de apelação cível interposto por Carrefour Comércio e Indústria Ltda (fls. 119-130) e lhe nego provimento, na forma dos fundamentos expendidos, mantendo a sentença impugnada, por seus próprios e jurídicos 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. 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

***

Órgão Especial
Petição n. 1600343-32.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – PEÇAS DE INFORMAÇÃO DE POSSÍVEL COMETIMENTO DE DELITO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – REPRESENTAÇÃO APRESENTADA PELA OFENDIDA – MANIFESTAÇÃO DE ARQUIVAMENTO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO COLÉGIO DOS PROCURADORES – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – REMESSA DOS AUTOS.

A interpretação sistemática dos artigos 28 do Código de Processo Penal; 12, XI, da Lei Federal n. 8.625/1993; 12, I, da Lei Complementar Estadual n. 11/1982 e 13, III, "g", da Resolução n. 307/PGJ/91, de 7 de outubro de 1991, autoriza que o Relator, divergindo do pleito de arquivamento das peças de informação formulada pelo Procurador-Geral de Justiça, em ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça, sem oferecimento da respectiva denúncia por suposto crime cometido por membro do Ministério Público, remeta-as ao Colégio dos Procuradores para revisão do quanto manifestado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, contra o parecer, determinar a remessa das peças ao Colégio de Procuradores do Ministério Público, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de peças de informação remetidas pelo Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Central para apurar fatos representados por Rozana Ferreira Cintra em face de Clóvis Amauri Smaniotto.

Aberta vista ao Procurador-Geral de Justiça, este opinou pelo arquivamento do feito (f. 36-61).

Em seguida, foi determinada a distribuição em observância ao artigo 471 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul pelo então Presidente desta Corte (f. 316).

VOTO (EM 26.11.2014)

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

I.

Consta dos autos que, no dia 23 de janeiro de 2013, o representado Clóvis Amauri Smaniotto dirigiu-se à Agência Sede da Secretaria Estadual de Fazenda, na qualidade de contribuinte, para pleitear documento de isenção fiscal relativo à análise de incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD).

Ao solicitar pelo documento, o qual já havia sido anteriormente confeccionado, a ora representante, a servidora Rozana Ferreira Cintra, atendeu seu pedido, procurando-o na repartição, porém sem sucesso. Assim, informou ao representado que apenas a chefe do órgão, a servidora Eliana Barbosa, poderia emiti-lo novamente, mas ela não se encontrava no local naquele momento, orientando que ele então aguardasse até as 13 horas para tal fim.

Ato contínuo, segundo declaração da representante perante a autoridade policial (f. 131-133), o representado

> *"ficou muito nervoso e disse que a declarante lhe desse o telefone o de Eliana, porque ele queria falar com ela naquele momento aduzindo ainda que não poderia esperar a mesma retornar, sendo que a declarante respondeu que não poderia fornecer o telefone de Eliana, pois não estava autorizada para tanto; Que a declarante afirma que, Clovis, muito exaltado, disse para a declarante que lhe desse o endereço de Eliana, pois ele iria representar em face daquele setor, momento em que a declarante forneceu ao mesmo o endereço daquele local, ou seja, lugar onde Eliana exerce suas funções; Que a declarante afirma que, em seguida Clovis se identificou, dizendo que não estava mais naquele local como contribuinte e sim como representante do Ministério Público (...) o aludido promotor de justiça solicitou um computador para redigir um documento escrito, e ainda, a carteira funcional da declarante; Que a declarante respondeu ao Promotor de Justiça Clovis que não tinha carteira funcional e que não estava autorizada a fornecer computadores daquela repartição e que tal autorização somente é dada pela chefia, visto que as máquinas são de uso exclusivo dos funcionários locais, momento em que o Dr. Clovis respondeu: 'Eu posso usar o computador da repartição que eu quiser!'; Que a declarante afirma que diante a situação, fechou seus documentos em uso no computador e cedeu o mesmo ao Dr. Clovis, momento em que o mesmo passou a redigir um documento e solicitou novamente a declarante que apresentasse sua carteira funcional e que se identificasse; Que a declarante explica que ficou muito assustada e que outros funcionários que presenciavam a cena também; Que telefonou para a Srª Eliana, reportando a situação, momento em que Eliana pediu para que a declarante passasse o telefone ao Dr. Clovis, o que foi feito, ocasião em que ela explicou ao mesmo que estava em consulta médica, dizendo, ainda, que o documento solicitado seria entregue no gabinete dele às 13h00min. de hoje, sendo que após, a ligação foi encerrada, entretanto, Dr. Clovis continuou a confeccionar o documento iniciado, bem como, continuou a insistir para que a declarante lhe apresentasse sua identificação funcional; Que a declarante afirma que explicou ao Dr. Clovis que não tinha carteira de identificação funcional, momento em que o mesmo lhe que então, apresentasse sua carteira de identidade (RG), sendo que a declarante disse que não era a responsável pelo setor e que ele compreendesse, pois já havia conversado com Eliana e acertado a situação, entretanto, Dr. Clovis disse que para a declarante que se ela não fornecesse seu RG ele ligaria para a Polícia, afirmando: "Eu vou chamar a polícia e você vai presa!"; Que a declarante afirma que tentou argumentar com o Dr. Clovis, explicando novamente a situação, entretanto, o mesmo telefonou para a Polícia e disse para a declarante que ela seria presa porque ela havia faltado com a verdade e não tinha entregado seus documentos pessoais a ele; Que a declarante afirma que, dessa forma, a Polícia Militar compareceu ao local e encaminhou a declarante até esta DEPAC, para que fossem adotadas as medidas cabíveis; Que a declarante ressalta que se sentiu constrangida por ter sido conduzida na viatura Policial na presença de seus colegas de trabalho e de seu Chefe imediata, sendo que*

a declarante confirma ter sido questionado junto ao Policial Militar acerca da necessidade da condução da declarante daquela maneira, tendo o mesmo respondido que sim; Que o Promotor de Justiça, Dr. Clovis Smaniotto alegou que não poderia esperar ELIANA, pois tinha audiência marcada, razão pela qual acredita que o mesmo não compareceu nesta DEPAC pelo mesmo motivo; Que a declarante afirma que se sentiu ameaçada e acredita que houve abuso de autoridade por parte do referido Promotor de Justiça; Que trabalha na SEFAZ/MS desde seus quatorze anos de idade, sendo que desde 1998 a declarante exerce suas funções como servidora pública efetiva estadual".

De fato, é incontroverso que diante da dificuldade em obter o documento almejado junto a repartição pública da Secretaria de Fazenda Estadual, o representado acionou a Polícia Militar para conduzir a representante à delegacia de polícia ao argumento de que ocorrente Crime de Desobediência pela negativa de identificação por parte da servidora, conforme assentado no Termo de Constatação lavrado pelo representado ainda naquele órgão público (f. 130) e, após, ao prestar informações no Pedido de Providências n. 0002/2013-MP (f. 152-153) esclareceu que agiu daquela forma em razão "da funcionária daquele órgão Rozana Ferreira Cintra afirmar que a sua chefe imediata não estava naquele local de trabalho e que não poderia fornecer os dados e o telefone da referida chefe, com indícios de que esta estivesse praticando alguma falta funcional e que aquela estaria acobertando".

Ao chegar na delegacia, a servidora-representante e o cabo da Polícia Militar, Sandro Rogério de Oliveira, prestaram depoimento acerca do ocorrido (f. 12-17), sendo instaurada a Ocorrência n. 349/2013 (f. 18-19), a qual restou arquivada pelo delegado responsável pela atipicidade do fato praticado pela servidora (f. 7-10).

Subsequentemente, o Delegado-Geral de Polícia Civil, Jorge Razanauskas Neto, encaminhou ao Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público o Ofício n. 0066/2013/GB/DGPC/MS da Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário/DEPAC, consoante disposto no artigo 41, II, parágrafo único, da Lei n. 8.625/1993, pela Reclamação n. 10/064/CGMP/2013 em que reportou eventual prática de abuso de autoridade pelo Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto (f. 118 e seguintes).

Foi então instaurado Pedido de Providências n. 002/2013-MP na Procuradoria-Geral de Justiça n. 0002/2013-MS, seguida da abertura de Sindicância n. 10/097/CGMP/2013 pelo Corregedor-Geral do Ministério Público Estadual (f. 186-188).

A Comissão Sindicante, formada pelo Corregedor-Geral de Justiça e mais dois Procuradores de Justiça, após a instrução, sugeriram à unanimidade a aplicação de pena de advertência ao promotor Clovis Amauri Smaniotto (f. 282-296), a qual findou aplicada pelo Corregedor-Geral (f. 299), sendo objeto de recurso hierárquico (f. 298-313) sem ulteriores informações nesses autos.

Paralelamente, foi encaminhado o Termo Circunstanciado à 2ª Vara do Juizado Especial Central (processo n. 0003735-41.2013.8.12.0110) ante a aventada prática do crime de desobediência da servidora, ora representante. Naquele feito, o Ministério Público Estadual requereu o arquivamento dos autos (f. 88-89), sendo assim acolhido pelo juízo competente ante a ausência de tipicidade da conduta (f. 90-91).

Vieram, por conseguinte, as presentes Peças de Informação para apuração dos fatos representados por Rozana Ferreira Cintra em face de Clóvis Amauri Smaniotto.

Recebidas pelo Presidente desta Egrégia Corte à f. 34, foi dada vista ao Procurador-Geral de Justiça, que se manifestou pelo arquivamento às f. 36-61 e juntou documentos às f. 62-313.

Conquanto tenha opinado pelo arquivamento dos autos, é certo que a hipótese admite a aplicação por simetria do artigo 28 do Código de Processo Penal, segundo o qual

> *"Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender"*

A hermenêutica a ser conferida ao dispositivo, obviamente, merece adequação ante a peculiaridade do caso em apreço, já que a competência originária para o exame do feito é do Tribunal de Justiça e o responsável pelo exame imediato das peças de informação é o Procurador-Geral de Justiça.

Havendo pedido de arquivamento pelo próprio Procurador-Geral de Justiça, interpreta-se extensivamente o mencionado artigo, demandando uma reanálise do quanto opinado pelo membro isolado do *Parquet* por um órgão colegiado daquela instituição, de modo a garantir a revisibilidade estampada no normativo.

Assim, incide o disposto no artigo 12, XI[1], da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) que atribui ao Colégio dos Procuradores a competência para revisar decisão de arquivamento das peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, enquadrando-se exatamente no caso em apreço.

Referido dispositivo legal estabelece:

> *Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:*
>
> *XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária;*

A determinação de arquivamento de representação contra promotor de justiça pelo Procurador-Geral de Justiça constitui ato administrativo estável, de natureza unilateral, irrevogável e irretratável. No entanto, é possível a sua sujeição à revisão, correspondente a uma espécie duplo grau de jurisdição, eis que a competência originária é deste Tribunal, em razão da pessoa.

Essa submissão, caso o Órgão Especial do Tribunal de Justiça divirja da decisão do Procurador-Geral de Justiça sobre o arquivamento, não desrespeita o princípio do *ne procedat judex ex officio,* já que não vincula ou obriga o *Parquet* ao oferecimento da denúncia.

No âmbito estadual, aplicam-se as disposições do artigo 12, I[2], da Lei Complementar n. 11/1982 e do artigo 13, III, "g"[3], da Resolução n. 307/PGJ/91, 7 de outubro de 1991, que estabelece o Regimento Interno do Colégio de Procuradores de Justiça, as quais estabelecem procedimento análogo ao inserido

1 Art. 12 da Lei n. 8.625/1993: "O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:
(...)
XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária"

2 Art. 12 da LC . 11/1982: "Compete privativamente ao Colégio de Procuradores:
I - conhecer dos recursos interpostos de decisões do Procurador-Geral de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público, na forma fixada nesta lei complementar"

3 Art. 13 da Resolução n. 307/PGJ/91, 7 de outubro de 1991: "Compete ao Colégio de Procuradores:
(...)
III – julgar, em grau de recurso, em reuniões especiais, ordinárias ou extraordinárias:
(...)
g) decisões proferidas pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Conselho Superior."

no artigo 28 do Código de Processo Penal, possibilitando ao magistrado que considerar improcedentes as razões invocadas remeter os autos ao Colégio de Procuradores.

A meu ver, o substrato colhido durante o processo n. 0003735-41.2013.8.12.0110 e também os documentos acostados pelo Procurador-Geral de Justiça às f. 62-313 são suficientes, em princípio, para a *opinio delict*, até pela gravidade dos fatos que teriam sido praticados por um membro do próprio Ministério Público, que teria agido com abuso de autoridade.

Além disso, pesa contra o promotor de justiça representado o fato de que foi formada a comissão sindicante na Procuradoria-Geral de Justiça, tendo esta sugerido a punição disciplinar (f. 282-296), o que foi ratificado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público Estadual (f. 297).

Oportuno destacar que naquela ocasião, relevantes apontamentos foram consignados pela comissão, a propósito:

> *"(...) da análise do que consta nos autos percebe-se que não houve a prática de qualquer crime de desobediência por parte da servidora Rozana.*
>
> *(...)*

Não se pode obrigar à colaboração com a confecção de termo de constatação lavrado à força, por cidadão que, membro do Ministério Público, muito embora, não tem, naquelas circunstâncias, qualquer relação com eventuais ilegalidades por ele deduzidas.

É que a prerrogativa da ação não é da pessoa, mas do cargo, e só se reveste de força coativa quando plena de legalidade, ou seja, quando no regular e correto exercício da função, razão pela qual não se vislumbra tipicidade na conduta da servidora pública Rozana Ferreira Cintra.

Ademais, embora o Promotor de Justiça sindicado tenha afirmado que não deu voz de prisão à servidora, **o fato de ter acionado a Polícia Militar para tal finalidade em razão da não apresentação do documento, mesmo sendo atípica a conduta praticada por Rozana, já configura infração ao dever legal de desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções.**

Isso porque, na qualidade de Promotor de Justiça criminal, com 21 anos de carreira, o sindicado possui inegável conhecimento técnico e aguçada experiência para perceber que a recusa em apresentação dos documentos naquela situação **não se tratava de qualquer ato ilícito, não havendo motivos acionar a Polícia Militar com a finalidade de conduzir a servidora pública até a Delegacia de Polícia, causando grave constrangimento à pessoa em desmedido e indevido uso da autoridade que o cargo lhe confere**". (f. 291 e 293) (g.n.)

Como se vê, os fatos reportados apontam de maneira indubitável que o representado**,** se não deu voz de prisão à servidora pública, ora representante, no mínimo chamou a Polícia Militar para conduzi-la coercitivamente à Delegacia de Polícia, mesmo sem respaldo legal para tanto.

E, sendo esse contexto de conhecimento de outros três membros do órgão ministerial, inclusive com reprovação da conduta, afigura-se razoável que as peças de informação aqui coligidas sejam encaminhadas para o Colégio dos Procuradores para que o órgão de maneira una delibere sobre o cabimento da oferta da denúncia ou ratifique a solicitação de arquivamento formulada pelo douto Procurador-Geral de Justiça.

Pondero, derradeiramente, que o magistrado em casos tais deve agir como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem que isso importe em malferimento a sua imparcialidade de julgador por previsão expressa do artigo 28 do Código de Processo Penal.

II.

Isso posto, com espeque no artigo 28 do Código de Processo Penal, 12, XI, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); 12, I, da Lei Complementar Estadual n. 11/1982 e 13, III, "g", da Resolução n. 307/PGJ/91, de 7 de outubro de 1991, da Procuradoria Geral de Justiça e demais dispositivos legais acima indicados, determino a remessa das presentes peças de informações ao Colégio de Procuradores do Ministério Público Estadual, para deliberação quanto à promoção de arquivamento do feito em relação ao representado Clóvis Amauri Smaniotto da representação formulada por Rozana Ferreira, feita pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, comunicando-se posteriormente o que houver ali sido deliberado.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (1º Vogal):

Peço vênia ao eminente relator para proferir voto divergente.

Ao analisar os autos, convenci-me de que as razões expostas pelo Procurador-Geral de Justiça Humberto de Matos Brittes, as quais passo a transcrever nesta decisão, constituem fundamento suficiente para se determinar o arquivamento das peças de informação, a saber:

As peças de informação contidas nos autos têm por objeto a possível incidência do tipo penal previsto no art. 3º, "a", da Lei nº 4.898/1965, que define o crime de abuso de autoridade, nos seguintes termos:

Art. 3º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

A conduta típica, em tese, teria sido praticada pelo Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto que, no exercício das funções inerentes ao seu cargo, teria atentado contra a liberdade de locomoção da servidora pública estadual Rozana Ferreira Cintra.

Contudo, considerando os elementos informativos contidos nos autos e com o devido respeito às manifestações anteriores de membros do Ministério Público sobre os fatos, mas sob outra perspectiva legal, concluí-se que não há tipicidade penal na conduta do Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto, inexistindo justa causa para a propositura da ação penal, conforme fundamentação fática e legal doravante exposta.

Consta nos autos que, em 23.01.2013, por volta das 10h30, Clóvis Amauri Smaniotto, que ocupa atualmente o cargo de Promotor de Justiça, na qualidade de cidadão e contribuinte, compareceu na Agência Sede da Secretaria de Fazenda de Estado de Mato Grosso do Sul (SEFAZ/MS), localizada na rua João Pedro de Souza, esquina com rua Treze de Maio, bairro Monte Líbano, em Campo Grande-MS, e solicitou atendimento a uma servidora pública estadual no sentido de obter um documento de isenção fiscal, também denominado Guia de Informação , relativo a análise de incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer bens ou direitos – ITCD (f. 6-8, 11 e 13-14).

O referido documento de isenção fiscal já havia sido solicitado anteriormente por Clóvis Amauri Smaniotto, o qual, no dia e hora referidos, compareceu na Agência Sede da Secretaria de Fazenda de Estado de Mato Grosso do Sul (SEFAZ/MS) apenas para retirá-lo (f. 14).

Nesta ocasião, a servidora Rozana Ferreira Cintra atendeu Clóvis Amauri Smaniotto, procurando o mencionado documento, que não foi encontrado nos locais de costume. Ato contínuo, informou ao contribuinte que tal documento somente poderia ser emitido pela chefia do órgão, no caso a servidora Eliana Barbosa, que ali não se encontrava naquele momento (f. 6, 11, 13-14).

Questionada por Clóvis Amauri Smaniotto, a servidora Rozana Ferreira Cintra afirmou que a chefe do setor, Eliana Barbosa, havia se deslocado a outra repartição pública e solicitou que aquele aguardasse o retorno da chefe do setor, o que ocorreria até às 13h00 (f. 6, 11, 13-14).

Na ocasião houve questionamentos acerca da regularidade da ausência da chefe do setor Eliana Barbosa do seu local de trabalho, bem como o horário de seu expediente.

Segundo narra a servidora Rozana Ferreira Cintra, nesse momento Clóvis Amauri Smaniotto ficou nervoso e solicitou o número de telefone da chefe de setor Eliana Barbosa, não o obtendo sob a alegação de falta de autorização para repassar tal informação. Contudo, na sequência, foi possível estabelecer contato telefônico com a referida chefe que repassou outra versão acerca de sua localização, afirmando que estava no médico.

A mencionada servidora também narra que Clóvis Amauri Smaniotto lhe disse que iria representar em face daquele setor e que em seguida se identificou como Promotor de Justiça, apresentando sua carteira funcional, e solicitou: a) um computador para redigir termo de constatação das irregularidades; b) identificação funcional da servidora, que não estava portando crachá.

A partir daí, Rozana Ferreira Cintra narra que respondeu ao Promotor de Justiça que "não tinha carteira de identificação funcional e que não estava autorizada a fornecer computadores daquela repartição" e que o mencionado Promotor lhe respondeu o seguinte "eu posso usar o computador da repartição que eu quiser" (f. 15).

Analisando os fatos até aqui narrados, do ponto de vista funcional e disciplinar, os membros do Ministério Público que formaram a comissão sindicante, formada no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério Público, afirmaram que o Promotor de Justiça extrapolou os limites de sua atuação funcional e que não lhe cabe exigir computador de repartição pública para lavratura de auto de constatação quando no atendimento de seus interesses particulares (f. 195-210).

Ressalte-se que a versão da servidora Rozana Ferreira Cintra e colegas de trabalho que também depuseram perante a comissão sindicante é controversa, posto que outras pessoas presenciaram os fatos e os apresentaram em outros termos, o que também merece análise e consideração. Veja-se.

No âmbito do mencionado procedimento, o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto afirmou que vislumbrou a existência de possíveis irregularidades administrativas no órgão público, especialmente considerando as informações desencontradas e contraditórias referentes à justificativa da ausência da chefe de setor, quais sejam:

> *a) a chefe do setor estava ausente no horário de expediente, o que pode caracterizar ato de improbidade administrativa acaso constatada a figura do "funcionário-fantasma";*
>
> *b) a servidora que lhe prestou atendimento, Rozana Ferreira Cintra, poderia estar acobertando a chefe do setor.*

Diante disso, o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto afirma que a partir desse momento se identificou como Promotor de Justiça e passou a atuar nessa qualidade, tendo como norte o interesse público e, desta forma, propôs-se a lavrar um "termo de constatação para registrar o ocorrido, considerando ser esta a providência mais adequada naquele momento ao seu alcance (f. 83-84 e 106-108).Confira-se o teor de suas declarações, nesta parte:

> *Que o sindicato achando estranha a resposta, supondo existir alguma irregularidade, resolveu mostrar a sua identidade funcional, dizendo para a servidora que*

> *a partir daquele momento não estará mais ali como contribuinte e sim como promotor de justiça e faria um 'auto de constatação' para relatar todo o ocorrido, posto que vislumbrava a ocorrência de 'algo de errado' estaria acontecendo, para tomar as eventuais providências posteriormente, solicitando o empréstimo de um computador para lavrar o termo. (Clóvis Amauri Smaniotto – f. 157)*

Neste contexto, é de salutar importância analisar as declarações de Adelaide Acácia Leite Vieira, advogada, que acompanhou, tal como o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto, os fatos desde o início, enquanto aguardava atendimento no mencionado órgão. Suas declarações vão em sentido oposto ao referido pela servidora Rozana Ferreira Cintra (f. 169-171).

Adelaide Acácia Leite Vieira afirmou também, em sede de procedimento disciplinar, que a servidora Rozana Ferreira Cintra estava sendo muito mal educada no atendimento, enquanto o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto estava calmo e se comunicando de maneira educada (f. 169-171).

No tocante a utilização do computador da repartição pública, constata-se que o afirmado por Rozana Ferreira Cintra induziu os membros do Ministério Público que formaram a comissão sindicante a erro, posto que o computador utilizado para registrar e dar transparência ao ocorrido foi cedido pela servidora, ainda que em um segundo momento, após ouvir suas colegas de trabalho e a própria advogada Adelaide. Vejamos:

Que passados uns oito a dez minutos aproximadamente, o sindicado [Clóvis Amauri Smaniotto] levantou-se e foi em direção a mesma funcionária perguntando 'quem substituía a chefe na sua ausência', sendo a resposta foi, em tom áspero, 'ninguém!'. Que ele tornou a perguntar: 'mas onde mesmo ela foi?', que ela respondeu, tendo sido confirmado por uma outra servidora que a chefe teria ido ao médico. Que o sindicado voltou e sentou-se novamente de forma muito educada, aguardando. Que pode perceber um certo burburinho entre as funcionárias, por certo em razão desses fatos envolvendo o sindicado. Que mais uma vez o sindicado levantou-se e foi em direção a essa funcionária, de forma educada, perguntando-lhe se ela sabia o horário em que a chefe voltaria, obtendo como resposta, de forma grosseira, 'que talvez por volta de uma da tarde'. Foi nesse momento que o sindicado identificou-se a esta funcionária como promotor de justiça, apresentando sua carteira funcional, solicitando o computador dessa funcionária para tomar as medidas cabíveis. Que o empréstimo foi negado. Neste momento a declarante levantou-se e foi ao lado do sindicado, e que disse a funcionária que ela deveria emprestar o computador porque o sindicado é uma autoridade e que ficaria muito ruim para a servidora tratar uma autoridade daquela forma. Nessa altura dos acontecimentos as demais servidoras saíram da sala, meio que cochilando [*sic*]. Que esta servidora ficou todo o tempo sentada, na sua avaliação, tratando o sindicado muito mal. Que uma outra servidora convenceu a colega que atendia o sindicado a emprestar-lhe o computador. (f. 169-171, grifo nosso)

Precisamente, não é possível inferir que o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto tenha requisitado o computador ou o solicitado de maneira deselegante, mas sim que este foi cedido.

Aliás, qualquer cidadão pode registrar os fatos ocorridos no âmbito da Administração Pública, seja por meio de vídeo ou escrito em uma folha em branco, para adoção de providências relacionadas ao direito de petição.

Também não se pode presumir, apenas a partir das declarações da servidora Rozana Ferreira Cintra e de seus colegas de trabalho, que o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto tenha atuado de maneira grosseira e mal educada.

Com efeito, a conduta do Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto foi clara no sentido de apontar possíveis irregularidades naquele setor, o que reduz a solidez das declarações dos servidores que ali

trabalham. Por outro lado, possuem maior peso as declarações de uma terceira pessoa, que ali estava como cidadã, no caso a advogada Adelaide Acácia Leite Vieira que presenciou os fatos.

Ultrapassado este momento na dinâmica dos fatos, temos um Promotor de Justiça redigindo um "Termo de Constatação" a fim de registrar possíveis irregularidades administrativas em órgão público, que poderiam caracterizar, em tese, ato de improbidade administrativa acaso constatada a figura do "funcionário-fantasma", em razão da ausência injustificada da chefe do setor no local de trabalho.

Para confeccionar o "Termo de Constatação" Clóvis Amauri Smaniotto solicitou à servidora Rozana Ferreira Cintra, a qual até então não havia se identificado, que se identificasse, o que foi negado. A solicitação de identificação se deu do seguinte modo: a) inicialmente foi solicitada à servidora a apresentação da identificação funcional, não sendo atendido, pois a servidora explicou que não possui este documento uma vez que ele não é confeccionado; b) em seguida, solicitou-se à servidora a apresentação de sua carteira de identidade (RG), o que, também, foi negado (f. 15).

Consoante consta nos autos, a mencionada servidora se negou a fornecer os dados de sua identificação, mesmo diante de reiterados pedidos por parte do Promotor de Justiça, que esclareceu acerca da sua função ministerial.

Em face da negativa em fornecer tais dados pessoais, o Promotor de Justiça acionou a Polícia Militar ante a possível ocorrência do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, ou da contravenção penal de recusa de fornecimento de dados identificatórios, prevista no art. 68 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).

Consta no Termo de Constatação lavrado por Clóvis Amauri Smaniotto que: "[...] Registro que a emissão do presente termo serve para constatar que a funcionária Rozana Ferreira Cinta faltou com a verdade na conversa que teve com este Promotor de Justiça, pois em vez de esclarece o motivo pelo qual a chefe do setor Eliana Barbosa não estava no setor publico, preferiu faltar com a verdade, dizendo que sua chefe Eliana Barbosa estava ou setor público, quando na verdade a mesma não estava. Registro que a funcionária Rozana Ferreira Cinta desde o primeiro momento em que manteve contato com este Promotor de Justiça se negou se identificar, tendo este Promotor de Justiça insisto varias vezes para ela se identificasse, inclusive, alertando-a que a sua negativa em se identificar, configuraria crime de desobediência, e ela mesmo assim negou se identificar, razão pela qual acionamos a Polícia Militar, por telefone 190, solicitando apoio para a mesma fosse identificada e fosse adotada as providências legais. Para constar, lavrei o presente termo." (f. 13, *sic*).

O referido documento foi expedido e assinado por Clóvis Amauri Smaniotto e contou com a assinatura da advogada Adelaide Acácia Leite Vieira, na qualidade de testemunha (f. 12).

Chegando ao local, os Policiais Militares solicitaram à servidora Rozana Ferreira Cintra a apresentação dos seus documentos pessoais e o fornecimento de sua identificação, o que foi atendido. Na sequência, registraram a ocorrência na Delegacia juntamente com a servidora envolvida.

Ressalte-se que o procedimento adotado pelos policiais não foi expressamente determinado pelo Promotor de Justiça, mas sim, ao que tudo indica, seguiu o disposto no art. 69 e seguintes da Lei nº 9.099/1995(Juizados Especiais).

É especificamente sobre este ponto – a conduta de acionar a Polícia Militar ante a possível ocorrência de infração pena consubstanciada em desobediência à ordem de identificar-se como funcionária – que reside a eventual tipificação do crime de abuso de autoridade.

Por ora, não nos deteremos à análise do enquadramento desta conduta no tipo do crime de abuso de autoridade, o que faremos ao final, seguindo a perspectiva analítica do crime (fato típico, ilícito e culpável, sendo o fato típico composto por conduta, resultado, nexo causal e tipicidade).Inicialmente, cabe analisar o enquadramento jurídico da conduta da servidora que se nega a fornecer dados de sua identificação funcional e, via de consequência, as implicações legais desta negativa.

Para, só após esclarecida esta questão, falar-se em crime de abuso de autoridade por parte de Clóvis Amauri Smaniotto.

A tese que afirma inexistir este dever de o servidor público se identificar quando assim solicitado ou exigido, não resiste diante da análise dos dispositivos constitucionais e legais que regulam o regime jurídico-administrativo referentes aos deveres funcionais do funcionalismo público em geral.

Com efeito, os princípios da impessoalidade e da publicidade, inscritos no art. 37 da Constituição Federal, incidem sobre a conduta dos servidores públicos:

> *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:*

A propósito, os arts. 5º, incs. XIV e XXXIII, e 37, § 3º, inc. II, da Constituição Federal, reforçam o direito de acesso à informação no âmbito do poder publico, excepcionando apenas os casos de sigilo legalmente estabelecidos:

> *Art. 5º [...]*
>
> *XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]*
>
> *XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*
>
> *Art. 37 [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]*
>
> *II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;*

Sendo o agente público incumbido de cumprir finalidades voltadas ao interesse público, não pode impor anonimato aos seus atos. Ao contrário, cabe-lhe o dever de se identificar, ao lado do direito do cidadão de exigir esta identificação, uma vez que o agente público responde administrativa, civil e penalmente pelos excessos ou ilegalidades cometidas no exercício de sua função.

Não por outra razão a Constituição Federal veda o anonimato, posto que o anonimato implicaria em irresponsabilidade, o que é inadmissível no Estado de Direito. Ademais, o sigilo e o anonimato impedem o controle da administração pública pelos administrados e autoridades.

Conforme ensina a doutrina, "o princípio da impessoalidade é diretamente fundamentado no 'controle jurídico do exercício do poder' e, vale lembrar, o ideal de juridicidade, responsabilidade, previsibilidade da atuação estatal, segurança, protetividade e estabilidade para os direitos individuais é, justamente, o

que impõe o Estado de Direito" (NORONHA, Luana. Impessoalidade administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011, v. 76, p. 235).

Em função do princípio da publicidade, que é complementado pela transparência administrativa, conforme ensina Wallace Paiva Martins Júnior, exige-se uma atuação "transparente, sem ocultações de atos e muito menos sigilo em relação aos mesmos. Não se admite mais, nos dias de hoje, que a Administração Publica se utilize de normas e outros procedimentos que tenham o silêncio como a sua característica de atuação" (Princípio da Publicidade. MARRARA, Thiago (org.). Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233).

Desta forma, dada a natureza eminentemente pública das relações que se instauram no âmbito da Administração Pública, ensina o doutrinador referido que o princípio em comento "aponta para anecessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia, dada a natureza pública da gestão administrativa e se espraia à inspeção dos agentes públicos em seu exercício. [...]" (*op. cit*., p. 234).

Portanto, a regra é a ampla transparência, sendo o sigilo exceção, conforme conclui a doutrina: "Salvo apertadas exceções, a tônica deve ser a visibilidade ampla, completa e integral da gestão administrativa, sobretudo porque o destinatário final é o público, razão pela qual a atividade não pode ser secreta ou reservada ao círculo do poder, projetando-se por vários institutos transparentes (audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos administrativos, referendos administrativos, publicações, notificações, direitos de acesso, informação e certidão, motivação, processo administrativo, órgãos colegiados normativos, consultivos ou deliberativos com a participação de indivíduos, segmentos sociais ou associações representativas etc.)" (op. cit., p. 236).

Além da incidência dos dispositivos constitucionais acima referidos, os quais tutelam o direito de acesso à informação pública em geral, decorrente da transparência, impessoalidade e publicidade na administração pública, a legislação ordinária também normatiza tal direito, caracterizando como ato ilícito a conduta de servidor público que nega acesso a informação não abrangidas por sigilo.

O art. 3º, incs. I, II, IV e V, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) confere publicidade às informações no âmbito da administração pública, considerando o direito fundamental de acesso à informação, que apenas é excepcionado nas hipóteses em que o sigilo é legalmente caracterizado:

> *Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:*
>
> *I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;*
>
> *II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;*
>
> *IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;*
>
> *V - desenvolvimento do controle social da administração pública.*

Há um nítido dever do Estado e, por consequência, de seus servidores, posto que agem em seu nome, de garantir o acesso às informações, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.527/2011:

> *Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.*

Diante da solicitação de informação "O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível" (art. 11 da Lei 12.527/2011).

Por outro lado, o sigilo é sempre tratado como exceção, reclamando que a informação seja assim classificada mediante prévio procedimento e, apenas, na hipótese de ser necessário para garantir a segurança da sociedade e do Estado, conforme art. 3º, III, da referida lei:

Art. 3º [...] III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

A negativa de acesso a informações, nos moldes como foi feita no caso tem tela, deve ser acompanhado de decisão administrativa fundamentada.

Inclusive, acaso o servidor público negue acesso a informação sem fundamentação, tal atitude acarreta ao responsável sanções disciplinares, consoante dispõe o art. 7º da mencionada Lei:

> *Art. 7º [...] § 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.*

O art. 32 do mesmo diploma legal reconhece como ilícita a conduta de recusar o fornecimento de informações ou lhes impor sigilo indevidamente, punindo o servidor não apenas funcionalmente, mas por ato de improbidade administrativa:

> *Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejamresponsabilidade do agente público ou militar:*
>
> *I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; [...]*
>
> *V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;*
>
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas: [...]*
>
> *II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
>
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992. (grifo nosso)*

Cabe salientar que os dispositivos acima mencionados foram repetidos pela Lei Estadual nº 4.416/2013 (Acesso à Informação no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul), nos seus arts. 5º, 9º, 10, 15, 19, 20, e 26, § 3º.

Portanto, nota-se que a tese de que o servidor público não tem o dever de se identificar não sobrevive a uma análise detida dos princípios que informam a relação jurídica de direito público e todo o arcabouço legal pertinente.

O dever de fornecer dados identificatórios no âmbito de uma relação jurídica de direito público existe diante de qualquer cidadão.

Assim, com maior razão, também existe o dever de fornecer a identidade quando requisitado por membro do Ministério Público a fim de apurar irregularidades.

Isso porque, para o cumprimento de suas finalidades institucionais, o membro do Ministério Público dispõe do poder de requisitar informações e documentos à órgãos públicos, seus servidores ou pessoas jurídicas de direito privado, bem como promover inspeções e diligências de natureza investigatória, consoante dispõe o art. 26, incs. I, "b" e "c", II, III e IV, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

> *I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...]*
>
> *b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
>
> *c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;*
>
> *II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;*
>
> *III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;*
>
> *IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;*
>
> *V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;*

A propósito, o poder requisitório prescinde da instauração de procedimento administrativo, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requisite informações a órgãos públicos - interpretação do artigo 26, I, "b", da Lei nº 8.625/93. (STJ, 1ª T., Rel. Francisco Falcão, REsp 873565/MG, 05/06/2007, DJ 28/06/2007, p. 880)

Não convence o argumento esboçado pela Corregedoria-Geral de que no caso dos autos, o Promotor de Justiça não teria atribuição para atuar em face da possível irregularidade constatada no setor público naquele momento:

Ademais, ainda que irregularidade houvesse, é evidente que o procedimento correto a ser adotado não seria o eleito pelo sindicato [Clóvis Amauri Smaniotto]. A suposta irregularidade praticada pela servidora

poderia ser objeto de apuração por meio de procedimento e ritos apropriados, os quais não se encontram no rol de atribuições do sindicado, cabendo-lhe, pelo máximo, acionar os órgãos competentes.

Inicialmente, com o devido respeito ao entendimento da comissão sindicante, as atribuições do cargo de membro do Ministério Público são fixadas pela Constituição Federal e pela lei, valendo destacar a atribuição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, bem como zelar pelo respeito aos princípios que regem a Administração Pública, decorrem da própria Constituição Federal e são inerentes a todos os membros do *Parquet*:

> *Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*
>
> *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]*
>
> *II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*
>
> *III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

Digo isto para concluir que, independentemente de qualquer divisão de atribuição interna de áreas de atuação de cada Promotor de Justiça, é dever constitucional de absolutamente todos os membros do Ministério Público zelar pela aplicabilidade e rigidez dos princípios que norteiam a Administração Pública, posto que componentes centrais e basilares da ordem jurídica brasileira.

Internamente, cada órgão do Ministério Público organiza quais Promotores atuarão nos processos pertinentes a estas atribuições. Tal divisão se dá para fins de organização do trabalho, visando a eficiência na atuação, bem como para impedir a designação ad hoc pelo Procurador-Geral de Justiça de membro para atuar neste ou naquele caso, tendo como última ratio a independência funcional.

Não obstante tais divisões de atribuições, não pode o membro do Ministério Público se furtar ao dever de agir quando diante de qualquer situação fática que reclame sua pronta atuação na qualidade de agente político estatal incumbido constitucionalmente de defender a ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Por amor ao poder do argumento, imaginemos a hipótese em que um Promotor de Justiça em um órgão público aguardando ser atendido pelos servidores públicos e, de súbito, constate uma ilegalidade ou a prática de um ilícito penal por parte de servidor público no momento em que este atende outro contribuinte.

Questiona-se: deve o membro do Ministério Público ficar inerte porque, originariamente, está ali na qualidade de cidadão? Deveria ficar inerte sob o argumento de que a divisão interna de trabalho que organiza as atribuições não lhe outorga o poder de agir?

Em ambas as hipóteses a resposta só pode ser negativa.

A notícia de um crime ou de uma irregularidade que açambarque a atividade-fim do Ministério Público pode chegar ao conhecimento de um de seus membros de diversas formas, como uma representação formal, no atendimento ao público, pela mídia e, inclusive, quando o próprio Promotor de Justiça visualiza o fato.

Diante da notícia de um fato desta natureza, o princípio da oficiosidade determina que o Promotor de Justiça deve atuar de ofício, não aguardando qualquer provocação, especialmente quando a urgência do caso requerer.

No caso em análise, a postura do Promotor de Justiça foi apenas de se identificar e registrar o ocorrido para adoção de providências cabíveis. Não há nisto qualquer excesso.

O acionamento da Polícia Militar somente ocorreu em razão de a servidora pública praticar conduta que poderia caracterizar o crime de desobediência. Aqui também não se vislumbra qualquer excesso, uma vez que levar ao conhecimento da autoridade policial a notícia de fato que pode configurar crime é conduta plenamente legítima e obrigatória aos membros do Ministério Público.

Ademais, a comissão sindicante entendeu que a conduta do Promotor de Justiça foi indevida, posto que deveria, na qualidade de membro do Ministério Público, ter acionado os órgãos competentes para tomar as medidas cabíveis diante da suposta irregularidade vislumbrada naquele setor público.

Entretanto, diante desta assertiva cabe o seguinte questionamento:

Como o Promotor de Justiça Clóvis Amauri Smaniotto poderia formular notícia de suposta irregularidade naquele setor da SEFAZ se a ele foi negada a identificação da servidora pública que lhe atendia naquele momento?

Como ele poderia realizar a devida representação perante autoridade competente se a ele lhe foi negado um dado primário (nome e cargo ocupado pela servidora Rozana Ferreira Cintra)?

A identificação dos servidores públicos é ponto fulcral na apuração de irregularidades. Cuida-se de dever elementar dos servidores públicos a apresentação de sua identificação funcional quando assim lhe for exigido.

Portanto, caem por terra os argumentos que questionam a lisura do procedimento adotado pelo Promotor de Justiça e buscam dar ares de legitimidade à conduta da servidora pública que omitiu dados de sua identificação no âmbito de sua atuação no serviço público.

Nesse sentido, o art. 68 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) impõe ao servidor o dever de se identificar, sob pena de incidir em infração penal, no caso contravenção penal:

> *Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:*
>
> *Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.*
>
> *Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência. (grifo nosso)*

Ademais, nos termos do art. 218, VI, da Lei Estadual nº 1.102/1990 (Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul), é dever do servidor público tratar com urbanidade os cidadãos:

> *Art. 218. São deveres do funcionário: [...]*
>
> *VI - tratar com urbanidade os companheiros de serviço e as partes; [...]*

> *Na mesma seara, o art. 116, V, "a", da Lei nº 8.112/1990 explicita esta obrigação do funcionário público que decorre dos princípios da impessoalidade e publicidade:*
>
> *Art. 116. São deveres do servidor: [...]*
>
> *V - atender com presteza:*
>
> *a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; [...]*

Assim, no exercício de suas funções o servidor público não pode impor sigilo à sua identificação.

Retomando o raciocínio esboçado pela Corregedoria do MP, esta afirma não ficou caracterizado crime de desobediência, nos seguintes termos:

Observa-se que para a caracterização do crime de desobediência, necessário se faz a presença de três requisitos, quais sejam (1) a ordem emanada ser legal, (2) o funcionário público ter atribuições para tal determinação e (3) a pessoa a quem foi dirigida a ordem ter obrigação de cumpri-la.

No entanto, nenhum desses requisitos foi preenchido, restando inexistente qualquer crime de desobediência por parte da servidora Rozana (f. 202)

À vista de todo o exposto, reiterando a vênia aos excelentes membros da comissão sindicante, é forçoso concluir que a ordem proferida por Clóvis Amauri Smaniotto, Promotor de Justiça, à servidora pública Rozana Ferreira Cintra, possui cunho legal.

A uma porque é dever dos servidores públicos assim se qualificarem quando exigidos; a duas porque é dever de qualquer membro do Ministério Público zelar pela ordem jurídica e pelos serviços públicos; e a três, a ordem de identificação foi dirigida a quem tinha obrigação legal de atendê-la.

Em face da negativa de cumprir a ordem, entende-se tipificado o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, ou, no mínimo, a contravenção penal de recusa de fornecimento de dados identificatórios, prevista no art. 68 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).

Nesse prisma, não é possível censurar a postura do Promotor de Justiça que, vislumbrando eventual infração penal, acionou a Polícia Militar, a qual, por sua vez, adotou as providências no arco de suas atribuições.

Por fim, cabe analisar o tipo penal contido no art. 3º, "a", da Lei nº 4.898/1965, o qual apenas prevê a modalidade dolosa, reclamando, portanto, ânimo de praticar a conduta sabendo que exorbita do poder, ou seja, com ânimo de perseguição ou injustiça.

No que toca ao elemento anímico do tipo penal em questão, a doutrina é unânime no sentido de ser necessário que os autos evidenciem não apenas a intenção do agente de atentar contra a liberdade de locomoção de outrem, mas, ainda, a intenção da autoridade de abusar de suas prerrogativas com ânimo de vingança.

Nesse sentido, ensinam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, mencionando a jurisprudência pátria:

Os crimes de abuso de autoridade exigem o dolo, salientando Damásio E. de Jesus que o "*crime reclama um ânimo próprio, que é elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo*

o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade. Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato".

Assim, conforme salientado pela jurisprudência, "*no abuso de autoridade, o elemento subjetivo do injusto deve ser apreciado com muita perspicácia, merecendo punição somente as condutas daqueles que, não visando à defesa social, agem por capricho, vingança ou maldade, com o consequente propósito de praticarem perseguições e injustiças. O que se condena, enfim, é o despotismo, a tirania, a arbitrariedade, o abuso, como indica o nomen juris do crime*", pois, "*se o agente age objetivando a defesa social, embora possa se enganar na interpretação dos fatos, supondo que sua ação é correta e legítima, não há que se falar em abuso de autoridade, dada a inexistência do dolo*".

Concluindo, em matéria de abuso de autoridade, é imprescindível a ocorrência de dolo e, assim, não comete o crime o policial que, na suposição de estar agindo corretamente, executa prisão em flagrante, dada a inexistência de dolo. (Legislação Penal Especial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29)

Igualmente, ensinam Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas:

Quanto ao elemento subjetivo, cumpre assinalar que todas as figuras previstas na lei em estudo são dolosas, não sendo prevista a forma culposa. O crime de abuso de autoridade, no dizer de Damásio E. de Jesus:

> *Reclama um ânimo próprio, que é o elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade. Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato.*
>
> *Aliás, nos crimes de abuso de autoridade, o elemento do injusto deve ser apreciado com cuidado, merecendo punição somente as hipóteses em que se constata que o agente agiu com o propósito de vingança, perseguição ou capricho e não no interesse da defesa social. [...]*
>
> *É imprescindível que se proceda uma profunda apreciação do elemento subjetivo do injusto, devendo ser punido apenas aquele que, não visando a defesa social, procede com arbitrariedade, com capricho, maldade, enfim, com o propósito de praticar injustiças.* (Abuso de Autoridade. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27).

Acerca do tema, não é outra a conclusão de Guilherme de Souza Nucci:

> *Configuração do atentado à liberdade de ir, vir e ficar: é preciso que a autoridade restrinja, sem respaldo legal, com intenção de abusar do poder, a liberdade do indivíduo. [...] é fator fundamental a análise do elemento subjetivo específico (vontade de abusar do poder).* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37)

No tocante ao caso dos autos, não se vislumbra qualquer indício de que a conduta do Promotor de Justiça, qual seja, de acionar a Polícia Militar a fim de registrar a ocorrência de possível infração penal, tenha, por si só, o condão de restringir a liberdade de locomoção ou possua o dolo de vingança ou de abusar do poder conferido à autoridade do membro do Ministério Público.

Assim, além de as condutas referidas não se amoldarem ao tipo penal em questão, resta ausente o elemento subjetivo exigido para sua tipificação.

Ademais, eventual conduta que cerceie a liberdade de pessoa no interesse da justiça estará acobertada pela excludente de ilicitude, em razão do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III).

Por fim, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cabe registrar o cabimento e a irrecusabilidade do pedido de arquivamento formulado na hipótese de ação penal de competência originária, como é o caso dos autos:

> *INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. FALTA DE ELEMENTOS PARA DENÚNCIA. PEDIDO IRRECUSÁVEL. INVIABILIDADE DE REVISÃO DA DECISÃO. PRETENSÃO À ASSISTÊNCIA INCABÍVEL ENQUANTO NÃO INSTAURADA A AÇÃO PENAL PÚBLICA. [...]Em sendo requerido o arquivamento de inquérito pelo Parquet, titular da opinio delicti, não é dado ao Relator fazer qualquer objeção, cabendo-lhe, ao contrário, acatar o pretendido Precedentes.* (STJ, AgRg na PET nos EDcl nos EDcl no AgRg no Inq 528/MT, Gilson Dipp, Corte Especial, 12.05.2011, DJe 07.06.2011)
>
> *HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. INVESTIGAÇÃO POLICIAL OU PROCESSO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO PELA CHEFIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DOMINUS LITIS. IRRECUSABILIDADE. 1. A instauração de sindicância administrativa, no âmbito do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça, ainda que tenha havido auxílio policial, não é suficiente à incidência do tipo do artigo 339 do Código Penal, na sua redação originária, que requisitava instauração de investigação policial ou processo judicial.2. É irrecusável o pedido fundamentado de arquivamento do inquérito policial pelo Procurador-Geral de Justiça, ratificado ao depois, pela chefia subseqtente do Ministério Público Estadual, porque na sua função constitucional de dominus litis da ação penal pública (Constituição da República, artigo 129, inciso I).3. Ordem concedida. (STJ, HC 44426/PE, Hamilton Carvalhido, 6ª T., 28.03.2006, DJ 02/05/2006, p. 393) I. STF: competência penal originária por prerrogativa de função que, cuidando-se de titular de mandato eletivo, firma-se na data de diplomação e faz nulo o recebimento da denúncia posterior a ela. II. Processo penal de competência originária dos tribunais: irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia.* (STF, AP 371 QO, Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 12.05.2004, DJ 04.06.2004)
>
> *INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" - ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL -AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" -IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL - RECURSO NÃO CONHECIDO. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO, A PEDIDO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, POR AUSÊNCIA DE "OPINIO DELICTI" - IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE O DEFERE - REQUISITOS QUE CONDICIONAM A REABERTURA DAS INVESTIGAÇÕES PENAIS. - É irrecorrível a decisão que acolhe pedido de arquivamento de inquérito policial ou de peças consubstanciadoras de "notitia criminis" (RT 422/316), quando deduzido pelo Procurador-Geral da República, motivado pelo fato de não dispor de elementos que lhe possibilitem o reconhecimento da existência de infração penal, pois essa promoção - precisamente por emanar do próprio Chefe do Ministério Público - traduz providência de atendimento irrecusável pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvada, no entanto, a possibilidade de reabertura das investigações criminais (CPP, art. 18 - Súmula 524/STF), desde que, havendo provas substancialmente novas* (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT

> 674/356, v.g.), *a prescrição da pretensão punitiva do Estado ainda não tenha ocorrido. Doutrina. Precedentes. IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM SEDE DE "AGRAVO REGIMENTAL". - Não cabe sustentação oral, em sede de "agravo regimental", considerada a existência de expressa vedação regimental que a impede (RISTF, art. 131, § 2º), fundada em norma cuja constitucionalidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal* (RTJ 137/1053 - RTJ 152/782 - RTJ 158/272-273 - RTJ 159/991-992 -RTJ 184/740-741, v.g.). (STF, Pet 2820 AgR, Celso de Mello, Tribunal Pleno, 25.03.2004, DJ 07.05.2004)

Portanto, à vista das razões expostas, impõe-se o arquivamento dos autos.

Ante o exposto, voto pelo arquivamento das presentes peças de informação, com fundamento no art. 1º da Lei n. 8.038/90.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (2º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (3º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (8º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, após o relator e os Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa da Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho e Romero Osme Dias Lopes determinarem a remessa das peças para análise do Colégio dos Procuradores do Ministério Público, enquanto que o Des. Vladimir Abreu da Silva vota pelo arquivamento das peças. os demais aguardam.

VOTO (EM 03.12.2014)

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (4º Vogal):

Pedi vista para melhor análise.

De acordo com o conjunto probatório encartado aos autos, na mesma linha de entendimento do relator, vislumbro a presença dos elementos necessários para formar, de maneira segura, o juízo quanto à possível ocorrência do crime de abuso de autoridade, máxime pela dinâmica dos fatos, que por si, confere, com riqueza de detalhes, como tudo se procedeu.

Assim, voto acompanhando o relator, no sentido de remeter as peças de informação ao Colégio de Procuradores do Ministério Público, para deliberação quanto à representação formulada.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (5º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (6º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (8º Vogal):

De acordo com o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (9º Vogal):

De acordo com o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (10º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (11º Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, determinaram a remessa das peças ao colégio de procuradores do ministério público, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 03 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0059219-48.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE – MÉRITO – CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – QUITAÇÃO DO CONTRATO RECONHECIDO PELA PROMITENTE VENDEDORA – RECUSA NA ENTREGA DA ESCRITURA DO BEM – OBRIGATORIEDADE DA TRANSFERÊNCIA RECONHECIDA – ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – DIREITO À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – 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 o julgamento da apelação, 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.

Comprovada a regularidade do compromisso de compra e venda, assim como a quitação do preço, o promitente comprador tem direito à adjudicação compulsória do imóvel, independentemente de eventual inadimplemento contratual entre os requeridos, uma vez que o autor é terceiro adquirente de boa-fé.

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 do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Espólio de Marcos Fernando Hugo Rodrigues, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Adjudicação Compulsória que Ananias Freitas da Silva move em face de Engeterra - Engenharia de Loteamento e Construção Ltda, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial para o fim de suprir a outorga dos promitentes vendedores e determinar a transferência para o requerente do imóvel objeto da Matrícula n. 96.372 do CRI do 1º Ofício desta Comarca.

Suscita preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que o contrato de compra e venda não foi firmado entre o apelante e autor. Assim, legitimado passivo é o promitente vendedor, única pessoa capaz de realizar a transferência do domínio.

No mérito, relata que o imóvel não está e nunca foi registrado em nome da empresa Engeterra, que firmou o contrato de promessa de compra e venda com o apelado. E ainda, a aludida empresa não possuía procuração pública com poderes para representar o espólio e realizar transações de alienações de imóveis.

Afirma que a empresa Engeterra - Engenharia de Loteamento e Construção Ltda foi notificada pelos herdeiros do apelante na data de 1 de março de 2007, através do Cartório de Títulos e Documentos desta Comarca, para que não realizasse qualquer alienação à terceiros em razão de sua inadimplência contratual.

Relata que o termo de quitação expedido pela Engeterra na data de 20 de julho de 2009 foi emitido antes da data de assinatura do contrato de compra e venda celebrado com o apelado, que ocorreu em 25 de setembro de 2009, onde faltavam 25 (vinte e cinco) parcelas para a quitação. Além disso, não consta a assinatura dos representantes do espólio, e não houve o repasse dos pagamentos realizados aos herdeiros. Logo, é nulo o aludido termo de quitação.

Explica que faltou ao requerente um dos requisitos indispensáveis para a procedência da demanda, qual seja, o pagamento integral do preço.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Espólio de Marcos Fernando Hugo Rodrigues, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Adjudicação Compulsória que Ananias Freitas da Silva move em face de Engeterra - Engenharia de Loteamento e Construção Ltda, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial para o fim de suprir a outorga dos promitentes vendedores e determinar a transferência para o requerente do imóvel objeto da Matrícula n. 96.372 do CRI do 1º Ofício desta Comarca.

O requerente propôs a presente ação alegando, em síntese, ter firmado contrato particular de compromisso de compra e venda do imóvel descrito na exordial com Aurelino Freitas da Silva no dia 20.07.2009, tendo o aludido bem sido originalmente adquirido por Dalva Batista Coelho mediante contrato de promessa de compra e venda celebrado com a requerida, sendo que Dalva Batista Coelho vendeu o imóvel para Anelize Schoder que, por sua vez, vendeu-o para Aurelino Freitas da Silva que o transferiu para o requerente.

Afirmou que o bem foi adquirido por R$ 8.256,00 mediante 48 parcelas mensais de R$ 153,00 que foram integralmente pagas, razão pela qual recebeu termo de quitação, porém a requerida não transferiu a escritura do imóvel para o seu nome.

Relatou que foi surpreendido com a notícia de que seu contrato de compra e venda tinha sido anulado por falta de cumprimento.

O magistrado a quo determinou que o autor regularizasse a inicial em razão do imóvel estar registrado em nome de terceiro (f. 32), porém assim não o fez, motivo pelo qual a inicial foi indeferida (f. 37/39).

Por essa razão, o requerente interpôs recurso de apelação, tendo esta Corte reformado a sentença, e determinado o normal prosseguimento do feito. (f. 64/67)

O juiz de primeiro grau determinou então a inclusão do apelante no polo passivo da demanda. (f. 70)

Em sede de contestação, o requerido pugnou pela improcedência do pedido. (f. 83/92)

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial para o fim de suprir a outorga dos promitentes vendedores e determinar a transferência para o requerente do imóvel objeto da Matrícula n. 96.372 registrada no CRI do 1º Ofício desta Comarca.

Irresignado, recorre o requerido a esta Corte, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que o contrato de compra e venda não foi firmado entre o apelante e autor. Assim, legitimado passivo é o promitente vendedor, única pessoa capaz de realizar a transferência do domínio.

No mérito, relata que o imóvel não está e nunca foi registrado em nome da empresa Engeterra, que firmou o contrato de promessa de compra e venda com o apelado. E ainda, a aludida empresa não possuía procuração pública com poderes para representar o espólio e realizar transações de alienações de imóveis.

De início analiso a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo requerido.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo recorrente, o recurso não pode ser conhecido nesta parte.

Não obstante a ilegitimidade passiva ser matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, tal questão restou superada quando da análise do recurso de apelação interposto pelo autor (f. 64/67), tanto que o magistrado *a quo*, às f. 139, fundamentou que *"A alegação de ilegitimidade passiva do Espólio de Marcos Fernando Hugo Rodrigues restou superada com o provimento do recurso de apelação"*.

Assim, em atenção à segurança jurídica e a estabilidade da coisa julgada, não há como discutir a matéria alegada pelo apelante, ainda que se trate de ordem pública.

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 do julgamento da apelação, 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:

> *"EMENTA – 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.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Consoante preconizam os artigos 15 a 17 do Decreto nº 58/37:

"Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16. Recusando-se os compromitentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados, por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos 10 dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório.

§ 1º Se nada alegarem dentro desse prazo, o juiz, por sentença, adjudicará os lotes aos compradores...

Art. 17. Pagas todas as prestações do preço, é lícito ao compromitente requerer a intimação judicial do compromissário para, no prazo de trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura de compra e venda".

Verifica-se que o autor pretende a adjudicação compulsória do imóvel (lote) n. 06, Quadra 35, do Loteamento Montevideu, Matrícula n. 96.372 registrada no CRI do 1º Ofício desta Comarca.

Com efeito, tal pedido e a ação pressupõem que haja um compromisso de compra e venda quitado e a negativa na transferência da propriedade imóvel do vendedor para o comprador.

A jurisprudência é uníssona em admitir a utilização da ação de adjudicação compulsória para os mais diversos casos de recusa na outorga da escritura definitiva do imóvel, vejamos:

> *"A adjudicação compulsória tem como requisitos a apresentação da promessa de compra e venda registrada no cartório de registro de imóveis, a inexistência de cláusula de arrependimento, a prova da quitação do preço e a recusa do promitente vendedor à outorga da escritura definitiva de compra e venda."* (TJ-RJ - APL: 223531820008190038 RJ 0022353-18.2000.8.19.0038, Relator: Des. Celia Meliga Pessoa, Data de Julgamento: 12/01/2012, Decima Oitava Camara Civel)

Assim, verificada a possibilidade de adjudicar-se o referido imóvel ao compromissário comprador, valendo como título para a transcrição, como se pretende na hipótese vertente, deve-se analisar se houve contrato de promessa de compra e venda, o cumprimento das obrigações assumidas pelo promitente comprador (quitação do preço) e a recusa na entrega do imóvel.

O requerente demonstrou às f. 13/21 ter firmado contrato de compra e venda do imóvel com a empresa Engeterra - Engenharia de Loteamento e Construção Ltda na data de 08 de setembro de 2009 pelo valor de R$ 8.256,00 a ser pago em 48 parcelas iguais de R$ 153,00.

Constou ainda no contrato que 23 parcelas estavam pagas e que caberia ao requerente o pagamento das 25 parcelas que faltavam (parágrafo segundo da cláusula segunda – f. 14).

Em relação às obrigações assumidas pelo promitente comprador (pagamento integral do preço ajustado), não restam dúvidas acerca de seu cumprimento, uma vez que a própria vendedora reconheceu a quitação das parcelas assumidas, conforme f. 11 e 58.

Além disso, às f. 23/25 constam os recibos das últimas parcelas relativas ao preço do imóvel.

Conforme fundamentou o magistrado *a quo*:

> *"Qualquer discussão sobre a falta de prova da quitação das 25 parcelas restantes restou superada, uma vez que a primeira requerida nominada reconheceu que o requerente quitou todas as parcelas do contrato." (f. 181)*

Por fim, com relação a outorga da escritura definitiva do imóvel, dúvidas não há da negativa por parte do requerido apelante que, diante da comprovação da quitação do imóvel, deveria outorgar ao autor a dita escritura, porém assim não o fez.

Por essa razão, preenchidos os requisitos, impõe-se a procedência do pedido inicial.

No mesmo sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA QUITADO - ADQUIRENTE DE BOA-FÉ - DIREITO À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.*
>
> *1. COMPROVADA A REGULARIDADE DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, BEM COMO A QUITAÇÃO DO PREÇO, O PROMITENTE COMPRADOR TEM DIREITO À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA DO IMÓVEL, INDEPENDENTEMENTE DE REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA (SÚM 239 DO STJ) (...)"* (TJ-DF - APC: 20090910203010 DF 0005172-12.2009.8.07.0009, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 14/05/2014, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/05/2014 . Pág.: 100)

> *"Compromisso de venda e compra. Adjudicação compulsória. Quitação incontroversa do preço pelo promissário. Recusa injustificada e, afinal, verificada, examinando-se a presença das condições da ação, que podem ter superveniente atendimento, no momento do deslinde. Sentença mantida. Recurso desprovido."* (TJ-SP - APL: 00026599120118260229 SP 0002659-91.2011.8.26.0229, Relator: Claudio Godoy, Data de Julgamento: 14/01/2014, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/01/2014)

> *"Apelação. Compromisso de compra e venda. Adjudicação compulsória. Quitação do imóvel bem como das demais obrigações dele inerentes. Obrigatoriedade da transferência reconhecida. Sucumbência. Aplicação do princípio da causalidade, já que foi a apelante quem deu causa à propositura da ação. Sentença mantida. Recurso improvido."* (TJ-SP - APL: 00001496820098260458 SP 0000149-68.2009.8.26.0458, Relator: Mauro Conti Machado, Data de Julgamento: 17/10/2014, 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 17/10/2014)

O apelante alega ainda que o imóvel não está e nunca foi registrado em nome da empresa Engeterra, sendo que esta não possuía procuração pública com poderes para representar o espólio e realizar transações de alienações de imóveis.

Novamente sem razão.

Isso porque, verifica-se que a empresa Engeterra e o inventariante do espólio requerido, firmaram contrato de Compra e Venda de Carteira Imobiliária, cujo objeto foi 49 (quarenta e nove) lotes de propriedade do espólio, neles incluído o lote *sub judice*. (cláusula primeira – f. 110)

Ademais constou na cláusula 5ª do supracitado contrato que:

> *"O proprietário vendedor outorga à Empresa Engeterra os direitos de Venda e Administração Direta da Carteira Imobiliária dos 49 lotes relacionados na Cláusula Primeira deste instrumento, dando-lhe poderes para assinar Contrato de Compra e Venda, efetuar cancelamento de Contrato de Compra e Venda de clientes inadimplentes, registrar Contrato de Compra e Venda, podendo requerer tais providências junto ao Cartório de Registro competente. (f. 111)*

Logo, ao vender o imóvel ao autor, detinha a empresa Engeterra poderes para tanto, que foram inclusive outorgados pelo inventariante do apelante, razão pela qual não merece amparo a pretensão do apelante.

Registre-se ainda ser o autor adquirente de boa-fé, de modo que o inadimplemento contratual entre os requeridos (Engeterra e apelante) não pode ser oponível ao requerente.

Nessa linha:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE HIPOTECA C/C ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO. QUITAÇÃO DO FINANCIAMENTO. INEFICÁCIA DA GARANTIA PERANTE O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ, TERCEIRO NA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO. SÚMULA N.º 308 DO STJ.*
>
> *É assente na jurisprudência o entendimento no sentido de que, tendo honrado com a totalidade de suas obrigações, quitando todo o financiamento, o promitente comprador, adquirente de boa-fé, fica excluído dos ônus decorrentes da inércia da construtora, que não*

> *resgatou a hipoteca junto ao banco financiador da construção. Não tendo, o adquirente, qualquer participação na relação jurídica de direito substancial estabelecida entre o Banco e a construtora, a hipoteca é ineficaz em relação a ele."* (TJ-RS - AC: 70046965794 RS , Relator: Pedro Celso Dal Pra, Data de Julgamento: 16/02/2012, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/02/2012)
>
> *"AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. A HIPOTECA NÃO PODE SER ESTENDIDA A TERCEIROS ADQUIRENTES DE BOA-FÉ E QUE CUMPRIRAM INTEGRALMENTE COM AS SUAS OBRIGAÇÕES. SE HOUVER MÁ-FÉ DO DEVEDOR HIPOTECÁRIO, CONTRA ELE DEVE VOLTAR-SE O CREDOR E NÃO CONTRA O COMPRADOR DO IMÓVEL. EXEGESE DA SÚMULA 308 DO STJ. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA QUE DEVEM SER MAJORADOS, MAS RESSALVANDO QUE INCIDE, NO CASO, O § 4º DO ART. 20 DO CPC. APELO DO BANCO DESPROVIDO E RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053084679, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 25/04/2013)"* (TJ-RS - AC: 70053084679 RS , Relator: Elaine Harzheim Macedo, Data de Julgamento: 25/04/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/05/2013)

Assim, eventual inadimplência contratual entre os requeridos deve ser discutida em vias próprias, não tendo a presente demanda finalidade para tal.

Desta feita, se o requerente firmou contrato de compra e venda e quitou as parcelas convencionadas com a empresa Engeterra, que se apresentou como representante do apelante e que, como acima fundamentado, detinha, até então, poderes para a celebrar contrato de compra e venda do imóvel, não há falar em reforma da sentença.

Pelo exposto, conheço em parte do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

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

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

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800285-43.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA DURANTE O PERÍODO DE RECESSO FORENSE – ALVARÁ DE SOLTURA NÃO CUMPRIDO – PRISÃO INDEVIDA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o dever de indenizar decorrente do dolo ou culpa encontra-se assentado no concurso de três requisitos: o evento danoso, a conduta ilícita do agente e o nexo de causal.

Verificada a falha na prestação do serviço público, consistente no não cumprimento do alvará de soltura, tendo o autor permanecido indevidamente preso pelo período de aproximadamente nove meses, julga-se procedente o pedido de indenização por danos morais.

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, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Consoante estabelece o art. 20, § 4º do CPC:*"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".*

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, 27 de janeiro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Maikon Cesar Ferreira Benedito, interpõe apelação cível nesta Corte, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim de condenar o réu a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor este sobre o qual deverão incidir juros e correção monetária na forma do art. 1º F da Lei nº. 9.494/97, uma única vez até o efetivo pagamento.

Alega ser assente na construção pretoriana pátria, que o art. 37, § 6º, da Constituição da República não se aplica aos atos judiciais.

Relata que o *quantum* indenizatório deve se ater aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como à realidade social de nosso Estado, que se esforça para conservar uma arrecadação positiva e atender os serviços pelos quais é responsável. Se o Estado for condenado a pagar tamanha quantia, consequentemente será obrigado a reduzir as despesas com serviços que presta e deve à sociedade. Logo, pugna pela redução do *quantum*.

Afirma que os honorários advocatícios devem ser reduzidos, atendida a razoabilidade, em observância as alíneas do §3º do art. 20 do CPC.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Maikon Cesar Ferreira Benedito, interpõe apelação cível nesta Corte, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim de condenar o réu a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor este sobre o qual deverão incidir juros e correção monetária na forma do art. 1º F da Lei nº. 9.494/97, uma única vez até o efetivo pagamento.

O autor propôs a presente demanda alegando ter sido preso em flagrante delito no dia 25/12/11 pela suposta prática dos crimes previstos no art. 129, §9º e 147 do Código Penal c/c artigo 7º, incisos I e II da Lei nº: 11.340/2006.

Relatou que ao ser recolhido, a Autoridade Policial arbitrou fiança no importe de R$600,00 (seiscentos reais), conforme auto de prisão em flagrante e autos do processo penal nº: 0000045-87.2012.8.12.0029.

Afirmou que imediatamente após a prisão, ingressou, através da Defensoria Pública, com pedido de liberdade provisória sem fiança por incapacidade econômica, tendo o pedido sido "deferido" por meio de decisão judicial no dia 27/12/2011.

Asseverou que na data dos fatos o Poder Judiciário estava em recesso de final de ano e, em razão disso, quem proferiu decisão no pedido formulado pelo autor foi o Exmo. Juiz plantonista de Eldorado, o qual encaminhou a decisão para esta cidade e Comarca mediante e-mail no dia 28/12/2011.

Explanou que por ser época de final de ano (recesso), houve uma omissão no cumprimento da decisão, uma vez que o alvará de soltura não foi devidamente cumprido, passando o autor cerca de 09 (nove) meses recolhido indevidamente, tendo o seu processo ficado parado por mais de 08 (oito) meses sem ao menos ter sido citado.

Defendeu que contratou os serviços de advogado particular no final do mês de agosto de 2012, sendo que somente após a contratação do profissional foi constatada a omissão, tendo o erro sido corrigido após pedido do advogado constituído. Logo, teve prejuízo e passou por imenso constrangimento, tendo em vista que permaneceu encarcerado no Presídio de Segurança Máxima de Naviraí desde o final de 2011 até o dia 10/09/12, mesmo sendo merecedor da liberdade provisória, conforme determinação judicial datada de 28/12/2011, a qual não foi devidamente cumprida.

Por essa razão, pediu a procedência do pedido.

Devidamente citado, o requerida manifestou-se pelo improcedência dos pedidos. (f. 93/102)

O magistrado a quo julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim de condenar o réu a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor este sobre o qual deverão incidir juros e correção monetária na forma do art. 1º F da Lei nº. 9.494/97, uma única vez até o efetivo pagamento.

Inconformado, o Estado de Mato Grosso do Sul recorre a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

Para tanto, alega que o art. 37, § 6º, da Constituição da República não se aplica aos atos judiciais. E mais, pugna pela redução do *quantum* indenizatório, bem como da verba honorária.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo apelante, o recurso não merece provimento.

A questão cinge-se em apurar a responsabilidade do Estado, bem como verificar a existência dos danos morais alegados pelo apelado.

Com efeito, estabelece o art. 37, § 6º, 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 nos casos de dolo ou culpa".*

Sobre o dispositivo em comento, pertinente é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

> *"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".(Direito Administrativo Brasileiro, 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).*

Contudo, em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o dever de indenizar decorrente do dolo ou culpa encontra-se assentado no concurso de três requisitos: o evento danoso, a conduta ilícita do agente e o nexo causal.

Segundo lição do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello:

> *"(...) 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.*

(...) Em suma: a ausência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

(...) 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 um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva." (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 21ª edição, pág. 956/958)

Veja-se a lição de Rui Stoco *in* Tratado de Responsabilidade Civil" - T. Ed., RT, p. 997:

"Para nós, cabe logo adiantar, a obrigação de indenizar do Estado tanto pode decorrer da responsabilidade objetiva (art. 37, §6°, da CF/88), como da responsabilidade subjetiva, por força da teoria do ato ilícito, a significar que a omissão do Estado, seja específica de seu preposto, ou decorrente de falta ou falha anônima do serviço, empenha a identificação de culpa, formada pela teoria subjetiva"

Nesse sentido é a jurisprudência:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ACIDENTE CAUSADO POR BURACO NA PISTA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSALIDADE – DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DO ACIDENTE – ÔNUS DA VÍTIMA – RECURSO IMPROVIDO.

(...)

Em se tratando de ato omissivo do poder público, aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva, onde o lesado deve comprovar a negligência da administração, o dano e o nexo de causalidade.

Compete ao autor o onus probandi atinente ao fato constitutivo de seu direito, de acordo com a regra esculpida no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil." (Apelação - Nº 0204530-04.2010.8.12.0002, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR ATO OMISSIVO – DANOS CAUSADOS À TRANSEUNTE EM DECORRÊNCIA DE QUEDA MOTIVADA POR DESNÍVEL EXISTENTE NA CALÇADA CAUSADO POR RAÍZES SALIENTES DE ÁRVORE – RESPONSABILIDADE QUE DEVE SER TRATADA COM BASE NA TEORIA SUBJETIVA – DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PACÍFICAS – DANO MORAL – VALOR ARBITRADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

Nas condutas omissivas do Poder Público, a doutrina e jurisprudência dominante têm reconhecido a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação

> *de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada."* (Apelação - Nº 0000963-79.2011.8.12.0012, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, j., 12 de março de 2013)

E ainda, menciona o art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal de 1988:

> *"Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *LXXV – O estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;"*

Conforme se denota da leitura dos arts. 5º, LXXV e 37, § 6º, ambos da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, incluído aqui, sem sombra de dúvidas, os casos em que o indivíduo ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Compulsando os autos, denota-se que o apelado foi preso em flagrante na data de 25/12/2011 pela prática dos crimes previstos no art. 129, §9º, e 147 do Código Penal c/c artigo 7º, incisos I e II da Lei nº: 11.340/2006. O aludido ato se deu durante o recesso forense, ocasião em que estava em funcionamento o sistema de plantão. (f. 18 e seguintes)

Após a sua prisão, a Defensoria Pública Estadual ingressou com pedido de liberdade provisória em seu favor, vez que este não possuía recursos para pagar a fiança que fora arbitrada no importe de R$ 600,00 (seiscentos reais). – f. 31

Por conseguinte, na data de 27/12/2011, o magistrado de plantão deferiu o pedido de liberdade provisória formulado pelo autor (f. 66).

Contudo, não obstante a decisão concessiva de liberdade, o autor permaneceu preso.

Conforme fundamentou o magistrado *a quo:*

> *"Ocorre que mesmo com referida ordem judicial, o autor não foi posto em liberdade. Sobreveio Ação Penal intentada pelo Ministério Público Estadual, a qual foi distribuída em 11/01/2012 (fls. 12). A denúncia foi recebida em todos os seus termos, conforme decisão de fls. 67/68 proferida em 10 de maio de 2012, e nesse ínterim o autor continuava preso, apesar de decisão proferida em plantão judicial pelo magistrado plantonista ter lhe deferido a liberdade provisória." (f. 119)*

Diante disso, o apelado constituiu advogado particular, ocasião em que somente após a contratação do causídico, foi determinado o cumprimento da decisão supra. (f. 70/71)

A decisão que determinou a expedição de alvará de soltura em favor do autor foi prolatada em 06/09/2012, tendo sido cumprida na mesma data, conforme documentos de f. 73 e 78.

Por essa razão, chega-se a conclusão que o requerente ficou preso, indevidamente, do dia 27/11/11 (data da decisão proferida pelo magistrado plantonista), até o dia 06/09/12 (data em que foi efetivamente solto), evidenciando o dano suportado em razão da falha perpetrada por agentes do Estado.

Desse modo, constatada a omissão por parte da Administração Pública, na qualidade de seus agentes, que foram negligentes em não observarem a ordem judicial de soltura do autor, impõe-se o dever de reparação.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — MANUTENÇÃO INDEVIDA DE PRISÃO – OMISSÃO NO CUMPRIMENTO DO ALVARÁ DE SOLTURA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO.*
>
> *Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade decorre da prática de ato ilícito, apurável mediante verificação da culpa – em qualquer de suas modalidades – ou do dolo.*
>
> *02. A quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) mostra-se razoável e proporcional para indenizar a parte autora, atendendo aos fins preventivo e compensatório a que se destina.*
>
> *03. Recurso conhecido e não provido."* (Apelação n. 0007722-71.2011.8.12.0008, Juiz Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, j., 5 de agosto de 2014)

E mais:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA (...) PRISÃO APÓS ABSOLVIÇÃO - OMISSÃO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO - DANO MORAL PURO - QUANTUM - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS - LEI FEDERAL N. 11.960/09 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF) - PRECEDENTE DO STJ EM REPETITIVO.*
>
> *(...) É admitida a responsabilidade do Poder Público por atos judiciários, especialmente quando realizada prisão pela ausência de comunicação ao juízo de execução a respeito do acórdão absolutório, o que configura a responsabilidade civil subjetiva do Estado por ato omissivo.*
>
> *- Para que surja o dever de indenizar, na modalidade culposa, é mister que concorram três elementos: o dano, a conduta ilícita e o nexo causal entre os dois primeiros.*
>
> *- Demonstrado o dever de agir por parte do poder público, bem como a sua conduta omissiva, devido se mostra o pleito indenizatório.*
>
> *- A demonstração do dano nos casos de prisão indevida é in re ipsa, já que a repercussão é inerente ao ato lesivo, o que enseja o denominado dano moral puro..."* (TJ-MG - AC: 10480081160719001 MG , Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 20/02/2014, Câmaras Cíveis / 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/02/2014)
>
> *"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO APÓS SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO. INTERVALO DE SETE MESES. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI AO JUÍZO DA 10ª VARA CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO IMPULSO OFICIAL E AO ARTIGO 251 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MANUTENÇÃO DOS DANOS MORAIS. REDISTRIBUIÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL (...)"* (TJ-PR - AC: 7297809 PR 0729780-9, Relator: Ruy Cunha Sobrinho, Data de Julgamento: 07/06/2011, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 663)

Logo, não há falar em reforma da sentença.

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 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 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."*
>
> (TJ/MS, Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o requerido 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 o constrangimento moral suportado pelo ofendido, tenho que o *quantum* indenizatório deve ser mantido em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), por se mostrar condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para a parte ré, evitando a reiteração de atos análogos.

No que tange a verba honorária, também não merece reforma a sentença vergastada.

Preceitua o art. 20, § 4º do CPC:

> *"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". (destacado).*

Por sua vez, as alíneas do § 3° dispõem:

> *§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:*
>
> *a) o grau de zelo do profissional;*
>
> *b) o lugar de prestação do serviço;*
>
> *c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."*

Ao comentar sobre o artigo 20 do Código de Processo Civil, Theotônio Negrão preleciona que:

> *"O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art. 20, §3º do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes" (RT 509/169) (legislação processual em vigor de Theotônio Negrão, 36ª edição, p. 132)*

Nelson Nery Júnior é categórico ao lecionar que:

> *"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. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária"* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, p. 313-314).

Pelo que se observa dos dispositivos acima citados, nas causas em que não houver condenação, nas execuções, embargadas ou não, naquelas em que for vencida a Fazenda Pública, são devidos os honorários advocatícios.

Por outro lado, a verba honorária terá de ser fixada segundo apreciação eqüitativa, levando-se em consideração o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ou seja, em conformidade com o §3º do art. 20 do CPC.

E mais, de acordo com a atual jurisprudência do STJ, nas lides em que for sucumbente a Fazenda Pública, o Juiz pode fixar os honorários advocatícios em um valor fixo ou em percentual incidente sobre o valor da causa ou da condenação, sempre de forma equitativa. Confira o referido entendimento:

> *PREVIDENCIÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO NO STJ. DESNECESSIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97). NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.*

DESCABIMENTO. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC. AGRAVOS NÃO PROVIDOS.

(...)

6. "Nas lides em que for sucumbente a Fazenda Pública, o Juiz, mediante apreciação equitativa e atendendo às normas estabelecidas nas alíneas do art. 20, § 3º do CPC, poderá fixar os honorários advocatícios em um valor fixo ou em percentual incidente sobre o valor da causa ou da condenação, não estando vinculado aos limites estabelecidos no referido dispositivo" (AgRg no REsp 1.331.281/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/09/13).

7. Agravos regimentais não providos. (STJ - AgRg no REsp 1331500/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014)

No caso vertente, observa-se que o magistrado *a quo* condenou a Fazenda Pública ao pagamento de 15% sobre o valor atualizado da condenação, quantia esta que se mostra razoável e proporcional, levando-se em consideração o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ou seja, em conformidade com o §3º do art. 20 do CPC.

Assim, mantém-se a sentença apelada.

Pelo exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 27 de janeiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0831250-54.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA – PLANO DE SAÚDE – APLICABILIDADE DO CDC – RECUSA IMOTIVADA DE COBERTURA ASSISTENCIAL – DANO MORAL *IN RE IPSA* – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Afasta-se a preliminar de falta de interesse de agir quando o ingresso em juízo se mostra indispensável para a efetiva obtenção do bem pretendido, e desde que o processo se afigure útil para esse fim.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula 469 do STJ).

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a recusa indevida/injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do usuário.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Amil Assistência Médica Internacional S/A interpõe Apelação em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido nesta Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Dano Moral e Material movida por Mariana França Ordacowski, tornando definitiva a liminar concedida para obrigar a apelante a efetuar o custeio do tratamento médico para realização do parto de alto risco, bem como condenando-a ao pagamento de R$ 600,00 (seiscentos

reais) a título de danos materiais e R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) a título de danos morais, ambos em favor da apelada.

Suscita preliminar de falta de interesse de agir, alegando que não se negou a realizar a cobertura de gastos com a saúde da apelada.

No mérito, insiste em dizer que em nenhum momento se negou a realizar a cobertura ao procedimento pleiteado.

Alega que não se vislumbra qualquer humilhação, vexame ou constrangimento que ensejasse danos morais, que são elementos necessários para a imputação de responsabilidade.

Alega ainda que deve ser levado em consideração que o valor arbitrado é um tanto abusivo e sem qualquer parâmetro, e em caso de manutenção da condenação, a indenização deverá ser fixada segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos iniciais. (fls. 154-166)

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 171-176)

VOTO

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

Trata-se de Apelação interposta por Amil Assistência Médica Internacional S/A em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nesta Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Dano Moral e Material movida por Mariana França Ordacowski.

Consta nos autos que a apelada é usuária dos serviços de assistência à saúde prestados pela empresa apelante, porém, teve negada a cobertura dos procedimentos de acompanhamento de gravidez de alto risco e parto, sendo obrigada a custeá-los de forma particular, o que motivou o ajuizamento da presente ação.

Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela, determinando que a apelante efetuasse, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o depósito em juízo da importância de R$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais) referente às despesas com a equipe médica que realizou o parto, bem como para que custeasse todas as consultas semanais da apelada durante o pré e pós-parto com o Dr. Wilson Ayach. (fls. 70-71)

A sentença julgou procedente o pedido, tornando definitiva a liminar concedida, bem como condenando a apelante ao pagamento de R$ 600,00 (seiscentos reais) a título de danos materiais e R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) a título de danos morais, ambos em favor da apelada. (fls. 146-151)

Nas suas razões recursais a apelante suscita preliminar de falta de interesse de agir, alegando que não se negou a realizar a cobertura de gastos com a saúde da apelada.

No mérito, insiste em dizer que em nenhum momento se negou a realizar a cobertura ao procedimento pleiteado. Alega que não se vislumbra qualquer humilhação, vexame ou constrangimento que ensejasse danos morais, que são elementos necessários para a imputação de responsabilidade. Alega ainda que deve ser levado em consideração que o valor arbitrado é um tanto abusivo e sem qualquer parâmetro, e em caso de manutenção da condenação, a indenização deverá ser fixada segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Passo primeiramente à análise da preliminar de falta de interesse de agir.

É consabido que o interesse processual é composto pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação. A necessidade consiste na indispensabilidade do ingresso em juízo para a efetiva obtenção do bem pretendido, e desde que o processo se afigure útil para esse fim. Por fim, a adequação revela-se pela relação de pertinência entre a situação fática narrada e o meio processual utilizado.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA EMPRESA AUTORA. RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADO E QUITAÇÃO CONTRATUAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. O interesse de agir se evidencia quando presente o trinômio necessidade-utilidade-adequação, ou seja, quando é imprescindível a intervenção da estrutura do Poder Judiciário para a solução de um conflito, quando o processo se mostra hábil para este fim, bem como quando tal instrumento é adequado para propiciar o resultado pretendido. (...)* (TRT-4 - RO: 00014689620115040221 RS 0001468-96.2011.5.04.0221, Relator: Berenice Messias Corrêa, Data de Julgamento: 10/10/2013, Vara do Trabalho de Guaíba).

De acordo com a doutrina:

> *A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda.*
>
> *Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. (...)* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Método, 2009. p. 78-79)

No vertente caso, a apelada ingressou com a presente demanda visando a condenação da apelante na obrigação de fornecer a cobertura assistencial contratada, bem como em indenização por danos materiais e morais sofridos. Logo, restou evidente a presença do interesse processual.

Ademais, a comprovação das alegações e a consequente procedência do pedido é questão a ser analisada no mérito da demanda.

Por isso, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir.

No mérito, a controvérsia se resume na ocorrência ou não de negativa de cobertura assistencial por parte do plano de saúde, bem como na existência de danos morais.

Cumpre esclarecer, de início, que a relação aqui tratada é de consumo, razão pela qual incidem as normas protetivas ao consumidor, em especial os princípios da vulnerabilidade técnica, interpretação das cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor, etc.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 469, com a seguinte redação: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*, pondo fim à discussão sobre o tema.

No caso em tela, a apelada alegou e comprovou que no mês de abril de 2013 descobriu que se encontrava grávida de gêmeos, cuja gestação foi considerada de alto risco pelo profissional que a atendeu. (fls. 38-39, 46-47 e 59)

Comprovou ainda os contatos que manteve com a apelante para agendamento das consultas e demais procedimentos necessários (fls. 48-57). Inclusive, foi juntada cópia da denúncia feita junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, na qual a apelada relata a dificuldade no recebimento de atendimento adequado de seu plano de saúde. (fls. 64-66)

A apelante, por sua vez, apenas apresentou defesas evasivas com o intuito de se eximir da responsabilidade, todavia, em nenhum momento comprovou tais fatos.

Inclusive, foi necessária a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pelo juízo de origem, obrigando a apelante à efetuar o depósito dos valores referentes aos honorários médicos, para não prejudicar a realização do parto, o que reforça o inadimplemento contratual por parte do plano de saúde. (fls. 70-71)

Nesse contexto, comprovada a negativa indevida da cobertura assistencial à saúde da apelada, não há razões para reforma da sentença nesta parte.

No que diz respeito aos danos morais, a jurisprudência perfilha o entendimento de que a recusa injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, caracteriza dano moral *in re ipsa*, ou seja, que dispensa comprovação, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do usuário.

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO DANOS MATERIAIS E MORAIS EM RAZÃO DA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, RECONHECIDO O DANO MORAL E ARBITRADA A INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE.*
>
> *1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1444176/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 30/05/2014)

Esta Corte não destoa:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – APLICABILIDADE DO CDC – TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE CONVENIADO – NEGATIVA DE TRATAMENTO – DEVER DE COBRIR O TRATAMENTO DA DOENÇA – ATO ILEGAL DO PLANO DE SAÚDE - DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.* (Apelação - Nº 0801342-71.2012.8.12.0005, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 3ª Câmara Cível, j., 27 de agosto de 2013)

> *A recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Ademais não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação.* (TJMS – Apel. Nº 0062088-18.2010.8.12.0001 - Campo Grande -5ª Câmara Cível - Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - 22 de novembro de 2012)

Em relação ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais, é cediço que o seu objetivo 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).
>
> *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).

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.

Neste caso, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelo ofendido, vislumbro que o *quantum* indenizatório arbitrado pelo juízo *a quo* (R$ 7.500,00), mostra-se condizente com a extensão do dano e apto à servir de punição para o ofensor, evitando a reiteração de atos análogos.

Destarte, não havendo fundamentos suficientes para a reforma da sentença, impõe-se a sua manutenção e o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar, e no mérito nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar 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. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0004269-63.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – LEGITIMIDADE PARA ABERTURA DE INVENTÁRIO – RECURSO DESPROVIDO.

Sendo o executado já falecido na data do ajuizamento da ação executiva, isto é, sem capacidade passiva para estar em juízo, é inviável a substituição pelo espólio se não foi aberto inventário, devendo, deste modo, ser extinta a execução, por ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Município de Três Lagoas contra decisão proferida pelo juiz da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da Ação de Execução Fiscal movida contra Claudio Batista Moraes.

Em síntese, alega que:

> *I - a manutenção da sentença extintiva beneficiará os herdeiros do devedor em detrimento dos cofres do município, já que não houve abertura de processo sucessório;*
>
> *II - "É corriqueiro o descaso de meeiros/herdeiros no sentido da não abertura do procedimento sucessório e, com isso, beneficiar-se da suporta 'ausência de capacidade processual'" (sic – f. 69), destacando que o julgador poderia ter determinado de ofício a suspensão da execução até o pagamento do parcelamento ou início do inventário conforme lhe autoriza o art. 989 do CPC;*
>
> *III - "se o óbito não for de pessoa pública o município não tem como saber se o contribuinte é falecido ou não" e que "as disposições contidas no artigo 4º, III e VI da Lei 6.830/80 c/c o artigo 131, II e III, do CTN, deixa bem clara a possibilidade de responsabilizar o espólio ou herdeiros pelos débitos deixados pelo falecido, servindo, desta forma como fundamento para o regular prosseguimento presente ação de execução fiscal, mormente no caso presente da confissão espontânea de dívida e seu regular pagamento" (sic- f. 72).*

Requer, por fim, a insubsistência da sentença, determinando-se o cumprimento do disposto no art. 989 do CPC e posterior substituição do pólo passivo da presente para o espólio inventariante.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Município de Três Lagoas contra decisão proferida pelo juiz da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas nos autos da Ação de Execução Fiscal movida contra Claudio Batista Moraes.

Extrai-se dos autos que a execução foi movida em maio de 2010 contra executado falecido em 13 de outubro de 2000, consoante faz prova a certidão de f. 59, restando assim a impossibilidade de citação do devedor, pois se não há pressuposto de validade, capacidade para estar em juízo, não há formalização da relação processual.

De acordo com o art. 988, inciso IX, do CPC, cabe à Fazenda Pública, no interesse de seu direito de receber o crédito fiscal objeto da presente lide, efetuar a abertura do inventário, *in verbis*:

> *"Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha.*
>
> *Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:*
>
> *(..) IX – a Fazenda Publica, quando tiver interesse"*
>
> *Neste sentido é o entendimento desta Egrégia Corte:*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – HERDEIROS DESCONHECIDOS – FAZENDA PÚBLICA – LEGITIMIDADE PARA ABERTURA DE INVENTÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Sendo a executada já falecida, é de ser extinta a execução fiscal.*
>
> *Fica impossibilitada a substituição do sujeito passivo da lide por seu espólio, ante o desconhecimento dos herdeiros e a inexistência de inventário.*
>
> *A Fazenda Pública pode promover a abertura de inventário desde que tenha interesse em legitimar a sucessão na forma do artigo 988, inciso IX, do CPC."* (Apelação Cível - Execução - N. 2004.004200-0 - Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro - Quarta Turma Cível - 04.7.2006).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO NA DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – LEGITIMIDADE PARA ABERTURA DE INVENTÁRIO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Sendo o executado já falecido na data do ajuizamento da ação executiva, isto é, sem capacidade passiva para estar em juízo, é inviável a substituição pelo espólio se não foi aberto inventário, devendo, deste modo, ser extinta a execução, por ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo."* (Apelação Cível - Execução - N. 2005.012554-1- Relator - Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello - Quarta Turma Cível - 20.9.2005).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO NA DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – LEGITIMIDADE PARA ABERTURA DE INVENTÁRIO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Sendo o executado já falecido na data do ajuizamento da ação executiva, isto é, sem capacidade passiva para estar em juízo, é inviável a substituição pelo espólio se não foi aberto inventário, devendo, deste modo, ser extinta a execução, por ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo."* (Apelação Cível - Execução - N. 2004.013122-8 - Rel. Des. Rêmolo Letteriello - Quarta Turma Cível - 14.12.2004).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – HERDEIROS DESCONHECIDOS – FAZENDA PÚBLICA – LEGITIMIDADE PARA ABERTURA DE INVENTÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Sendo a executada já falecida, é de ser extinta a execução fiscal.*
>
> *Fica impossibilitada a substituição do sujeito passivo da lide por seu espólio, ante o desconhecimento dos herdeiros e a inexistência de inventário.*
>
> *A Fazenda Pública pode promover a abertura de inventário desde que tenha interesse em legitimar a sucessão na forma do artigo 988, inciso IX, do CPC."* (Apelação Cível - Execução - N. 2004.011063-4 - Rel. Des. João Maria Lós - Quarta Turma Cível - 28.10.2004).

Dessarte, a manutenção da decisão vergastada, que extinguiu o feito por ausência de pressuposto de validade e constituição do processo, qual seja, a capacidade processual da parte, é medida que se impõe.

Ex positis, nego provimento à apelação cível.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0021869-26.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AÇÃO COLETIVA – CELÍACOS – FRANQUIA DE REDE DE LANCHONETES DO TIPO *FAST FOOD* – ALIMENTOS PREPARADOS SOB ENCOMENDA CONTENDO GLÚTEN – PRODUTOS NÃO INDUSTRIALIZADOS – LEI 10.674/03 – AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INSERIR INFORMAÇÃO NAS EMBALAGENS – EXPRESSÃO "CONTÉM GLÚTEN" QUE DEVE SER INFORMADA NOS CARDÁPIOS E PUBLICIDADE DO ESTABELECIMENTO – AUSÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DE AÇÃO COLETIVA – ACOLHIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A razão de ser da Lei nº 10.674/03 é dar efetividade à garantia consumerista da publicidade em relação à presença de glúten nos alimentos, proteína encontrada em cereais que é prejudicial aos celíacos, possuindo, pois, finalidade preventiva já que no primeiro contato com o produto o consumidor passa a ter a informação acerca da sua presença ou não, evitando assim que consuma itens que possam lhe causar dano à saúde. O seu artigo 1º, impôs a obrigação de informação aos produtos industrializados, que não inclui os comercializados em lanchonetes e afins por força do art. 5º, inciso I do Decreto n. 7.212/2010.

2. Tratando-se de lancheria, o primeiro contato do consumidor é com o cardápio ou a publicidade dos produtos disposta no interior da loja, sendo que a informação constante em embalagens em que entrega os pedidos já realizados não atingirá o fim proposto pela norma. Porém, em respeito ao CDC, a obrigação permanece quanto à inserção das informações nos cardápios e demais materiais de publicidade do estabelecimento, uma vez que decorrentes do próprio dispositivo legal e da finalidade da Lei 10.674/03.

3. A fim de preservar a igualdade e a segurança jurídica, não podemos falar em dano moral coletivo tendo como fato gerador, unicamente, violação de regra de conduta transindividual consistente na ausência de informação.

4. De acordo com o art. 18 da Lei nº 7.347/85 e art. 87 do CDC não haverá condenação da associação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, salvo se comprovada sua má-fé, situação que impede a compensação prevista no art. 21 do CPC. Logo, sobrevindo sucumbência recíproca na lide, deve ser arbitrado o valor dos honorários advocatícios e condenada a parte contrária ao de 50% da verba.

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 parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de Apelações Cíveis interpostos por Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de MS e Moreno's Lancheria Ltda contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Coletiva de Consumo c/c Danos Morais Coletivos.

Associação dos Aposentados, Pensionaistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul, defende (f. 287/308) que:

I) a apelada deve fazer constar nas embalagens de seus produtos, não só a informação contém ou não contém glúten, mas também a advertência de que *'o glutén é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca'*;

II) condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, como medida pedagógica por colocar em risco a saúde e até mesmo a vida dos consumidores celíacos em consequência da falta de informação;

III) condenação somente da apelada do pagamento dos honorários advocatícios, excluindo a compensação de tais verbas, tendo em vista que a associação é isente de tal condenação.

Moreno's Lancheria Limitada suscita em seu apelo (f. 372/381 e f. 386/395) que é inaplicável ao caso do disposto nos artigos 6º, III e 31 do CDC, pois referem-se a produtos que apresentam riscos ao consumidor em geral, o que não é o caso, já que o glúten é contraindicado apenas aos portadores de doença celíaca.

Defende, ainda, a inexistência de dano moral coletivo, pugnando pela improcedência dos pedidos contidos na exordial.

Devidamente intimados às f. 401, somente Moreno's Lancheria Limitada apresentou contrarrazões (f. 403).

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às f. 434/447 pelo desprovimento do recurso de apelação interposto por Moreno's Lancheria Limitada e, parcial provimento do recurso da Associação dos Aposentados, Pensionaistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul para que faça constar nas embalagens de seus produtos, não só a informação contém ou não contém glúten, mas também a advertência *'o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca'*, bem como, à condenação em dano moral coletivo.

VOTO

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

Trata-se de procedimentos recursais de Apelações Cíveis interpostos por Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de MS e Moreno's Lancheria Ltda contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Coletiva de Consumo c/c Danos Morais Coletivos.

Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul propôs ação coletiva em face de Moreno's Lancheria Limitada, com pedido de substituição imediata das embalagens dos produtos alimentícios por ela industrializados ou comercializados, bem como dos materiais de divulgação de tais, fazendo constar a expressão *'contém glúten – o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca'*, além da indenização por danos morais coletivos.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos, determinando à requerida que inclua em seus rótulos, embalagens e publicidade dos produtos por ela fabricados as expressões *'contém glúten'* ou *'não contém glúten'*.

A autora interpôs recurso de apelação pleiteando a condenação em dano moral coletivo além da inclusão da frase *"o glutén é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*.

A requerida também recorreu contra a sentença, defendendo que já constam informações em placas e nos cardápios a respeito do glúten, além da exclusão da obrigação contida na lei n. 10.674/2003 uma vez que seus produtos não são industrializados, ou seja, a embalagem não é o primeiro elemento de contato com o cliente, razão pela postula a improcedência da demanda,

Como ambas as pretensões (constar ou não informação) se fundam no mesmo fundamento jurídico, serão analisadas em conjunto.

A Lei nº 10.674/03 dispõe que os produtos alimentícios comercializados devem informar sobre a presença de glúten como medida preventiva e de controle da doença celíaca, conforme se vê da regra de conduta insculpida em seu art. 1º:

> *"Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.*
>
> *§ 1º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura".*

Ocorre que, como cediço, para se chegar a razão de ser da norma a fim de alcançar seu principal objetivo, nem sempre deve-se seguir apenas a interpretação literal para a solução jurídica que a situação reclama, aliando a ela a gramatical e teleológica.

Este é o caso dos autos, em que a melhor aplicação do direito implica ao exegeta o cotejo dos métodos interpretativos para consagrar aquele que melhor se coadune com os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Na lição de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Editora forense. 19ª edição; p. 124) fazendo referência ao Estatuto da Universidade de Coimbra, de 1772: "*descobrem-se o sentido e alcance de uma regra de direito ao perquiri qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto (...) este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descumprimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela*".

Igualmente pelo STJ:

> *"(...) A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe por imperativo da missão constitucional desta Corte e observância aos métodos de exegese que devem nortear a conduta do hermeneuta. VI - A melhor interpretação não se subordina servilmente às palavras da lei, nem usa raciocínios artificiais para enquadrar friamente*

os fatos em conceitos prefixados, porém se preocupa com a solução justa, com olhos voltados para a lógica do razoável, na expressão de Recasens Siches (...) (REsp 234.385/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000, p. 177)"

A razão de ser da Lei nº 10.674/03 é dar efetividade à garantia consumerista da publicidade em relação à presença de glúten nos alimentos, proteína encontrada em cereais que é prejudicial aos celíacos, possuindo, pois, finalidade preventiva já que no primeiro contato com o produto o consumidor passa a ter a informação acerca da sua presença ou não, evitando assim que consuma itens que possam lhe causar dano à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se manifestar acerca da questão nos autos do REsp 586.316, assim decidiu:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA.DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS.DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA.ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca.2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que ab-rogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do mandamus, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão "contém glúten" com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam.3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado.4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do

Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6°, III).8. Informação adequada, nos termos do art. 6°, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do caveat emptor como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.13. Inexistência de antinomia entre a Lei 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança.14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência.15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela.16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte.17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no homo medius ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas,

> *embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos.22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.* (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009)

Nesse mesmo sentido se manifestou quando da apreciação do REsp 722.940. Porém, em ambos os casos a discussão girava em torno de informação em produtos industrializados e comercializados em grande escala, que não abre margem para maiores discussões acerca da necessidade de cumprimento da norma com a informação precisa nas embalagens dos itens, principalmente considerando que serão vendidos em prateleiras de livre escolha do consumidor, o que torna ainda mais imprescindível a especificação e o alerta.

Ocorre que para o caso posto à apreciação, de nada adianta constar nas 'embalagens' dos produtos tal informação, uma vez que se trata de empresa que comercializa lanches manufaturados mediante prévia escolha do cliente no seu cardápio ou publicidade interior e para consumo imediato, utilizando de acondicionamento adequado para o seu transporte, não se enquadrando na determinação do art. 1º da Lei 10.674/03 que trata da obrigatoriedade à itens industrializados.

Aliás, a questão já foi objeto de apreciação em outros Estados, sendo oportuno destacar a decisão proferida pelo Desembargador Fábio José Bittencourt Araújo do Tribunal de Justiça do Alagoas que julgou causa muito próxima a destes autos, igualmente interposta contra rede de lanchonetes do tipo fast food:

> *CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO DA LIDE ORIGINÁRIA PARA QUE O RÉU FOSSE SUBSTITUÍDO PELO TERCEIRO INTERESSADO, ORA AGRAVANTE. SUBSTITUIÇÃO NÃO CONCEDIDA. VERIFICAÇÃO EX OFFICIO DE EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A CONSEQUENTE INCLUSÃO DO RECORRENTE NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. DOENÇA CELÍACA. OBRIGAÇÃO DE QUE TODOS OS ALIMENTOS INDUSTRIALIZADOS CONTENHAM EM SEU RÓTULO A EXPRESSÃO "CONTÉM GLÚTEN" OU "NÃO CONTÉM GLÚTEN". COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS MANUFATURADOS E NÃO INDUSTRIALIZADOS. DESNECESSIDADE DE INSERÇÃO DA ADVERTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.*
>
> *1.A Lei n. 10.674/03 obriga que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca, prevê em seu artigo 1º que todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.*
>
> *2. No caso em apreço, os gêneros alimentícios comercializados pela agravante não se tratam de produtos industrializados, uma vez que a industrialização implica operações que modifiquem a natureza, a apresentação ou a finalidade do produto, o que não se vislumbra nos autos, porquanto os produtos postos ao comércio pela apelada são manufaturados.*
>
> *3. Recurso conhecido e parcialmente provido.* (TJAL - Agravo de Instrumento n.º 0800535-27.2013.8.02.0900 - Obrigação de Fazer / Não Fazer - 1ª Câmara Cível - Relator:Des. Fábio José Bittencourt Araújo)

Do corpo desse acórdão se extrai:

> *21. A legislação determina que os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten. No que consta dos autos, tal determinação vem sendo devidamente cumprida pela parte agravante, visto que os produtos industrializados por ela comercializados gozam de embalagem própria, individual, com rótulos e demais informações sobre suas características de fabricação em estrito cumprimento a legislação, conforme claramente identificável nas embalagens carreadas aos autos (pp.21-22 e pp. 29-41).*
>
> *22. Por sua vez, os produtos não industrializados, nos termos da lei, estão dispensados desta obrigatoriedade, já que são preparados para consumo imediato, no restaurante logo após a realização do pedido pelo consumidor, o qual tem acesso a diversos meios informativos no salão da loja.*

Há que se ressaltar que a requerida é franqueada da rede Girafas e, como tal, faz uso de embalagens que são padronizadas para todas as unidades da federação (art. 334 do CPC) e confeccionadas para atender à necessidade do acondicionamento para transporte de alimentos de consumo imediato e não industrializados. Tanto é que alimentos outros, tais como saladas e carnes, são servidos em pratos de vidro para consumo local.

Por outro lado, ainda que se partisse para uma interpretação literal da norma, constata-se que a obrigação fora imposta apenas aos produtos industrializados[1], não incluindo os comercializados pelo requerido, consoante se infere do art. 5º, inciso I do Decreto n. 7.212/2010, *verbatim:*

> *Art. 5º. Não se considera industrialização:*
>
> *I – o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação:*
>
> *a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor;*

Repita-se, no caso dos autos o produto a ser consumido não corresponde ao primeiro contato do consumidor, mostrando-se a informação na embalagem em que o pedido é entregue ao consumidor sem qualquer utilidade.

Neste sentido, colhe-se julgado deste Tribunal:

> *"Não tem lógica e é contraproducente exigir que empresa de fast food cuja característica é a venda de produto sem montagem predefinida, formado a partir da escolha do cliente, inclua, no momento da embalagem, quando o lanche já está pronto para consumo, a expressão CONTÉM GLÚTEN ou NÃO CONTÉM GLÚTEN. Essa escolha é feita antecipadamente pelo cliente, o qual já tem prévio conhecimento dos produtos que contém ou não referidos ingredientes, e são divulgados na rede da empresa agravante, quer por meio de internet, quer por meio de tabelas explicativas dos ingredientes que integram o produto à venda, inclusive a existência ou não de glúten, além da expressa advertência de que se o cliente for portador de intolerância alimentar de qualquer natureza, no ato de escolha dos ingredientes, deve comunicar ao respectivo atendente, para evitar sua inserção no lanche que será montado a partir de sua exclusiva indicação. III) Mostra-se eficaz o modo já adotado pela empresa, por meio da disponibilização de*

1 "Todos os alimentos industrializados (...)"

> *tabelas nutricionais à vista do consumidor, que, ao montar seu lanche, já tem a informação sobre quais produtos contém ou não glúten. (...)* (TJMS – 4ª Câmara Cível Agravo Nº 0021122-45.2012.8.12.0000 – Campo Grande – Relator Des. Dorival Renato Pavan – J. 18 de setembro de 2012)

Dito isso, na hipótese versada nestes, o primeiro contato do consumidor é com o cardápio ou a publicidade, sendo que a informação constante em embalagens não atingirá o fim proposto pela norma que, como visto é que o cliente obtenha o conhecimento no instante antecedente à escolha e compra.

Porém, em que pese não esteja o requerido obrigado a comunicar em suas embalagens, até porque tal não logra êxito em atingir o fim a que a lei se propõe, não está eximido de cientificar o consumidor acerca da presença da proteína em seus produtos, uma vez que tal decorre de imposição legal.

Assim, em que pese quando do julgamento do agravo de instrumento n. 2011.018780-1 tenha determinado, em sede de antecipação de tutela, a inclusão nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados pela requerida a advertência *"Contém Glúten – o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, após reanálise, agora mais minuciosa, acerca da matéria versada nestes autos, hei por bem rever aquele posicionamento pelos motivos acima declinados.

Portanto, o recurso da empresa requerida, Moreno's Lancheria Limitada merece parcial provimento para afastar a obrigação de servir seus alimentos preparados sob encomenda em embalagens contendo a informação sobre a existência ou não de Glúten. Todavia, a obrigação deve permanecer quanto à inserção das informações nos cardápios e demais materiais de publicidade do estabelecimento, uma vez que decorrentes do próprio dispositivo legal e da finalidade da norma.

Passo à análise do pedido de acréscimo da informação de que "*'o glutén é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca*", formulado pela Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a alegação de que muito embora os celíacos conheçam dos malefícios que a ingestão da proteína acarreta, a advertência dos riscos é conteúdo que se impõe por lei, tratando-se de direito básico do consumidor.

Mais uma vez há que se dizer que os julgados do STJ acima mencionados versavam sobre produtos industrializados e comercializados em grande escala, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Ora, a lei 10.674/03 se limita a exigir o aviso acerca da existência ou não de glúten e para produtos industrializados, sendo certo que é princípio geral de direito que preceitos restritivos de direito tem interpretação restrita.

Ademais disso, é fato notório (art. 334 do CPC) e, portanto, de exigência desnecessária que se informe à determinada parcela da população o óbvio, já que, como reconhecido pela própria requerente, os celíacos sabem que o glúten lhes é prejudicial.

Assim, da mesma forma que o diabético sabe que o açúcar é prejudicial e os intolerantes à lactose conhecem dos malefícios que o consumo de leite pode lhes causar, também os celíacos detém a informação dos riscos pelo consumo do glúten, que certamente não obtiveram por meio de avisos nos produtos, mas sim de profissionais da área médica especializados no caso.

Assim de posiciona a jurisprudência:

> *"O glúten, substância existente em diversos produtos alimentícios, não deve ser consumido por um grupo de pessoas que possuem a doença celíaca, motivo pelo qual consta na embalagem de todos os alimentos compostos dela a advertência "contém glúten".*

> *A exigência do Ministério Público de fazer constar nos rótulos a frase “”a existência do glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos””não pode prosperar, pois não é viável que todos os produtos contenham os inconvenientes que podem causar a um grupo de determinadas pessoas, a não ser que apresente risco à saúde dos consumidores em geral, o que não é o caso.* (TJMG - Apelação Cível 1.0000.00.249724-6/000, Relator(a): Des.(a) Dorival Guimarães Pereira , 6ª Câmara Cível, julgamento em 05/08/2002, publicação da súmula em 01/10/2002)”.
>
> *“Se a lei não obriga os fabricantes de alimentos a constar na embalagem ou rótulo de produtos que possuem glúten a expressão de que “o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca”, não cabe ao julgador determinar (...).* (TJMS - 4ª Câmara Cível - Apelação Nº 0021874-48.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. 8 de abril de 2014)”.

Assim, afasto o pedido de fazer constar informação adicional de que o glúten é prejudicial aos celíacos.

Quanto ao pedido de condenação da requerida à indenização por dano moral coletivo em razão da ausência de publicidade a respeito da existência de glúten em seus alimentos, melhor sorte não assiste à autora.

Consolidado na jurisprudência da Corte Superior que a violação do direito, *por si só*, não é fato gerador do dano moral. Vejamos:

> *“O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.”* (REsp 876.527/RJ) (AgRg no AREsp 287.870/SE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 05/06/2013)
>
> *“Conforme precedente específico desta Corte, o inadimplemento do contrato, na hipótese, não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo* (Terceira Turma, Recurso Especial n.º 1.129.881/RJ, relatoria do Min. Massami Uyeda,) (AgRg no AgRg no REsp 1179336/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012)*”*

Em que pese o entendimento seja em relação aos direitos individuais, mais precisamente em relação ao inadimplemento contratual, perfeitamente aplicável ao caso em tela pois onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito já que não se pode dar tratamento desigual à situações análogas.

Dessa forma, não se fala em *damnum in re ipsa*, seja em se tratando de situação individual ou coletiva.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou o STJ quando afirmou que não há se falar em dano moral coletivo tendo como fato gerador, unicamente, a violação de regra de conduta transindividual:

> *“A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação*

> *por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilicitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da fluid recovery, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos* (REsp 1293606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014)".

Inclusive, no AgRg no REsp 1305977/MG, o Ministro Relator Ari Pargendler reiterou que "a Primeira Seção desta Corte possui entendimento no sentido de que a natureza do dano moral não se coaduna com a noção de transindividualidade, de modo que se tem rechaçado a condenação em danos morais quando não individualizado o sujeito passivo, de modo a se poder mensurar o sofrimento psíquico que possibilita a fixação de indenização".

Oportuno destacar que a Corte Superior reconhece a ocorrência de abalo moral coletivo em casos que versam sobre dano ambiental, uma vez que nestes se está diante de prejuízo concreto e existente, ao contrário do que se vê no caso em apreço, onde se discute agravo hipotético causado pela simples violação ao dever de publicidade.

Ainda em relação à ofensa moral, nada impede que o titular do direito transindividual, porém individualmente considerado e diante de um dano concreto sofrido em razão da ausência de informação, ajuíze ação indenizatória contra quem o deu azo.

Por fim, quanto ao pedido de afastamento da condenação da requerente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, verifica-se que o julgador *a quo,* diante da sucumbência recíproca, determinou que cada parte arque com a verba de seu patrono e com 50% das custas processuais, estas suspensas a exigibilidade em relação à autora nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85.

Ou seja, o juiz aplicou o método da compensação dos honorários sucumbenciais, nos termos do art. 21 do CPC e da Súmula nº 306 do STJ. Todavia, de acordo com o art. 18 da Lei nº 7.347/85 e art. 87 do CDC não haverá condenação da associação autora em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, salvo se comprovada sua má-fé, situação que impede a compensação prevista no art. 21 do CPC.

Logo, sobrevindo sucumbência recíproca, deveria o julgador de instância primeva ter arbitrado o valor dos honorários advocatícios e condenado a requerida ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) de tal verba.

Nesse sentido:

> *"(...) Verificada, no julgamento do apelo especial, a sucumbência recíproca e não ficando comprovada a má-fé da Associação autora, impõe-se que a instituição financeira recorrente arque com a metade das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na decisão de primeiro grau, vedada a compensação, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85. Recurso especial parcialmente provido.* (STJ - REsp 609.329/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 07/02/2013)*"*

> *"Ante a sucumbência recíproca verificada nesta instância especial, bem como em face da ausência de comprovação de litigância de má-fé do autor, deverá a instituição financeira arcar com a metade das custas processuais e dos honorários advocatícios*

> *fixados na r. sentença, não havendo falar em compensação, por força do estatuído no artigo 18, da Lei nº 7.347/85.4. Agravo regimental improvido, com observação.* (STJ - AgRg no REsp 699871/DF, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 285)".

No caso, aplicável o disposto no §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil que determina a fixação equitativa do valor da verba sucumbencial. Analisando os requisitos elencados pelo §3º do mesmo dispositivo, especialmente a natureza e importância da causa, o trabalho zeloso desenvolvido pelos causídicos que atuaram no feito e o tempo de duração do processo arbitro em R$ 2.000,00 (dois mil reais) os honorários advocatícios de sucumbência.

Diante do acima exposto, a requerida deverá arcar com 50% desse valor, sendo vedada a compensação por força do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e art. 87 do CDC.

Ex positis, contrariando o parecer da PGJ:

(a) dou parcial provimento ao recurso interposto pela requerida Moreno's Lancheria Ltda para afastar a obrigação de inserir a expressão "Contém Glúten" ou "Não Contém Glúten" nos rótulos e embalagens dos alimentos por ela fabricados sob encomenda dos consumidores, permanecendo, porém, a obrigação de inserir a referida expressão nos cardápios e na publicidade existentes no estabelecimento;

(b) dou parcial provimento ao apelo manejado pela autora Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul para arbitrar os honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, condenando a requerida no pagamento de 50% (cinquenta por cento) de tal verba, vedada a compensação, por força do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e art. 87 do CDC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0126206-08.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE CUMULAR COM MULTA MORATÓRIA – NATUREZA DISTINTA – MINORAÇÃO DA PORCENTAGEM – VALOR MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO.

1. Possuindo a taxa de fruição e a cláusula penal moratória naturezas jurídicas diversas, não há se falar em *bis in iden*, o que somente ocorreria caso tivessem a mesma finalidade. Assim, inexiste óbice para que o credor demande em juízo postulando, cumulativamente, o recebimento do *"que deixou de ganhar"* e a multa.

2. Se a taxa de fruição visa indenizar o credor pelo período em que o inadimplente usufruiu do imóvel sem pagar alugueres, o seu valor deve corresponde ao de mercado da atividade locatícia, razão pela qual não se mostra abusiva a cláusula que a fixou em 1%.

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, 27 de janeiro de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por José Dilson Oliveira contra decisão proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse movida por Financial Imobiliária Ltda.

Em apertada síntese, alega que deve ser excluída a condenação nos valores referentes à fruição do bem, uma vez que não pode ser cumulado com a cláusula penal sob pena de configuração do *bis in iden* e subsidiariamente, postula a redução do valor da taxa de fruição de 1% sobre o valor do contrato, para o valor corresponde a 0,5%.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por José Dilson Oliveira contra decisão proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação de Rescisão de Contrato c/c Reintegração de Posse movida por Financial Imobiliária Ltda.

Defende o apelante que configura *bis in idem* a condenação ao pagamento de taxa de fruição conjuntamente com a cláusula penal.

Como cediço, a taxa de fruição tem caráter ressarcitório pelo período em que o proprietário deixou de auferir rendas por estar o imóvel na posse injusta do comprador/inadimplente e, por sua definição, enquadra-se como uma hipótese de lucros cessantes - *o que deixou de ganhar* – do art. 402 do Código Civil.

Veja por parte deste Tribunal:

> *"(...) A taxa de fruição tem como fato gerador a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, devendo a taxa corresponder ao período de inadimplência, no qual o comprador usufruiu o imóvel sem efetuar o pagamento das prestações. (...)."* (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2004.013435-8/0000-00 - Campo Grande, 13/12/2004, Relator Des. Hamilton Carli).

> *"(...) A taxa de fruição tem como fato a ocupação indevida do imóvel pela promitente compradora, que usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações. A retro taxa corresponde ao período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações (a partir da inadimplência até a data da efetiva devolução do bem. (...)"* (TJMS; Apelação Cível n. 2004.004984-6/0000-00 - Campo Grande, 29/11/2004, 3ª Turma Cível).

De outro lado, a cláusula penal moratória - ou multa contratual - tem caráter punitivo, ou seja, pune o cumprimento de uma obrigação assumida e como tal, não possui natureza indenizatória.

Dessa forma, não há qualquer óbice para que o credor demande em juízo postulando, cumulativamente, o recebimento do *"que deixou de ganhar"* e a multa.

Este o entendimento desta 3ª Câmara Cível:

> *"No caso de inadimplência, tem lugar a rescisão do contrato de compra e venda com a reintegração na posse do bem. Se o contrato foi rescindido por culpa da parte ré, responde ela pelo pagamento da multa contratual e indenização a título de perdas e danos, consistente na depreciação do veículo objeto do contrato, a ser compensada nas prestações a cuja restituição faça jus* (AC n. 0818614-90.2012.8.12.0001. Relator Des. Eduardo Machado Rocha)".

Assim, possuindo natureza jurídica distinta e finalidade diversa, impossível falar em *bis in iden* na cumulação da taxa de fruição e multa contratual.

Outro não é o entendimento deste Sodalício:

> *"É possível o pagamento de indenização pela fruição do bem quando o promitente comprador permanecer no imóvel sem pagar as parcelas. Admite-se a cumulação da cláusula penal com a cláusula de fruição do bem por não representarem oneração excessiva ao consumidor."* (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.024082-1/0000-00 - Campo Grande. - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 28.9.2009).

> *"Admite-se a cumulação da cláusula penal com a cláusula de fruição do bem que, no caso versando, é de 0,5% (meio por cento) ao mês do preço atualizado de mercado do imóvel, devendo o pagamento desta corresponder a todo o período em que o comprador esteve na posse do imóvel, até a efetiva entrega das chaves (...)".* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.005025-1/0000-00 - Campo Grande - Quinta Turma Cível – Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – j. em 30.4.2009)

> *"A cumulação da denominada cláusula penal com a "taxa de fruição" do bem imóvel é admissível, consoante jurisprudência majoritária. (...)"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.025585-0/0000-00 - Campo Grande - Quinta Turma Cível – Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – j. em 20.8.2009)

> *"Não há falar em bis in idem na cobrança de cláusula penal e taxa de fruição, sendo possível cumulá-las, porquanto aquela se origina da simples inexecução culposa do contrato, não se exigindo nem sequer que o credor alegue prejuízo, e esta última é devida pelo tempo de utilização do bem."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.016800-7/0000-00 - Campo Grande - Quarta Turma Cível – Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – j. em 24.6.2008).

Corrobora o entendimento de naturezas jurídicas distintas o fato de o contrato de f. 26, em sua cláusula 5ª, prever o pagamento da multa contratual (*caput*) e, de forma independente no seu §2º, acrescer ao valor dela a taxa de fruição.

Somente haveria *bis in idem* caso o contrato prevesse juntamente com a cláusula penal, indenização pelo período que não usufrui do imóvel. Porém, o instrumento em análise não possui tal previsão, razão pela qual afasta-se a alegação da parte.

Com base em tal fundamento - naturezas jurídicas distintas – constata-se a possibilidade da cumulação da taxa de fruição e da cláusula penal compensatória, o que torna impositiva a manutenção da sentença neste ponto.

Subsidiariamente, o recorrente requereu a redação da taxa de fruição de 1% sobre o valor do contrato para 0,5 %.

A indenização pelo tempo de fruição do imóvel pode ser comparada a um aluguel pago pelo ocupante do bem pelo período em que dele usufruiu, até mesmo porque a sentença determinou a devolução das prestações pagas pelo bem.

Assim, admitir-se a simples restituição dos valores pagos sem indenizar a compromitente vendedora caracterizaria manifesto enriquecimento ilícito do apelante que ocupou o imóvel sem pagar pelo uso – eis que se tornou inadimplente - enquanto que a apelada, efetiva proprietária, esteve privada de sua posse.

Nesse sentido:

> *CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. (...) 5. PERDAS E DANOS. ALUGUEL. DEBITO RENEGOCIADO. Devida a indenização pelo uso do imóvel desde a imissão na posse até a sua retomada, equivalendo a uma espécie de aluguel pelo período de moradia gratuita, segundo os critérios fixados na sentença, estes não impugnados. Dever dos RR. de indenizar o débito de consumo de água renegociado pela A., relativo ao período que imóvel estava na posse dos RR. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS E NEGARAM PROVIMENTO AO DA AUTORA. UNÂNIME.* (Apelação Cível Nº 70023457625, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 17/04/2008). Grifou-se.

> *APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DO CONTRATO. RETENÇÃO DE VALORES A TÍTULO DE CLÁUSULA COMPENSATÓRIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO USO E FRUIÇÃO - ALUGUÉIS. Em sendo evidente que a inadimplência da promitente compradora foi o fato determinante da resolução contratual, afigura-se correto o abatimento, na quantia a ser devolvida pela autora, de parte do montante relativo aos valores pagos, a título de cláusula penal, no percentual contratado (20% do valor das parcelas pagas e a serem devolvidas). Percentual esse admitido pela jurisprudência como sendo razoável e adequado, sobretudo na consideração do caso concreto. Não estando comprovada a intermediação de corretor e os valores despendidos, é indevida a retenção a título de corretagem. Viabilidade da condenação da demandada à indenização relativa ao uso do imóvel, sem a devida contraprestação, utilizando-se, no cálculo, o valor apresentado pela autora e não impugnado de forma especificada. Apelos parcialmente providos.* (Apelação Cível Nº 70023209430, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 19/02/2009).

> *APELAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO. PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO PERÍODO DE USO DO IMÓVEL. COMISSÃO DE CORRETAGEM. Os locativos são devidos em razão da ocupação do imóvel por parte da promitente-compradora, sob pena de enriquecimento indevido, que deu causa à resolução e ocupou o imóvel A indenização pelo uso do imóvel representada por aluguéis tem causa diversa da cláusula penal, não decorre do inadimplemento, mas do aproveitamento e fruição do bem, razão pela qual a aplicação concomitante não implica em dupla penalidade. Uma vez comprovado o pagamento da comissão de corretagem a terceiro, descabe a postulação de devolução dos respectivos valores. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime.* (Apelação Cível Nº 70019758218, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 08/01/2009).

Desta forma, considerando que foi o apelante que deu causa à rescisão do contrato, devido o pagamento de indenização pelo tempo que usufruiu injustamente do imóvel sem qualquer contraprestação à autora, no equivalente a 1% sobre o valor do bem por mês de uso.

Essa porcentagem se justifica porque a indenização está atrelada ao reembolso de valores não auferidos devendo, pois, corresponder ao de mercado para locação do imóvel e, cediço, esta gira em torno de 1%.

Ora, se a taxa de fruição corresponder a valor maior ou menor que o correspondente à sua locação, será desproporcional e implicará em enriquecimento ilícito a uma das ártes, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Veja-se que o recorrente, em seu apelo, limitou-se a postulou a redução da taxa de fruição sob o fundamento de se tratar de contrato adesivo e que a cláusula seria abusiva. Em nenhum momento discutiu que a porcentagem não equivaleria a de mercado para locação do bem.

Dessa feita, considerando todo o exposto e principalmente tendo em vista que a jurisprudência de nossas Cortes de Justiça é tranquila quanto à porcentagem devida, descabe tecer maiores comentários acerca da abusividade não demonstrada, ônus que competia ao apelante consoante dicção do art. 333, II, do CPC.

Portanto, pela ausência de provas a respeito da abusividade do valor da taxa de fruição tenho por manter o valor corresponde a 1% sobre o valor do contrato.

Ex positis, 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. 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000728-29.2009.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – OBRIGAÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA – ASTREINTE – LIMITE DE TETO – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO.

1. Diante da falsidade da premissa adotada, no sentido de existir condição suspensiva ao cumprimento de obrigação contratualmente assumida, condição que, na verdade, é inerente à própria obrigação principal, a CESP é responsável pelo cumprimento de obrigação de fazer assumida em Termo de Ajustamento de Conduta.

2. Com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, é possível ao juiz estabelecer multa diária para atraso ou descumprimento da ordem. Quanto a imposição de um limite de teto, de fato necessário se faz tal providência, pois, do contrário, correr-se-ia o risco da multa superar o próprio valor do imóvel objeto de pedido de transferência.

3. Sendo incontroversa a obrigação de fazer (transferência de propriedade de imóvel e realização de obras de infra-estrutura em loteamento) e confessado o inadimplemento, é medida de rigor o acolhimento da pretensão inicial nesse ponto.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Doralice Paião interpõe recurso de apelação em face da sentença (fls. 451/459) proferida nos autos da ação de outorga de escritura definitiva c/c indenização por danos morais que move em desfavor de CESP - Companhia Energética de São Paulo, que julgou improcedente o pedido inaugural, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

O juizo *a quo* extinguiu o feito ao fundamento de que não se pode atribuir à apelada a demora para a entrega dos títulos de propriedade, obrigação por ela assumida condicionada à regularização do loteamento pelos órgãos públicos competentes, o que com a aprovação da Lei Municipal nº 2424/11, espera-se estar chegando ao fim. Assim, a existência desta condição suspensiva para outorgar da escritura pública definitiva do imóvel impede a aquisição do direito pleiteado.

Em suas razões recursais (f. 475/480), o apelante sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da sentença combatida, a fim de determinar que a parte ré proceda com a outorga definitiva da escritura do bem imóvel situado na comarca de Brasilândia/MS, sendo condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais advindos do inadimplemento da recorrida com suas obrigações.

Nas contrarrazões, fls. 485/507, a apelada suscita preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e defende a manutenção da decisão recorrida.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Doralice Paião em face da sentença (fls. 451/459) proferida nos autos da *ação de outorga de escritura definitiva c/c indenização por danos morais* que move em desfavor de CESP - Companhia Energética de São Paulo, que julgou improcedente o pedido inaugural, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

O autor apelante ingressou com a presente ação, afirmando ter adquirido um imóvel urbano em Brasilândia, que lhe foi entregue precariamente pela CESP, que se comprometeu a outorgar a escritura definitiva após a completa regularização do Loteamento Urbano no qual se localizava o imóvel.

Alegou que a compra e venda em tela teve por finalidade cumprir o Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MP e a CESP para fins de assentamento da população atingida pela formação da bacia de acumulação da Usina Hidroelétrica de Porto Primavera.

Sustentou que até a data de ingresso da ação a ré, além de não outorgar-lhe a escritura definitiva, condiciona o exercício de direitos inerentes ao proprietário à sua anuência, de modo a torna-lo mero detentor do imóvel.

Ingressou com esta ação requerendo a determinação de que a Cesp lhe conceda a escritura definitiva do imóvel; a condenação da ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de danos morais; a determinação de que construa os prédios necessários à instalação de uma escola e de um posto de saúde, rede de esgoto e sistema de água tratada, fixando-se o prazo de 6 meses para cumprimento da obrigação.

A ré apresentou contestação e o juízo *a quo* proferiu sentença, acolhendo a alegação de que a CESP repassou à Prefeitura do Município os recursos necessários à implementação das benfeitorias constantes do acordo e julgando, portanto, improcedentes os pedidos iniciais, para condenar a ré a outorgar a escritura definitiva para a transferência do imóvel ao autor, bem como, para pagamento de indenização por danos morais.

Em suas razões recursais, o apelante afirmou que a requerida comprometeu-se à outorga imediata da escritura definitiva do imóvel, após a completa regularização do loteamento.

A apelada apresentou contrarrazões, alegando ofensa ao princípio da dialeticidade, e, no mérito, pugnando pela manutenção da sentença.

É a síntese do necessário. Passo à análise do recurso.

I. Da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade:

O recorrido argumenta que o recurso interposto fere o princípio da dialeticidade, sob o escopo de que em momento algum se rebate os argumentos utilizados para fundamentar a decisão objurgada, ressaltando que a parte apelante deveria demonstrar, de forma clara e coerente, as razões de seu inconformismo e o equívoco da decisão.

Contudo, tal tese não merece prosperar, tendo em vista que o recurso é claro em sua pretensão, qual seja, ver cumprida pela CESP a obrigação assumida no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em questão, sendo os argumentos trazidos no apelo claros acerca do porquê do inconformismo com a sentença.

Os seguintes julgados corroboram este entendimento:

> *"Se o apelante expôs de forma satisfatória as razões pelas quais a decisão deve ser reformada, apontando todos os pontos abordados na sentença, não há que se falar em afronta ao princípio da dialeticidade. (...)."* (TJMS. AC 0356398-03.2008.8.12.0001; Quinta Câmara Cível; Rel. Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ. 30/11/2012)

> *"Se o recorrente impugna especificamente a decisão, contrastando seus fundamentos com os ali motivados, não há defeito que imponha o não conhecimento do recurso, de vez que devidamente observado o princípio da dialeticidade. (...).* (TJMS; AC 0001497-25.2010.8.12.0055; Quarta Câmara Cível; Rel. Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan; DJe. 30/11/2012)

Logo, rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade aventada em contrarrazões.

II. Mérito:

Extrai-se dos autos que o autor ingressou com a presente ação aduzindo que adquirira um lote urbano da Cesp, em cumprimento ao Termo de Ajuste de Conduta por ela firmado junto ao MP, cuja outorga da escritura definitiva ficou condicionada à completa regularização do loteamento (cláusula 3ª, f. 15).

Veja-se que o Termo Provisório de Entrega e Recebimento de Obra de fls. 14/16, firmado em 01 de agosto de 2001, em sua cláusula terceira, dispõe o seguinte:

> *"A escritura definitiva do imóvel ora entregue precariamente, será outorgada após a completa regularização do Loteamento do Núcleo Urbano e Oleiro do Porto João André, perante aos órgãos competentes, correndo por conta exclusiva da Cesp as despesas decorrentes da formalização daquele ato".*

O autor não formula pretensão de reparação civil *pura* (a não ser como consequência da obrigação inadimplida, o que lhe é facultado pelo artigo 247 do CC de 2002), mas sim deseja, primeiramente, compelir a ré ao cumprimento de obrigação de fazer, qual seja, a de entregar a escritura pública e definitiva do imóvel descrito na inicial.

Outrossim, a demanda por danos morais é pedido secundário, formulado em razão do descumprimento da obrigação primeira, de entrega da escritura (art. 247 do CC de 2002).

Pelos documentos juntados aos autos, observa-se que o autor/apelante foi incluído nos programas de apoio às vítimas da construção da usina (fls. 133/135), razão pela qual a ele se aplicam as regras e os efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta, celebrado em 23 de outubro de 1998.

A respeito dos programas de reassentamento das famílias atingidas pela construção da Usina Porto Primavera, consta o seguinte no Termo de Ajustamento de Conduta:

"14.1 – A CESP se compromete a efetuar o reassentamento de todas as famílias consideradas beneficiárias do sub-programa de reassentamento coletivo, atingidas pela cota 253m, ainda que instaladas em abrigos provisórios, mas em seus lotes definitivos, antes do início do enchimento do reservatório, respeitados os prazos indicados nas cláusulas abaixo.

14.2 – A CESP se compromete a apresentar ao IBAMA, no prazo de 30 (trinta) dias a partir da homologação judicial do presente acordo, projeto executivo de reassentamento definitivo de todas as famílias atingidas pela cota 253m, em áreas e residências definitivas, devendo conter os cronogramas de cada um, bem como a descrição das etapas de implantação físico-territorial no que diz respeito aos serviços básicos de infra-estrutura sanitária, elétrica e hidráulica, dos serviços de educação e saúde. Com relação aos equipamentos básicos de serviços (centro administrativo e armazém comunitário), a CESP apresentará projetos executivos após 2 anos do reassentamento das famílias. A concepção e a consequente construção destes equipamentos dependerá do processo de discussão com a população, visando garantir a finalidade, pretendida que é de torná-los instrumentos de uso comunitário. A CESP se compromete a prestar assistência técnica agronômica nos reassentamentos rurais por um período mínimo de 5 anos.

(...)

14.4. – No prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partida da data da homologação judicial do presente acordo, a CESP deverá ter concluído a construção das residências definitivas, bem como a implantação da infraestrutura, de todos os reassentamentos destinados à recolocação das famílias atingidas pela cota 253 m.

14.5 – A CESP deverá adquirir as áreas e promover o reassentamento em lotes definitivos, com residências definitivas, infra-estrutura sanitária, hidráulica e elétrica, serviços básicos de saúde e educação de todas as famílias beneficiárias do sub-programa de reassentamento coletivo atingidas pela cota 257/259m, no prazo de 30 dias antes do início do enchimento do reservatório na cota 257/259m, não podendo iniciar a segunda fase de enchimento enquanto não cumprida tal obrigação. Com relação aos equipamentos básicos de serviços (centro administrativo e armazém comunitário), a CESP apresentará projetos executivos após 2 anos do reassentamento das famílias. A concepção e a consequente construção destes equipamentos dependerá do processo de discussão com a população, visando garantir a finalidade pretendida que é torná-los instrumentos de uso comunitário. A CESP se compromete a prestar assistência técnica agronômica nos reassentamentos rurais por um período mínimo de 5 anos.

14.6 – A CESP apresentará ao IBAMA, no prazo de 60 (sessenta) dias após a aquisição das áreas mencionadas na cláusula anterior, os projetos executivos e o cronograma de implantação relativos a cada um dos reassentamentos destinados à recolocação das famílias atingidas pela cota 257/259m.

(...)

16.5 – A CESP deverá construir as residências definitivas do núcleo do Porto João André e as unidades industriais para beneficiários cadastrados (arrendatários ou proprietários) que optaram pelo reassentamento no novo núcleo ou a indenização devida, quando couber.

(...)

17.1 – A CESP se obrigará a adquirir para cada família beneficiária do sub-programa de apoio à mão de obra do lado sul matogrossense, desde que as prefeituras

> *assumam a implantação da infra-estrutura nos lotes e prestará apoio a população beneficiária, conforme exigência formulada pela SEMADES/TERRASUL" (f. 25/28).*

Extrai-se dos autos, portanto, que a Companhia Energética de São Paulo – CESP comprometeu-se a promover o reassentamento da população atingida pela construção da Usina Sérgio Motta. Para o cumprimento desse mister, estabeleceu-se que a CESP adquiriria imóvel urbano na Comarca de Brasilândia, onde deveria construir imóveis residenciais (que seriam doados aos beneficiários do programa social) e infra-estrutura básica de saúde e educação.

Consta dos autos que essas obrigações foram cumpridas apenas em parte, pois embora erguidos os imóveis residenciais, não foi transferido aos beneficiários o título dominial, tampouco foram realizadas todas as obras de infra-estrutura do Núcleo do Porto João André (como ficou conhecido o assentamento). A pretensão inicial volta-se para a imposição de obrigações de fazer, consubstanciadas 1) na outorga ao autor (beneficiário do programa social previsto no TAC) de escritura pública do imóvel onde reside, recebido apenas a título de posse, uso, gozo e administração; 2) na realização das obras de infra-estrutura, como a construção de posto de saúde, escola e rede sanitária.

A questão é meramente conceitual e é facilmente solucionada com a leitura do art. 121 do Código Civil ("*Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.*").

Segundo anotação de Nestor Duarte:

> *"Para se caracterizar verdadeiramente a condição, distinguindo-a, também, das chamadas condições impróprias, é preciso a ocorrência dos seguintes elementos que emergem da definição legal: a) evento futuro, de que depende a eficácia do negócio; b) dependência da vontade e não diretamente da lei; c) incerteza da ocorrência do evento."* (Código Civil Comentado, Coord. Min. Cezar Peluzo, 3ª ed., Manole, 2009, p. 107)

À luz destas lições é possível concluir que a *"regularização do loteamento perante a Prefeitura Municipal e o Cartório de Registro de Imóveis"* são eventos que, embora futuros, não condicionam a eficácia do TAC, que produz todos os seus efeitos desde o momento da celebração, observados seus próprios termos. Aquelas providências não decorrem, por outro lado, da vontade das partes, mas da própria lei. Não podem ser consideradas, finalmente, incertas, pois dependem de providências de índole administrativa.

Aliás, nesse ponto, vale ressaltar que em conformidade com o ofício expedido pela Prefeitura Municipal de Brasilândia, até aquela data, não tinha tramitado qualquer documentação relativa à regularização imobiliária, o que caberia à apelada, uma vez que era proprietária do imóvel, tratando-se, pois, de área particular.

A meu juízo, condicionar a eficácia do negócio (transferência de propriedade imóvel) ao exclusivo arbítrio da parte devedora da obrigação (se e quando regularizar o loteamento perante órgãos competentes e registro de imóveis) significaria cláusula puramente potestativa, expressamente vedada pelo art. 122 do Código Civil, segundo o qual "*são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*".

E mesmo que se admitisse como condição suspensiva ao cumprimento da obrigação principal (transferência de propriedade imóvel) a *"regularização do loteamento perante a Prefeitura Municipal e o Cartório de Registro de Imóveis, dentre outros procedimentos",* obrigação assumida pela parte devedora e que depende unicamente de sua própria vontade, ter-se-ia manifesta ilicitude da condição.

> *O art. 129 do Código Civil reputa verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer. Daí porque Nestor Duarte, na obra citada, assevera:*
>
> *"Tanto se condena o dolo de quem, em benefício próprio, impede a realização da condição como de quem força seu implemento. Não pode, todavia, a condição depender da vontade exclusiva de uma das partes, porque, assim sendo, a cominação é de nulidade (art. 122). A conduta profligada tem, ainda, de provir da parte que vier a ser favorecida, não de terceiro." (ob. cit., p. 112)*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO. É de ser julgada insubsistente a sentença quando existente a necessidade do titular em obter a satisfação de seu interesse material de modo satisfatório."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.009251-9/0000-00 – Brasilândia, Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Câmara, j. 3.5.2011)

Não bastasse isso, o Termo Provisório de Entrega e Recebimento de Obra estabelece:

> *"A escritura definitiva do imóvel ora entregue precariamente, será outorgada após a completa regularização do Loteamento do Núcleo Urbano e Oleiro do Porto João André, perante aos órgãos competentes, corrente por conta exclusiva da CESP as despesas decorrentes da formalização daquele ato."*

O inadimplemento dessa obrigação é objeto de confissão, limitando-se a CESP à alegação de que tem adotado as medidas visando a regularização dos loteamentos e que repassou dinheiro à Prefeitura Municipal para tanto.

Contudo, passados mais de 13 anos da entrega da posse do imóvel, conclui-se que ou não há interesse algum em promover essa regularização ou as pessoas incumbidas desse ônus não tem aptidão técnica para tanto ou ambos. O inadimplemento é inarredável.

É bem verdade que o referido Termo Provisório de Entrega e Recebimento de Obra não prevê prazo para a realização dessa obrigação. Contudo, o tempo transcorrido é mais do que suficiente para a regularização de qualquer pendência administrativa, mormente porque não se indicou a ocorrência de óbice algum, a não ser as exigência legais, revelando nítido abuso de direito e violação ao princípio da boa-fé objetiva, seja na elaboração desse documento (contendo obrigações sem data estabelecida), seja na evidente conduta desidiosa da apelada, já que esta em momento algum noticia ter tomado providências legais para obrigar a Prefeitura Municipal de Brasilândia a cumprir a sua parte no TAC.

Assim, deverá a CESP providenciar a construção dos prédios necessários à instalação de uma escola e um posto de saúde, nos moldes indicados na petição inicial, bem como para a instalação de rede de esgoto e sistema de tratamento de água, tudo no prazo de 6 meses (contados da data da publicação do acórdão), prorrogável somente mediante autorização judicial devidamente justificada. Nesse mesmo prazo deverá a apelada providenciar a regularização do loteamento de sorte a permitir a transferência da propriedade ainda dentro desse prazo (6 meses).

Com efeito, este Eg. Tribunal de Justiça/MS já proferiu decisão em casos semelhantes, senão vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – CESP – NÚCLEO DO PORTO JOÃO ANDRÉ – EDIFICAÇÃO DE ESCOLA E POSTO DE SAÚDE, BEM COMO IMPLEMENTAÇÃO DE REDE DE ESGOTO E SANEAMENTO BÁSICO – OUTORGA DA ESCRITURA DEFINITIVA DOS IMÓVEIS NOS QUAIS ESTÃO INSTALADOS OS BENEFICIÁRIOS – OBRIGAÇÕES DE FAZER ASSUMIDAS EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) AINDA NÃO CUMPRIDAS – INADIMPLEMENTO CARACTERIZADO – SETENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Sendo manifesta a desídia da apelada em promover a implementação dos compromissos assumidos em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), caracterizada pelo transcurso de lapso temporal considerável para tanto sem que qualquer iniciativa concreta fosse tomada, imperiosa a necesidade de determinar-se judicialmente o cumprimento da obrigação, inclusive com imposição de multa diária em expirado in albis o prazo ofertado para a regularização da situação, até mesmo em homenagem aos princípios da probidade e boa-fé."* (AC 0000718-82.2009.8.12.0030. 5ª Câmara Cível. Rel. Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 07/02/2013)

> *"AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – OBRIGAÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA – ASTREINTE – LIMITE DE TETO – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO. Diante da falsidade da premissa adotada, no sentido de existir condição suspensiva ao cumprimento de obrigação contratualmente assumida, condição que, na verdade, é inerente à própria obrigação principal, a CESP é responsável pelo cumprimento de obrigação de fazer assumida em Termo de Ajustamento de Conduta. 2. Com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, é possível ao juiz estabelecer multa diária para atraso ou descumprimento da ordem. Quanto a imposição de um limite de teto, de fato necessário se faz tal providência, pois, do contrário, correr-se-ia o risco da multa superar o próprio valor do imóvel objeto de pedido de transferência. 3. Sendo incontroversa a obrigação de fazer (transferência de propriedade de imóvel e realização de obras de infra-estrutura em loteamento) e confessado o inadimplemento, é medida de rigor o acolhimento da pretensão inicial nesse ponto."* (AC 0000720-52.2009.8.12.0030. Primeira Câmara Cível. Rel. Exmo. Sr. Des. João Maria Lós; J. 16/04/2013)

Registro, por oportuno, que o simples pronunciamento judicial reconhecendo a obrigação da apelada ao cumprimento de obrigação por ela já assumida em Termo de Ajustamento de Conduta e descumprida, revela-se insuficiente, a meu ver, para tutelar a pretensão pleiteada na inicial, fazendo-se necessária a utilização de instrumentos coercitivos com vistas à efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, estabeleço multa diária para atraso ou descumprimento da ordem de realização de obras de infra estrutura, construção de escola e posto de saúde, de R$ 10.000,00, limitada ao valor da somatória do orçamento das obras. Os valores eventualmente recolhidos em razão destas astreintes serão depositados em conta vinculada do Poder Judiciário e destinada à comunidade do assentamento (utilização no cumprimento das obrigações não cumpridas), sob a supervisão do Ministério Público e mediante autorização do Juízo, tendo em vista que a obrigação respectiva interessa à toda aquela coletividade e não apenas ao apelante isoladamente.

Estabeleço, ainda, para o caso de descumprimento da obrigação de regularização do loteamento, multa diária de R$ 5.000,00, limitada ao valor comercial do imóvel. O eventual produto dessas astreintes será destinado exclusivamente ao autor/apelante.

Por fim, sendo manifesta a desídia da apelada em promover a implementação dos compromissos assumidos em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), caracterizada pelo transcurso de lapso temporal

considerável para tanto sem que qualquer iniciativa concreta fosse tomada, evidente está o dano moral sofrido pela parte autora, razão pela qual há de ser condenada a recorrida ao pagamento de indenização, no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ex positis, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de*: a)* julgar procedentes os pedidos contidos na inicial, impondo à CESP obrigação de fazer, consubstanciada na *construção dos prédios necessários à instalação de uma escola e um posto de saúde, nos moldes indicados na petição inicial, bem como para a instalação de rede de esgoto e sistema de tratamento de água*, no prazo de 6 meses (contados da data da publicação do acórdão), prorrogável somente mediante autorização judicial devidamente justificada, fixando multa diária de R$ 10.000,00 para o caso de descumprimento ou atraso; e *b)* determinar que seja outorgada a escritura definitiva do imóvel ao apelante, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$5.000,00 (cinco mil reais), limitada ao valor comercial do imóvel; *c)* condenar a apelada a pagar ao autor indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento.

Outrossim, deverá a CESP arcar integralmente com o ônus sucumbencial, tendo em vista a parte autora ter decaído de parte minima da demanda. Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, com base nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC.

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. 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, 27 de janeiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0835647-59.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA FINS DE LEVANTAMENTO DE RESÍDUO EM CONTA CORRENTE – PESSOA FALECIDA – PRETENSÃO DAS HERDEIRAS – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO (ITCD) – PRETENSÃO RECURSAL DE TERCEIRO "PREJUDICADO" – FISCO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não se qualifica como terceira prejudicada a Fazenda Pública Estadual, para invectivar sentença que deferiu o levantamento de saldo deixado pela falecida mãe das apeladas, independentemente da retenção do ITCD, por não se tratar de arrolamento ou de inventário, de modo que não se verifica a interdependência entre o interesse do Estado e o alvará submetido à apreciação judicial.

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 não conhecer do recurso.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 32/34, proferida nos autos do procedimento de jurisdição voluntária para levantamento de alvará judicial que promove contra Senia Aparecida Escobar, que deferiu o pedido para o fim de autorizar as herdeiras da falecida, *"Jucimara Escobar Flores e Jucimeire Escobar Flores a levantar os valores depositados junto a subconta vinculada ao presente feito, conforme o requerido na inicial, na proporção de 50% para cada uma"* (f. 34).

Sustenta que o artigo 126, do Código Tributário Estadual, diversamente do que entendeu o magistrado a quo, não prevê a isenção do ITCD para o caso de bem móvel (valores, créditos, etc.) e, por isso, não poderia ter sido deferido o pedido de alvará sem antes haver o recolhimento do tributo ITCD.

Argumenta que em matéria tributária a interpretação da lei é absolutamente literal e, portanto, restritiva.

Requer o prequestionamento dos artigos 111; 176 *caput* e seus parágrafos, todos do Código Tributário Nacional.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para o fim de, em reformando a sentença refutada, que seja reconhecido que o juiz da causa só pode conceder isenção de ITCD nos precisos termos da lei, e, por fim, determinar que a parte recorida realize o recolhimento do tributo em questão (ITCD).

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarazões às f. 51-58, rogando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral do Estado ofertou parecer às f.64-68, opinando pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 32/34, proferida nos autos do procedimento de jurisdição voluntária para levantamento de alvará judicial que promove contra Senia Aparecida Escobar, que deferiu o pedido para o fim de autorizar as herdeiras da falecida, *"Jucimara Escobar Flores e Jucimeire Escobar Flores a levantar os valores depositados junto a subconta vinculada ao presente feito, conforme o requerido na inicial, na proporção de 50% para cada uma"* (f. 34).

Sustenta que o artigo 126, do Código Tributário Estadual, diversamente do que entendeu o magistrado a quo, não prevê a isenção do ITCD para o caso de bem móvel (valores, créditos, etc.) e, por isso, não poderia ter sido deferido o pedido de alvará sem antes haver o recolhimento do tributo ITCD.

Argumenta que em matéria tributária a interpretação da lei é absolutamente literal e, portanto, restritiva.

Requer o prequestionamento dos artigos 111; 176 *caput* e seus parágrafos, todos do Código Tributário Nacional.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para o fim de, em reformando a sentença refutada, que seja reconhecido que o juiz da causa só pode conceder isenção de ITCD nos precisos termos da lei, e, por fim, determinar que a parte recorida realize o recolhimento do tributo em questão (ITCD).

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarazões às f. 51-58, rogando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral do Estado ofertou parecer às f.64-68, opinando pelo desprovimento do apelo.

É o relatório. Passo ao julgamento.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Groso do Sul, na qualidade de terceiro interessado, contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande/MS que deferiu o pedido de expedição de Alvará Judicial pleiteado por Jucimara Escobar Flores e Jucimeire Escobar Flores, para fins de levantamento do numerário existente na conta corrente de sua mãe, Nair Escobar, falecida, sem o recolhimento do ITCD.

O Estado de Mato Groso do Sul insurge-se contra a parte da sentença que não condicionou aquele levantamento ao recolhimento do imposto mencionado.

Inicialmente, convém ser analisado, de ofício, a suposta legitimidade recursal do Estado no caso em questão.

Da Legitimidade recursal do apelante:

O procedimento de jurisdição voluntária instaurado a pedido das apeladas destinou-se à obtenção de alvará para levantamento de resíduos oriundos da conta corrente de sua falecida mãe (Nair Escobar), sem cuja ordem judicial a beneficiária não poderia receber.

O fundamento do direito das apeladas consiste na sua situação de herdeiras e o conseqüente direito de receber os bens que seriam devidos ao *de cujus*.

O Juízo de primeiro grau entendeu estarem suficientemente demonstrados os fundamentos do direito das apeladas e, por isso, deferiu o alvará requerido (f.32/34).

In casu, o procedimento adotado pelas recorridas destina-se apenas a verificar se são elas quem têm o direito de levantar os valores que cabiam à sua falecida mãe.

Contudo, a pretensão do recorrente consiste em receber tributo supostamente incidente sobre o valor depositado, manifestada em procedimento alheio, sem que exista prévia previsão legal a condicionar tal levantamento ao pagamento desse tributo que se diz devido.

Entretando, analisando os autos, tenho que a pretensão inaugural não pode ser obstada pelo simples fato do Estado defender que se deve recolher o ITCD sobre o numerário residual pretendido pelas autoras, pois o recorente não demonstrou a existência de regra que, à semelhança do art. 1.013 do Código de Processo Civil, determine o cálculo de imposto em pedido de Alvará e, menos, que a expedição deste deva condicionar-se ao prévio pagamento de eventual tributo.

Asim, sem regra desse teor, não tem o apelante direito de exigir aquele recolhimento como condição para a expedição do Alvará; o que não lhe retira o direito de, se caso, tomar medidas, administrativas ou judiciais, inclusive acautelatórias, para receber o que entende devido. O que não lhe cabe é, no bojo deste procedimento, avaliar se o imposto de transmissão *causa mortis* incide, ou não, sobre resíduos previdenciários devidos ao "de cujus" e transmitidos às apeladas.

Desse modo, tenho que competia ao Juízo da instância de primeiro grau, bem como a esta Corte, apenas examinar se as requerentes do Alvará eram quem poderia levantar o que antes era devido à sua mãe, ou se outros herdeiros tinham direito sobre aquele montante. A incidência, ou não, de tributo sobre esse valor, sem que o apelante tenha demonstrado existir lei que condiciona o recolhimento tributário àquele levantamento, não tem pertinência no caso.

Portanto, sem demonstração disso, não se mostra o interesse em recorrer do apelante.

De fato, sem prova dessa exigência legal, não se vê demonstrado direito do Fisco estadual dependente do direito das sucessoras (herdeiras) de levantarem o que antes cabia à "de cujus".

Portanto, não há relação de prejudicialidade entre o direito das apeladas e a relação jurídico-tributária afirmada pelo apelante.

Aliás, segundo o doutrinador Vicente Greco Filho,

> *"Consiste o interesse jurídico – que justificaria o recurso do terceiro prejudicado – em ter o terceiro relação jurídica dependente da relação jurídica discutida no processo"*(Direito Procesual Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 202, v. 1, p. 129).

Não há, portanto, interesse jurídico do Estado de Mato Groso do Sul no presente procedimento, porque não há dependência entre a relação discutida no procedimento e a relação tributária que se diz existente entre a apelada e o Fisco estadual.

Além disso, o referido doutrinador ainda leciona que a legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado decore da verificação deste interesse jurídico. E completa: o que deve ser demonstrado é o nexo de interdependência entre as relações jurídicas (a discutida e a de que o terceiro é titular), daí decorrendo o interesse de recorrer.

Sem isto, o terceiro, que não tem interesse jurídico ferido pela sentença, não tem também interesse no recurso e, ao mesmo tempo, por falta dessa condição de terceiro prejudicado, também não tem legitimidade recursal. (Ibid., p. 203).

Ainda que não bastasse a ilegitimidade do apelante, não poderia a Fazenda Pública, como terceiro interveniente, ampliar o objeto do procedimento, com a formulação de pretensão tributária para cujo exercício existem regras próprias.

Aos autores é que cabe fixar o objeto do processo, por meio da petição inicial, o qual não se altera senão pelo oferecimento de reconvenção ou ação declaratória incidental. A natureza jurídica do direito de defesa não é de contra-ataque, mas apenas de resistência ao pedido do autor.

Por fim, vale ressaltar que, ainda que no caso se reconheça o interesse e legitimidade recursais, sem prova de que há lei que condicione o recebimento daqueles resíduos assistenciais ao recolhimento do imposto pretendido pelo apelante, a impugnação feita não é bastante para obstar a expedição do Alvará pretendido.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, senão vejamos:

> *EMENTA – APELAÇÃO CIVIL – ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DE IMPORTÂNCIA DEVIDA A PESOA FALECIDA – PEDIDO DA VIÚVA PARA SEU RECEBIMENTO – IMPUGNAÇÃO DO FISCO ESTADUAL, SOB FUNDAMENTO DE SER DEVIDO ITCD – SENTENÇA QUE REJEITA A IMPUGNAÇÃO – RECURSO QUE NÃO AFIRMA HAVER NORMA LEGAL QUE CONDICIONE ESSE LEVANTAMENTO AO PRÉVIO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO – FALTA DE INTERESSE DO FISCO PARA RECORRER, QUE, DE TODO MODO, NÃO PODE OBSTAR AQUELE LEVANTAMENTO PELO HERDEIRO – RECURSO NÃO CONHECIDO. Se o fisco estadual sequer afirma haver lei que condiciona o levantamento de importância, pelos herdeiros de quem tem direito a resíduos salariais, ao prévio recolhimento do imposto de transmissão causa mortis e não sendo o eventual direito ao tributo conexo com o direito de quem pede aquele Alvará, falta interesse para a fazenda recorrer como terceiro prejudicado, por falta de cuja qualidade também não tem legitimidade para recorrer da sentença que, sem condição, defere o pedido de levantamento. O fisco não é inibido, entretanto, de tomar medidas administrativas ou judiciais, inclusive acautelatórias, a fim de proteger o suposto crédito tributário.* (Apelação Cível - Jurisdição Voluntária - N. 204.0260-3/00-0 - Campo Grande. Relator: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias. Primeira Turma Cível.Julgamento: 30/03/204).

> *E ainda:*

> *"ALVARÁ – LEVANTAMENTO DE SALDO DE SALÁRIOS PELA VIÚVA – RECOLHIMENTO DO ITCD – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA NÃO VERIFICADA – APELO NÃO- CONHECIDO. Não se qualifica como terceira prejudicada a fazenda pública estadual, para invectivar sentença que deferiu o levantamento de saldo de salário deixado pelo extinto marido da apelada, independentemente da retenção do ITCD, por não se tratar de arrolamento ou de inventário, de modo que não se verifica a interdependência entre o interesse da recorente e o alvará submetido pela recorida à apreciação judicial (§ 3º do art. 49 do CPC)."* (Apelação Cível - Jurisdição Voluntária - N. 204.0215- 8/00-0 - Campo Grande. Relator Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.Quarta Turma Cível).

Dispositivo

Ante o exposto, não conheço do presente apelo, por falta de interesse jurídico do recorente, na qualidade de terceiro prejudicado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade não conheceram do recurso.

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, 27 de janeiro de 2015.

***

Órgão Especial
Mandado de Injunção n. 1409921-03.2014.8.12.0000 - Paranaíba
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM – PRELIMINARES ACOLHIDAS – PRECEDENTES – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM O PARECER.

1. Conforme pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a omissão legislativa quanto a edição de Lei Complementar referente ao artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, deve ser atribuída ao Presidente da República e não ao Governador do Estado e, portanto, a competência para análise de Mandado de Injunção acerca da matéria pertence ao Pretório Excelso e não ao Tribunal de Justiça estadual.

2.Enquanto não for editada lei reguladora nacional pelo Presidente da República a respeito da aposentadoria especial de servidor público, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual, revelando-se flagrante a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o mandado de injunção impetrado para reconhecer o direito à aludida aposentadoria.

3. Este egrégio Órgão Especial, adotando o entedimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado em mandado de injunção no qual também se pleiteava o direito à aposentadoria especial de servidor público estadual. Precedentes: Mandado de Injunção - Nº 1405931-04.2014.8.12.0000, Mandado de Injunção - nº 4013810-13.2013.8.12.0000 e Mandado de Injunção nº 1405894-74.2014.8.12.0000.

4. Mandado de Injunção que se extingue, sem resolução do mérito, ante a ilegitimidade passiva do Chefe do Executivo Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria acolher as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência do juízo e, extinguir o feito sem julgamento do mérito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de novembro de 2014.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Napoleão Lázaro de Santana impetra o presente mandado de injunção em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, objetivando a concessão da aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, em razão de suposta omissão legislativa estadual quanto à regulamentação do tema e da consequente necessidade de aplicação analógica da Lei nº 8.213/91, que cuida do Regime Geral de Previdência Social.

Sustenta em síntese que é aposentado da Agência Estadual de Gestão e Empreendimento do Estado de Mato Grosso do Sul AGESUL, tendo trabalhado no período compreendido entre 25 de abril de 1983 até 28 de abril de 2010, incluindo averbação de tempo de serviço, prestado junto à Prefeitura Municipal de Paranaíba-MS, sendo aposentado na função de Auxiliar de Engenharia e Auxiliar de Defesa Sanitária Animal, atividades estas que, no seu entender, são consideradas insalubres.

Aduz a omissão legislativa quanto à previsão das atividades consideradas insalubres para fins de aposentadoria especial, diante do que estabelece o artigo 40, §§ 1º e 4º, incisos II e III da Constituição Federal, com redação dada pelas Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Defende, desta forma, que deve ser suprimida a omissão concernente à inexistência de lei regulamentando o direito à aposentadoria especial por insalubridade ao funcionário público.

Pugna pela procedência da ação para o fim de que a impetrada seja condenada à implantação da aposentadoria voluntária, com proventos integrais de sua categoria funcional, com efeitos retroativos desde março de 2012, data da propositura da Ação de Revisão de Aposentadoria ajuizada na comarca de Paranaíba

Por fim, requer seja a presente ação constitucional julgada procedente, suprimindo a lacuna normativa e garantindo o direito ao recebimento de aposentadoria especial, por ter exercido suas atividades em ambiente e atividade insalubres.

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV apresentou informações e defesa às fls. 193/249, em que argui, preliminarmente: a ausência de interesse de agir; a ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul; a incompetência absoluta da justiça comum para processar e julgar o mandado de injunção; ilegitimidade ativa da parte impetrante e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, pugnou pela denegação da ordem

O Estado de Mato Grosso do Sul, apresentou informações e defesa às f. 276/310, suscitando, preliminarmente a ilegitimidade passiva do Governador do Estado e incompetência absoluta da Justiça Estadual; a ilegitimidade passiva do Estado; a impossibilidade jurídica do pedido; a impropriedade da via mandamental e a ausência de interesse processual. No mérito, pugna seja integralmente denegada a ordem, com o desacolhimento dos pedidos nele formulados.

A d. PGJ, em parecer de fls. 320/344, opinou pelo acolhimento das preliminares levantadas pelas autoridades coatoras de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para processar e julgar o presente Mandado de Injunção ou, alternativamente, pelo acolhimento da Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, reconhecendo a ausência de interesse processual do Impetrante, extinguindo-se, por consequência, o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Superadas as preliminares, no mérito, opina pela concessão parcial da ordem.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Napoleão Lázaro de Santana em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, objetivando a concessão da aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, em razão de suposta omissão legislativa estadual quanto à regulamentação do tema e da consequente necessidade de aplicação analógica da Lei nº 8.213/91, que cuida do Regime Geral de Previdência Social.

Sustenta em síntese que é aposentado da Agência Estadual de Gestão e Empreendimento do Estado de Mato Grosso do Sul AGESUL, tendo trabalhado no período compreendido entre 25 de abril de 1983 até 28 de abril de 2010, incluindo averbação de tempo de serviço, prestado junto à Prefeitura Municipal de Paranaíba-MS, sendo aposentado na função de Auxiliar de Engenharia e Auxiliar de Defesa Sanitária Animal, atividades estas que, no seu entender, são consideradas insalubres.

Aduz a omissão legislativa quanto à previsão das atividades consideradas insalubres para fins de aposentadoria especial, diante do que estabelece o artigo 40, § § 1º e 4º, incisos II e III da Constituição Federal, com redação dada pelas Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Defende, desta forma, que deve ser suprimida a omissão concernente à inexistência de lei regulamentando o direito à aposentadoria especial por insalubridade ao funcionário público.

Pugna pela procedência da ação para o fim de que a impetrada seja condenada à implantação da aposentadoria voluntária, com proventos integrais de sua categoria funcional, com efeitos retroativos desde março de 2012, data da propositura da Ação de Revisão de Aposentadoria ajuizada na comarca de Paranaíba

Por fim, requer seja a presente ação constitucional julgada procedente, suprimindo a lacuna normativa e garantindo o direito ao recebimento de aposentadoria especial, por ter exercido suas atividades em ambiente e atividade insalubres.

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV apresentou informações e defesa às fls. 193/249, em que argui, preliminarmente: a ausência de interesse de agir; a ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul; a incompetência absoluta da justiça comum para processar e julgar o mandado de injunção; ilegitimidade ativa da parte impetrante e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, pugnou pela denegação da ordem

O Estado de Mato Grosso do Sul, apresentou informações e defesa às f. 276/310, suscitando, preliminarmente a ilegitimidade passiva do Governador do Estado e incompetência absoluta da Justiça Estadual; a ilegitimidade passiva do Estado; a impossibilidade jurídica do pedido; a impropriedade da via mandamental e a ausência de interesse processual. No mérito, pugna seja integralmente denegada a ordem, com o desacolhimento dos pedidos nele formulados.

A D. PGJ, em parecer de fls. 320/344, opinou pelo acolhimento das preliminares levantadas pelas autoridades coatoras de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para processar e julgar o presente Mandado de Injunção ou, alternativamente, pelo acolhimento da preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, reconhecendo a ausência de interesse processual do Impetrante, extinguindo-se, por consequência, o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Superadas as preliminares, no mérito, opina pela concessão parcial da ordem.

É o relatório. Decido.

Passo a apreciar as questões preliminares em ordem de prejudicialidade.

Preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado e incompetência da Justiça Estadual

O Governador do Estado argui sua ilegitimidade passiva para a demanda, com fundamento no artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.717, de 27.11.1998.

> *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.*
>
> *Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)*

Por decorrência, suscita também preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o mandado de injunção, pois, de acordo com o artigo 102, I, q, da Constituição Federal, tal competência estaria atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Pois bem.

Embora a jurisprudência desta Corte Estadual vinha adotando entendimento no sentido de rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado em questões idênticas à que ora está posta em julgamento, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, recentemente, em sentido contrário, conforme se pode verificar pelas seguintes decisões dele oriundas:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. IMPETRAÇÃO PERANTE TRIBUNAL DE 2º GRAU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO E DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. EXTINÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não obstante o disposto no art. 40, § 4º, (a exigir "leis complementares" para a regulamentação das aposentadorias especiais em cada ente federado) e no art. 102, I, q, da Constituição (sobre a competência para mandados de injunção), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que (a) a norma regulamentadora de que trata a inicial do mandado de injunção deve ser editada pela União, de modo que a legitimidade passiva nessa demanda é do Presidente da República e (b) por essa razão, o STF é competente para os mandados de injunção envolvendo servidores públicos municipais, estaduais e distritais (MI 3876 ED-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 29/08/2013; MI 1675 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 01/08/2013; MI 1545 AgR/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 08/06/2012; MI 1832 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 18/05/2011). 2. Por base nessa jurisprudência, em se tratando da matéria relativa à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei reguladora nacional pelo Presidente da República, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual. 3. Agravo regimental provido, para conhecer-se do agravo e, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário.* (STF, ARE 678410 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014)
>
> *Trata-se de recurso contra acórdão que reconheceu a legitimidade do Governador de Estado para figurar o polo passivo de mandado e injunção que aponta omissão legislativa referente à regulamentação do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos*

> *(art. 40, § 4º, da CF/1988). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa aos artigos 5º, XXXVI; 18; 24, XII; 40, § 4º, II, III, § 12; 61, § 1º, II, c; 169, § 1º, I, II e 195, § 5º, da mesma Carta. A pretensão recursal merece acolhida Ao julgar o recurso de agravo regimental no ARE 678.410-AgR/MS, redator para o acórdão o Ministro Teori Zavascki, a Segunda Turma entendeu que o mandado de injunção - no qual se aponta como omissão a ausência de lei complementar que regulamente o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos - deve ser impetrado em face do Presidente da República e, em consequência, ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, litteris: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. IMPETRAÇÃO PERANTE TRIBUNAL DE 2º GRAU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO E DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. EXTINÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não obstante o disposto no art. 40, § 4º, (a exigir "leis complementares" para a regulamentação das aposentadorias especiais em cada ente federado) e no art. 102, I, q, da Constituição (sobre a competência para mandados de injunção), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que (a) a norma regulamentadora de que trata a inicial do mandado de injunção deve ser editada pela União, de modo que a legitimidade passiva nessa demanda é do Presidente da República e (b) por essa razão, o STF é competente para os mandados de injunção envolvendo servidores públicos municipais, estaduais e distritais* (MI 3876 ED-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 29/08/2013; MI 1675 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 01/08/2013; MI 1545 AgR/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 08/06/2012; MI 1832 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 18/05/2011). *2. Por base nessa jurisprudência, em se tratando da matéria relativa à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei reguladora nacional pelo Presidente da República, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual. 3. Agravo regimental provido, para conhecer-se do agravo e, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário." (grifos meus) Isso posto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar extinto o mandado de injunção por ilegitimidade da autoridade impetrada (art. 267, VI, CPC). Publique-se. Brasília, 28 de abril de 2014. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator -* (STF, ARE 662537, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/04/2014, publicado em DJe-083 DIVULG 02/05/2014 PUBLIC 05/05/2014)

Seguindo a orientação da Corte Superior, este egrégio Órgão Especial, por expressiva maioria, adotou o entendimento da Corte Superior e acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado em mandado de injunção no qual também se pleiteava o direito à aposentadoria especial de servidor público estadual, a saber:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*
>
> *Enquanto não for editada lei reguladora nacional pelo Presidente da República a respeito da aposentadoria especial de servidor público, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual.* (TJMS, Órgão Especial, Mandado de Injunção - Nº 4013810-13.2013.8.12.0000 - Campo Grande, Relator Des. Josué de Oliveira, julg. em 28 de maio de 2014.)

E ainda, mais recentemente, melhor analisando a questão este egrégio Órgão Especial, Por unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado em mandado de injunção no qual também se pleiteava o direito à aposentadoria especial de servidor público estadual. Confira:

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM – PRELIMINARES ACOLHIDAS – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Enquanto não for editada lei reguladora nacional pelo Presidente da República a respeito da aposentadoria especial de servidor público, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual, revelando-se flagrante a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o mandado de injunção impetrado para reconhecer o direito à aludida aposentadoria. (Mandado de Injunção - Nº 1405931-04.2014.8.12.0000 - Campo Grande; Órgão Especial; Relator – Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva; j: 6 de agosto de 2014)

Por fim, ressalto que este Órgão Especial na sessão de julgamento do dia 22/10/2014 novamente se debruçou sobre a questão ao julgar o Mandado de Injunção nº 1405894-74.2014, de relatoria do Des. Carlos Eduardo Contar ,oportunidade em que, com o parecer, a maioria de seus membros acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e incompetência do juízo, nos termo do voto do Relator.

Ante o exposto, com o parecer, acolho as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam do Governador do Estado e de incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o mandado de injunção, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 5º, da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, decreto a extinção do processo sem resolução do mérito.

Sem custas e sem honorários de advogado.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1ºVogal)

Ouso divergir do relator para rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Isso porque não há ilegitimidade passiva do Governador do Estado para configurar no presente mandado de injunção, posto que a norma a que se requer a regulamentação é matéria de competência concorrente entre a União e os Estados, a teor do artigo 24, XII, da Constituição Federal, sendo que, consoante disposição do artigo 24, §3°, da Constituição Federal, *inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*

Consigne-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o *Governador do Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de injunção sobre previdência dos servidores públicos, ante a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União*[1], não se trata de decisão vinculante, podendo haver julgamento desta Corte em sentido diverso.

Ainda, o fato de haver edição de Súmula Vinculante quanto ao tema requerido no presente injuncional (Súmula Vinculante 33[2]*),* que vincula as decisões do Poder Judiciário e da administração pública não torna a pretensão do feito em tela exaurida, posto que resta demonstrada a resistência da administração na aplicação do entendimento exposto, ante a edição da Portaria Ageprev/MS n. 1, de 5 de dezembro de 2013.

Assim, notória é a necessidade de julgar o presente feito de forma a ter eficácia, já que *cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5.º, LXXI e seu § 1.º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à*

1 STF, ARE 685002. Relatora Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 25.6.14

2 Súmula Vinculante 33. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica

nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador[3].

Feitas tais considerações, divirjo do eminente relator para rejeitar as preliminares de incompetência do juízo, de ilegitimidade passiva e de falta de interesse processual, a fim de que o feito tenha normal curso nesta Corte para o julgamento do mérito.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(2ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(3ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.(4ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.(5ºVogal)

Acompanho o voto do 1ºVogal.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.(6ºVogal)

Acompanho o voto do 1ºVogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.(7ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.(8ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.(9ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (10ºVogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (11ºVogal)

Acompanho o voto do 1ºVogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

3 MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.09.2006, Inf. 445/STF

Por maioria acolheram as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência do juízo e, extinguiram o feito sem julgamento do mérito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 12 de novembro de 2014.

***

Câmara Cível II - Mutirão
Apelação n. 0001660-33.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA – LEI N. 8.009/90 – EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º, V – IMPENHORABILIDADE AFASTADA – PRECEDENTES DO STJ – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível II - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Mariza Rodrigues Rubin interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1° Grau que julgou improcedentes os embargados de terceiro intentados em desfavor do Banco Bamerindus do Brasil S.A.

Aduz a apelante que deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel utilizado para fins residenciais, mesmo que este tenha sido dado em hipoteca, não havendo que se falar em renúncia de tal direito. Ainda, afirma que está devidamente comprovado nos autos que utiliza o imóvel objeto da constrição como residência, tal como consta da certidão do oficial de justiça constante à f. 33 dos autos e os outros documentos que dele constam.

Ao final, prequestiona os dispositivos elencados no recurso.

Contrarrazões às fls. 176/212.

A PGJ manifestou não ter interesse em intervir nos autos.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Mariza Rodrigues Rubin interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1° Grau que julgou improcedentes os embargados de terceiro intentados em desfavor do Banco Bamerindus do Brasil S.A.

Aduz a apelante que deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel utilizado para fins residenciais, mesmo que este tenha sido dado em hipoteca, não havendo que se falar em renúncia de tal direito. Ainda, afirma que está devidamente comprovado nos autos que utiliza o imóvel objeto da constrição como residência, tal como consta da certidão do oficial de justiça constante à f. 33 dos autos e os outros documentos que dele constam.

Ao final, prequestiona os dispositivos elencados no recurso.

Inicialmente, peço *vênia* para transcrever parte da fundamentação utilizada pelo magistrado singular ao proferir a sentença ora combatida, *in verbis:*

> *Deste modo, sustenta a embargante que o imóvel matrícula n.4.108 do RGI de Porto Alegre, RS, penhorado nos autos de carta precatória em trâmite na Comarca de Porto Alegre, RS, é abrangido pela impenhorabilidade estabelecida na Lei n.8009/90 (Bem de Família), requerendo sua desconstituição.*
>
> *E diz o art.1º da Lei 8009/90 (que dispõe sobre a impenhorabilidade do Bem de Família):*
>
> *Art.1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.*
>
> *Então, como se vê, a impenhorabilidade trazida pela supracitada Lei não é absoluta. Ela tem exceções que estão no artigo 3º, cujo inciso V, que trata da questão aqui debatida, tem a seguinte redação:*
>
> *Art.3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:*
>
> *(...)*
>
> *V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.*
>
> *In casu, claramente se vê que a embargante na "Cédula Rural Hipotecária" de f. 119-122 emitida em 19/06/1996 assinou o documento dando o apartamento em Porto Alegre, RS, como garantia do financiamento, cujo inadimplemento gerou a execução 0009892-10.2006 e determinação da sua constrição.*
>
> *Assim, a teor do artigo supracitado, não existe impedimento à penhora.*
>
> *Nesta linha de raciocínio, o STJ, julgando matéria relativa a outras dívidas, expôs entendimento quanto àquelas garantidas por hipoteca, que bem se amolda ao caso em debate:*
>
> *Medida Cautelar Inominada. Bem de família. Contracautela. Impenhorabilidade. O STJ tem julgado com os olhos fitos na intangibilidade as hipóteses restritivas da impenhorabilidade do bem de família enumerados no art. 3º da Lei nº 8009/90. A ressalva prevista no art. 3º, inciso V, da referida lei limita-se à execução hipotecária, admitindo, apenas nessa modalidade constritiva, a penhora do bem de família sobre o qual recaiu a hipoteca. Não há de se falar em afastamento do privilégio legal na execução de outras dívidas, que não aquela garantida pelo gravame hipotecário. A regra processual de prestação de caução real ou fidejussória (art. 804 do CPC) não implica em renúncia à*

proteção legal da impenhorabilidade do bem de família. (STJ - Resp 660.868 SP 3ª T Relatora Min. Nancy Andrighi DJU 01/08/2005).

Acrescente-se ainda o que diz o artigo 5º da citada Lei:

Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considerasse residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Ou seja, ainda que o imóvel não estivesse entre as exceções contidas no art. 3º, deveria ser único de propriedade da embargante e nele ela deveria residir (art. 1º da Lei 8009/90).

Entretanto, conforme inclusive apontado pelo embargado (f. 107, item 13.3), não houve demonstração pela embargante de tal alegação.

Observando-se o laudo de avaliação de f.50, parte final, elaborado por perito nomeado pelo Juízo deprecado; e as certidões exaradas pelos Oficiais de Justiça desta Comarca não é possível concluir com precisão que a embargante resida no imóvel em Porto Alegre, RS, nem que ambos - ela e seu esposo, o executado Severino Anacleto - possuam apenas aquele apartamento, diante da diversidade de endereços em que o devedor pode ser localizado: parte final, em 23/07/2009).

Severino Anacleto Rubim (...) residente e domiciliado na Av. Weimar Gonçalves Torres, 4150, Jardim Caramuru (...) citei deste e inicial (certidão do Oficial de Justiça desta Comarca nas f.27-28).

(...) deixei de intimar a Severino Anacleto Rubin em virtude de não encontrá-lo no endereço fornecido (que é comercial), sendo que informações dadas pelo Sr. Antônio, seu filho, dão conta que ele está na Fazenda Douradilho, estrada do assentamento Corona, em Laguna Caarapã, Comarca de Ponta Porã, MS.

(certidão do Oficial de Justiça em 18/12/2007 f.41).

(...) Severino Anacleto Rubin (...) Rua João Correa Neto, 805, Bairro São Pedro (...) e aí sendo intimei o Sr. Severino Anacleto Rubin (certidão do Oficial de Justiça de 14/10/2008, f.42-43).

E o STJ já se pronunciou no sentido de necessidade de tal comprovação:

Processual civil. Penhora de bem de família. Multa (art.14 do CPC).

Peculiaridades do caso concreto. Reexame de matéria fática. Prequestionamento. Ausência. I- Na hipótese dos autos, um dos fundamentos postos no acórdão recorrido para autorizar a constrição sobre o imóvel que se alega protegido pela Lei nº8.009/90, é o de que não havia prova de que sobre ele deveria recair a proteção do bem de família. Dessa forma, toda a argumentação apresentada no especial relativa à penhorabilidade ou impenhorabilidade do imóvel esbarra na Súmula nº7 desta Corte. II- omissis. III omissis. (STJ AgRg-Al 1.111.258 - (2008/0234206-8) 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 03/06/2009)."

Pois bem.

A impenhorabilidade do bem de família encontra-se insculpida na Lei n. 8009, de 29 de março de 1990, que visa tutelar a propriedade imobiliária destinada à moradia da entidade familar.

Ocorre que, o reconhecimento do bem constrito como sendo de família depende da comprovação da veracidade dos fatos alegados, cumprindo com o que preconiza o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

No caso em tela, a apelante alega que reside no imóvel matriculado sob n. 4.108, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Porto Alegre/RS, que garante o débito representado pela Cédula Rural Pignoratícia Hipotecária, executada nos autos n. 002.06.009892-0.

Contudo, inexistem elementos nos autos que demonstrem que a apelante somente possua o referido imóvel para sua moradia, destacando-se, ainda, que a própria Lei n. 8.009/90, traz exceções quanto à impenhorabilidade do bem dado em garantia:

> *"Art.3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:*
>
> *(...)*
>
> *V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar."*

Neste sentido, considerando a recorrente ter consentido com o oferecimento de tal bem em garantia, como bem observado na sentença, tanto que assinou o contrato com a instituição financeira, não há que se falar em impenhorabilidade.

Neste sentido, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE PREVISTA EM LEI. RECURSO NÃO PROVIDO. O bem de família dado em garantia hipotecária não se encontra albergado pela impenhorabilidade."* (TJ-MS; AI 1402654-77.2014.8.12.0000; Dourados; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJMS 19/05/2014; Pág. 11)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. RENÚNCIA DO DEVEDOR. RECURSO IMPROVIDO. A impenhorabilidade do bem de família não resguarda o imóvel dado voluntariamente em garantia real, tratando-se de renúncia de direito feita pelo devedor, conforme exceção prevista no art. 3º, V da Lei nº 8.009/90."* (TJ-MS; APL 0004006-14.2008.8.12.0017; Nova Andradina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 30/10/2013; Pág. 42) LEI 8009-1990, art. 3º

Referido entendimento, acompanha orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NA MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIA DA DÍVIDA SUB JUDICE. ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. EXEGESE DO ART. 3º, V, DA LEI 8009/90. - Para deferimento de medida liminar conferindo efeito suspensivo a recurso especial, é necessário avaliar a extensão dos efeitos que o eventual provimento do recurso atingirá. Tanto a aparência de direito quanto o perigo de demora na decisão devem ser analisados com as vistas voltadas ao conteúdo do recurso.*

> *- A regra do art. 497 do CPC é abrandada apenas quando verificados (i) a possibilidade de êxito do recurso interposto e (ii) a existência de dano de difícil ou incerta reparação, advindo de eventual demora na definição da lide.*
>
> *- A impenhorabilidade não é oponível sobre bem oferecido como garantia real, nos termos do art. 3º, V, da Lei 8009/90 - Agravo não provido."* (AgRg na MC 16.553/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

Portanto, se a parte, ao obter crédito bancário, estabelece como garantia das cédulas hipoteca sobre bem imóvel, não lhe é dado, posteriormente, alegar impenhorabilidade do bem de família.

Ainda, no que diz respeito ao prequestionamento realizado, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Assim, conheço do recurso interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vilson Bertelli e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002152-22.2011.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO OBJETO DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DESCONTO EM FOLHA INDEVIDO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Constatada a fraude em contrato de empréstimo bancário, resta evidente a inexistência de relação contratual entre as partes demandantes. 2. Estando caracterizada a fraude praticada por terceiro na contratação do empréstimo consignado com descontos diretamente em folha de pagamento do correntista/beneficiário, induvidosa a falha na prestação de serviço da instituição financeira, daí ser consequente sua responsabilidade a teor do disposto no art. 14 do CDC. 3. O desconto em folha de contrato oriundo de fraude é indevido, e isso ocorrendo gera abalo psicológico, principalmente porque a cobrança indevida ocorre diretamente sobre seus vencimentos, suprimindo verba de caráter alimentar, configurando dano moral puro, o qual prescinde da prova do dano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Clovis dos Reis Correa interpõe recurso de apelação cível nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de Banco Schahin S/A, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bela Vista que julgou improcedente o pedido inicial.

Assevera que a requerida não agiu dentro das regras de direito, já que concedeu empréstimo com procuração realizada em nome de outrem, além de sequer entrar em contato com o requerente para averiguar se este realmente estava ciente do negócio jurídico supostamente entabulado. Aduz que outorgou procuração particular, sem ao menos saber do que se tratava, sendo claro que o empréstimo foi realizado de forma irregular pelo apelado, que dentro da lei civil deveria ter exigido procuração pública para tal finalidade. Alega que acostou aos autos prova documental suficiente para demonstrar que procurou o INSS da comarca de Jardim, dizendo não haver recebido o dinheiro do empréstimo e que não havia realizado suposta operação, além de ter sido vítima de informações duvidosas por parte de terceiro, bem como sequer

ter recebido ligação do apelado, apesar dos empréstimos já estarem sendo debitados de sua aposentadoria. Afirma que o apelado detinha condições de evitar a fraude, e, se assim não o fez, tem o dever de reparar as lesões ocasionadas pelo tratamento falho e defeituoso na prestação do serviço bancário.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Clovis dos Reis Correa interpõe recurso de apelação cível nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de Banco Schahin S/A, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bela Vista que julgou improcedente o pedido inicial.

Assevera que a requerida não agiu dentro das regras de direito, já que concedeu empréstimo com procuração realizada em nome de outrem, além de sequer entrar em contato com o requerente para averiguar se este realmente estava ciente do negócio jurídico supostamente entabulado. Aduz que outorgou procuração particular, sem ao menos saber do que se tratava, sendo claro que o empréstimo foi realizado de forma irregular pelo apelado, que dentro da lei civil deveria ter exigido procuração pública para tal finalidade. Alega que acostou aos autos prova documental suficiente para demonstrar que procurou o INSS da comarca de Jardim, dizendo não haver recebido o dinheiro do empréstimo e que não havia realizado suposta operação, além de ter sido vítima de informações duvidosas por parte de terceiro, bem como sequer ter recebido ligação do apelado, apesar dos empréstimos já estarem sendo debitados de sua aposentadoria. Afirma que o apelado detinha condições de evitar a fraude, e, se assim não o fez, tem o dever de reparar as lesões ocasionadas pelo tratamento falho e defeituoso na prestação do serviço bancário.

In casu, a autora propôs a presente ação de indenização em face do apelado, já que no início de 2010, após ser contactado pela pessoa de Diogo Hygor Guandolin Junior, acreditando ser este membro da associação de idosos da cidade de Porto Murtinho, outorgou uma procuração em favor de Meline Paludetto e acredita que, fazendo uso da referida procuração, foram feitos empréstimos indevidos em nome do autor junto ao requerido. Requereu a condenação do banco requerido ao pagamento de R$ 1.824,01 (um mil oitocentos e vinte e quatro reais e um centavo), além de danos morais no valor de cinquenta vezes o valor indevidamente retirado a título de empréstimo, totalizando R$ 91.200,05 (noventa e um mil e duzentos reais e cinco centavos).

A instituição financeira, devidamente citada, defendeu a existência de contrato firmado entre as partes, bem como que não cometeu qualquer ato ilícito, não havendo danos morais a serem indenizados.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente a demanda, para o fim de reconhecer a existência de relação jurídica e débito existente entre as partes e, em consequência, afastar a indenização por danos morais e materiais.

Pois bem.

No concernente à regularidade do contrato, entendo que assiste razão ao apelante.

Diante da inversão do ônus da prova, cabia ao requerido fazer prova de que o empréstimo foi solicitado pela autora. Não o tendo feito, por meio da apresentação do respectivo contrato e demais documentos pertinentes ao negócio jurídico, deixou evidenciado que não agiu com o devido cuidado na prestação de seus serviços, permitindo que outrem utilizasse documentos de terceiro para realizar contrato com a instituição financeira.

Dessa forma, ao meu modo de ver, ainda que não haja culpa da ré pela realização da fraude, trata-se de responsabilidade objetiva pelos danos advindos do exercício de sua atividade econômica. Isso porque o recorrido deve responder pela relação jurídica inexistente e, consequentemente, pelos descontos realizados contra benefício do apelante sem sua autorização.

Diante disso, entendo que deve ser reformada a sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídica entre as partes.

Ao compulsar os autos, verifica-se que houve falha na prestação de serviço por parte da instituição financeira, uma vez que não verificou se os documentos eram de fato da pessoa com quem estava contratando, agindo culposamente quando promoveu os descontos contra aposentadoria da apelante, com quem jamais manteve relação contratual.

No que concerne aos requisitos da responsabilidade civil, tenho-os por suficientemente demonstrados. Como é cediço, o acolhimento do pleito indenizatório depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexo de causalidade entre eles e da culpa ou dolo do ofensor. Tratando-se de relação jurídica de natureza consumerista, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, dispensa-se o requisito volitivo do agente (dolo ou culpa), por força do disposto no seu art. 14 (responsabilidade objetiva).

No caso dos autos, restando configurada a responsabilidade do banco/apelado na falha da prestação dos serviços, consubstanciada na negligência quanto à liberação de crédito a terceiro (com empréstimo consignado em folha de pagamento) em nome do apelante, suprimindo dele parcela de sua remuneração, prejudicando sua própria subsistência.

Note-se que o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, por outro lado, é intuitivo, uma vez que o constrangimento e vexame caracterizam a dor moral e são uma decorrência lógica daquele ato.

Importante destacar, ainda, que os riscos da atividade empresarial desempenhada pela instituição financeira são inerentes à própria atividade, não podendo ser repassada a terceiros de boa-fé. Se a instituição financeira presta um serviço que potencializa o risco previsível que possa eventualmente ser provocado por golpistas – já que procedeu à contratação de crédito sem checar documentalmente a legitimidade das informações que recebeu. Assim, como assume tal risco, procurando com isso aumentar seus lucros, deve responder por eventual dano oriundo desse risco assumido, conforme entendimento adotado pela Corte Superior:

> *"O fato de a empresa ... ter sido vítima de um estelionato não a autoriza a efetuar registros negativos em nome de terceiros alheios ao negócio...Quem atua no mercado e aufere lucros com a sua atividade corre o risco de causar danos a terceiros, resultantes da falta de cuidado na realização da sua operação. O prejuízo que daí decorre aos outros, terceiros de boa-fé, deve ser reparado pelo causador direto do ato danoso, isolada ou solidariamente, com direito regressivo aquele que concorreu ou induziu à prática do ato".* (STJ - Resp 404778/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).
>
> *No mesmo sentido, a orientação desta Corte:*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO REALIZADO POR FALSÁRIO, UTILIZANDO-SE DE DOCUMENTOS DO AUTOR CUJO NOME VEM A SER NEGATIVADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR FIXADO REDUZIDO, POR NÃO ATENDER O CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A inscrição indevida do nome de pretenso devedor em cadastro de inadimplentes, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil por parte do agente financeiro, sem nenhuma influência a circunstância de que a abertura de*

> *contrato de financiamento se dera com base em documentos utilizados por terceiro de má-fé. O agente financeiro deve conferir toda a documentação relativa ao contrato, de modo a evitar a contratação hipotética, já que responsável pelos atos de seus funcionários ou prepostos. O valor do dano moral deve ser reduzido quando se revelar desproporcional e incompatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade."* (TJMS - Apelação Cível - N. 2008.017234-3 - Campo Grande - 5ª T. Cível - Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Julgado em 6.11.2008).

Afora isso, impende salientar que sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, ao prestar seus serviços da forma como já esplanada, o apelado, sem dúvida, forneceu serviço inseguro ao consumidor, devendo responder objetivamente pelos danos que daí advierem, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei do Consumidor.

Quanto aos danos morais, é pacífico o entendimento no sentido de que o desconto em folha de contrato oriundo de fraude, é indevido, e gera abalo psicológico, eis que inequivocamente suportou constrangimentos e aborrecimentos, principalmente porque a cobrança indevida ocorreu diretamente sobre seus vencimentos, suprimindo verba de caráter alimentar, configurando dano moral puro, o qual prescinde da prova do dano.

Neste sentido, a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DÉBITO SEM AUTORIZAÇÃO DA CORRENTISTA - RESSARCIMENTO DO VALOR - DANOS MORAIS MANTIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO.O débito em conta-corrente para pagamento de obrigação de terceiro sem autorização da titular configura falha na prestação dos serviços bancários e enseja indenização por danos morais e materiais."* (Apelação Cível 2012.001521-1, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, publicação em 23.02.2012).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL C.C. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PACTA SUNT SERVANDA – DESCONTO INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANOS MORAIS DEVIDOS E MANTIDOS – REPETIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES, DEVIDAMENTE CORRIGIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.Nas relações contratuais sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio pacta sunt servanda não se encontra mais revestido de caráter absoluto.O débito indevido em conta corrente e sem autorização do correntista configura falha na prestação dos serviços e enseja indenização por danos morais, sendo adequada a indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo magistrado de piso.É devida a restituição de valores eventualmente pagos a maior em obediência ao princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor, contudo, tal devolução deverá ocorrer na forma simples, devidamente corrigida."* (Apelação Nº 0802085-42.2012.8.12.0018, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Julgado em 19/12/2013)

Quanto ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição. De fato, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *"quantum"* a ser fixado a título de dano moral. Trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Assim, em se tratando de ação de indenização por danos morais, onde inexistem critérios objetivos para a fixação do montante devido a título de verba indenizatória, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo que o valor fixado na sentença no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) se apresenta justo e adequado às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação. Lembrando que na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Cumpre consignar que não há que se falar em restituição dos valores pagos a título de empréstimo, uma vez que não comprovados os efetivos descontos na aposentadoria do autor das 60 parcelas no montante de R$ 46,00, de acordo com o descrito no histórico de consignações de fl. 14.

Conclusão:

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, no sentido de indenizar a autora/apelante no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

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. 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, 10 de março de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800313-46.2013.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – SÚMULA 119 DO STJ – PRAZO VINTENÁRIO – MÉRITO – MÁ VALORAÇÃO DAS PROVAS – LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR O LAUDO – INCONFORMISMO COM O RESULTADO DESFAVORÁVEL – ÔNUS PROBATÓRIO DEVIDAMENTE CUMPRIDO PELA PARTE AUTORA – ART. 131, CPC – PRINCÍPIO DA LIVRE VALORAÇÃO DA PROVA – 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, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Camapuã que, nos autos da ação de indenização por constituição de servidão proposta por Aguimar de Souza Ferreira, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, afastou a preliminar de prescrição e condenou a requerida ao pagamento de indenização no valor de R$ 37.500,00, em razão da servidão da área descrita na inicial, corrigido monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros legais a partir de 30/08/2013. Condenou ainda a requerida, ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação, com base no art. 20, §3º, do CPC.

Em suas razões alega, preliminarmente, a ocorrência da prescrição e, no mérito, defende a necessidade de reforma da sentença em razão da má valoração das provas. Afirma que o apelado não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, conforme determina o art. 333, I, do CPC e que o laudo pericial utilizado pelo magistrado para fundamentar a sentença, foi elaborado por profissional sem qualificação para tanto. Assim, requer a reforma da sentença, por falta de provas ou, ao menos, que seja reduzido o valor apurado na perícia judicial.

Contrarrazões às fls. 143-150/TJMS.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Camapuã que, nos autos da ação de indenização por constituição de servidão proposta por Aguimar de Souza Ferreira, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, afastou a preliminar de prescrição e condenou a requerida ao pagamento de indenização no valor de R$ 37.500,00, em razão da servidão da área descrita na inicial, corrigido monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros legais a partir de 30/08/2013. Condenou ainda a requerida, ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação, com base no art. 20, §3º, do CPC.

Prejudicial de prescrição

Em suas razões alega, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, fundamentando seu pedido no artigo 10, § único, do Decreto-Lei n. 3.365/41, sob argumento de que nos casos de desapropriação indireta, se aplica por analogia o prazo de 5 anos.

A matéria relativa à prescrição do direito ora discutido foi amplamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, culminando na edição da Súmula 119, segundo a qual *"a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos"*.

Neste sentido, esta Quinta Câmara Cível já firmou seu posicionamento. Para ratificar tal entendimento, colaciono ementa do voto do Relator Desembargador Sideni Soncini Pimentel que, ao julgar os autos n. 2011.010299-9, negou provimento ao recurso, mantendo o entendimento quanto ao prazo vintenário da prescrição, *in verbis:*

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – ADEQUADA – REIVINDICATÓRIA DE DOMÍNIO – NÃO CABIMENTO – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – SÚMULA 119 DO STJ – INÍCIO DO PRAZO – DATA DO ESBULHO – RECURSO CONHECIDO E IMPRÓVIDO .1. No curso da atividade de ocupação incumbiria ao proprietário ou possuidor valer-se dos meios potestativos do ordenamento, a começar pelos remédios possessórios para impedir a consumação do desapossamento. No entanto, encontrando-se a situação consumada, a coisa privada está efetivamente na posse da Administração, servindo a um fim público, como uma praça, um viaduto, uma escola, etc; a isso se consagra a denominação de desapropriação indireta. Na hipótese, ocorreu a desapropriação sem o devido processo legal, o apossamento irregular do bem imóvel particular pelo Poder Público, quando não obedeceu ao procedimento previsto pela lei. Esta desapropriação pode ser impedida por meio de ação possessória, sob a alegação de esbulho. Entretanto, a partir do momento em que a Administração Pública der destinação ao imóvel, este passa a integrar o patrimônio público, tornando-se insuscetível de reintegração. 2.* O prazo prescricional para a ação de desapropriação indireta é de 20 anos, conforme Súmula 119 do STJ. *3. A interrupção da prescrição ocorre nos termos do art. 202, II, do CPC. O protesto a que se refere o inciso II do art. 202 do CC 02 é aquele descrito no artigo 867 do CPC. Portanto, trata-se de ação judicial de protesto, com procedimento próprio, inserida no CPC - Livro III - Do Processo Cautelar, não podendo ser substituída por sentença. 4. Segundo entendimento do STJ, consoante o princípio da actio nata, o direito de ação de indenização por desapropriação indireta nasce no momento em que a área é esbulhada pelo poder público."*

Desta forma, afasto a prejudicial alegada.

Mérito

No mérito, defende a necessidade de reforma da sentença em razão da má valoração das provas. Afirma que o apelado não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, conforme determina o art. 333, I, do CPC e que o laudo pericial utilizado pelo magistrado para fundamentar a sentença, foi elaborado por profissional sem qualificação para tanto.

Assim, requer a reforma da sentença, por falta de provas ou, ao menos, que seja reduzido o valor apurado na perícia judicial.

É certo que o julgador não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos, fatos e demais circunstâncias provadas nos autos (art. 436 do Código de Processo Civil), tudo como decorrência do Princípio da Livre Valoração da Prova (art. 131).

Porém, para rejeitar a conclusão obtida pelo avaliador, deve, por força mesmo do sistema da persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil em matéria de prova, declarar os fundamentos por que o faz.

Ora, sendo o avaliador judicial nomeado em razão de sua capacidade e da confiança do juízo nele depositada, realizando o seu *munus* sob compromisso, em princípio, tem confiabilidade, atestando fatos diretamente relacionados com seus conhecimentos técnicos. Seu trabalho só não será aceito, se revelar ter sido elaborado dolosamente, ou se outros profissionais da área demonstrarem vícios, que podem decorrer de dados incorretos.

Portanto, não há como se reconhecer a procedência do pedido.

Em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, é certo que os autos não dão guarida ao pedido formulado, posto que a análise detida do processo nos leva à conclusão de que os fatos narrados pela apelante estão desprovidos de lastro probatório, sendo que a única prova concreta existente nos autos é exatamente o laudo pericial. Ademais, caberia à mesma o dever de desconstituir a prova pericial, demonstrando a real existência de seu direito, conforme está disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Não destoa desse entendimento este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE VEÍCULO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – ATROPELAMENTO DE PEDESTRE – RODOVIA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333 DO CPC – BOLETIM DE OCORRÊNCIA EM DESFAVOR DA TESE AUTORAL – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, o ônus da prova cabe à parte-autora relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e à parte-ré, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte-autora. Recurso conhecido e não provido."* (TJMS; Apelação Cível - Sumário - N. 2012.006000-3/0000-00 - Campo Grande; re. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Terceira Câmara Cível; Julgamento: 27/03/2012)

Por fim, destaco que ao analisar questão semelhante, esta Egrégia Corte decidiu:

> *I – Não demonstrada a existência de vícios na perícia realizada pelo expert nomeado pelo juízo, afasta-se a tese da nulidade da sentença.*

II – À míngua de comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos pela Lei n. 8.213/91, o segurado não faz jus à concessão de auxílio-acidente.[1]

Há de se destacar, que a apelante busca desconstituir o laudo pericial, eis que o resultado não lhe foi favorável, o que, por si só, não é suficiente para alterar o entendimento externado na sentença, tendo o autor, ora apelado, cumprido com seu ônus de trazer as provas e alegações suficientes para tramitação do feito, com elaboração de laudo judicial, ratificando as informações iniciais.

Conclusão:

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 24 de março de 2015.

***

1 AC-2011.005747-4, Rel. Des. Josué de Oliveira, 4ª Turma Cível, j. 20.9.11, v.u.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0100165-69.2005.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PREEMPÇÃO OU DE PREFERÊNCIA – IMÓVEL URBANO – CONDOMÍNIO TRADICIONAL INEXISTENTE – ÁREA *PRO DIVISO* – QUINHÕES DEFINIDOS – COMUNHÃO ENTRE PROPRIETÁRIOS DA MATRÍCULA DO IMÓVEL – VENDA A TERCEIROS – POSSIBILIDADE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A indivisibilidade cujo direito de preferência deve ser respeitado é aquela em que há condomínio tradicional. Em área urbana, com diversos proprietários, quinhões definidos, comprovado nos autos a comunhão de direito e não a de fato, neutralizado está o direito de preferência, dada a condição de condomínio *pro diviso*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Mário de Oliveira e Maisa Aparecida Bondeza de Oliveira apelam da sentença que julgou improcedentes pedidos de direito de preferência com depósito do valor da venda das áreas e a consequente transferência de titularidade para si das frações registradas sob nºs 35 e 35 às margens da matrícula n. 53.941 do SRI de Dourados, formulados contra Enildes Nunes Penso e outros (Marcelo Penzo da Silva, Elton Johon Marques, Marco Aurélio Marques de Oliveira, Hebe de Oliveira Barrios e Eva Rodrigues de Oliveira), os últimos introduzidos aos autos no curso da lide.

Alegam que a área em demanda foi declarada pelo Município de Dourados como *pro indiviso*, e se assim é, evidente que a venda por qualquer dos condôminos implica em garantir o direito de preferência do consorte, nos termos do art. 504 do Código Civil.

Requerem o provimento do recurso *para o fim de que sejam transferidas aos ora recorrentes, a titularidade das duas frações ideais constantes dos registros nºs 35 e 36 da matrícula nº 53941 do 1º CRI de Dourados-MS, para o nome dos Autores por questão de direito de preferência* (f. 714).

Prequestionam os artigos 87, 504, 513 a 520, 1314, 1320 e 1322 e incisos e parágrafos, do Código Civil, art. 5º, incisos XXII, XXXV, XXXVI e LV da Constituição Federal.

Contrarrazões às f. 729-733.

A Procuradoria Geral de Justiça diz que a matéria versada nos autos não tem interesse público para justificar sua intervenção.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luiz Amário de Oliveira e Maisa Aparecida Bondeza de Oliveira apelam da sentença que julgou improcedentes pedidos de direito de preferência com depósito do valor da venda das áreas e a consequente transferência de titularidade para si das frações registradas sob nºs 35 e 36 às margens da matrícula n. 53.941 do SRI de Dourados, formulados contra Enildes Nunes Penso e outros (Marcelo Penzo da Silva, Elton Johon Marques, Marco Aurélio Marques de Oliveira, Hebe de Oliveira Barrios e Eva Rodrigues de Oliveira), os últimos introduzidos aos autos no curso da lide.

Alegam que a área em demanda foi declarada pelo Município de Dourados como *pro indiviso*, e se assim o foi, evidente que a venda por qualquer dos condôminos implica em garantir o direito de preferência do consorte, nos termos do art. 504 do Código Civil.

Requerem o provimento do recurso *para o fim de que sejam transferidas aos ora recorrentes, a titularidade das duas frações ideais constantes dos registros nºs 35 e 36 da matrícula nº 53941 do 1º CRI de Dourados-MS, para o nome dos Autores por questão de direito de preferência* (f. 714).

Pelo primoroso detalhamento jurídico, reproduzo os fundamentos da sentença da ilustre juíza, ao menos na parte que interessa:

> *Inicialmente ajuizada a ação tão-somente em face do adquirente dos imóveis, ora primeiro Réu, fora determinada posteriormente a inclusão no polo passivo dos vendedores, sendo que todos os Réus argumentam que as áreas em discussão são urbanas e fazem parte de condomínio divisível, pelo que não há que se falar em direito de preferência.*
>
> *Nestes termos, para saber se os Autores fazem jus a exercer seu direito de preferência, é necessário verificar se o condomínio é ou não indivisível.*
>
> *Prescreve o art. 504 do Código Civil:*
>
> *"Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.*
>
> *Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço."*
>
> *O conceito de divisibilidade encontra-se expresso nos arts. 87 e 88 do Código Civil, infra:*
>
> *"Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.*

Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes."

Na fatispécie, observa-se que, conquanto os titulares dos registros constantes da matrícula nº 53.941 (fls. 242/246) estejam em condomínio, tal fato não determina, por si só, a indivisibilidade do imóvel. Assim é que pode haver condomínio de bens divisíveis e indivisíveis, sendo que o caso em tela se subsume à primeira espécie.

Para melhor esclarecimento, há que se distinguir "condomínio sobre coisa indivisível" de "condomínio pro diviso".

Acerca da indivisibilidade do bem, leciona Arnaldo Rizzardo:

"A indivisibilidade pode ser determinada por necessidade do fim ou do destino da coisa, o que representa, em última análise, o valor econômico da mesma. Emerge um sentido econômico na restrição. Sofrendo a divisão, torna-se imprópria à sua finalidade. Ou seja, a indivisibilidade resulta da circunstância de afetar a divisão o valor econômico do bem. Embora não seja atingido em sua substância, pois continua a ser o que era antes, o valor econômico resta prejudicado. (...) De igual modo, no caso de um terreno, com certa metragem de largura, se o fracionarmos em tantas unidades que os titulares dos respectivos domínios ficariam impossibilitados de construir sobre ele. As partes, tomadas isoladamente, perdem a utilidade.

(...)

O art. 88 (inc. II do art. 53 do Código anterior) assinala mais duas hipóteses de indivisibilidade.

A primeira, se proveniente de mandamento legal. Situações exemplificativas encontramos em leis especiais, como na Lei nº 6.766, de 1979, que prevê sobre o parcelamento do solo urbano, cujo art. 4º, inc. II, fixa em cento e vinte e cinco metros quadrados a área mínima dos lotes, com frente mínima de cinco metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal dispuser diferentemente, ou se tratar de loteamento destinado à urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, com prévia aprovação dos órgãos públicos competentes. Proíbe-se, desta maneira, a divisibilidade dos lotes se não possuírem aquela área mínima.

Referentemente ao imóvel rural, a teor do art. 8º da Lei nº 5.868, de 12.12.1972, vem disciplinado o critério para a divisibilidade desta forma: 'Para fins de transmissão a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei nº 4.504, de 30.11.1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixada no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área'.

(...)

A segunda, quando resulta de convenção, é verificável sempre que as partes assim o dispuserem.(...)" (idem, p. 358/359).

Do quanto exposto acima, conclui-se que, um bem será divisível quando se puder fracionar sem alteração de sua substância, diminuição considerável de seu valor, ou prejuízo do uso a que se destina.

Pode, ainda, um bem naturalmente divisível, se tornar indivisível por convenção das partes ou por determinação legal.

O caso em tela não se inclui entre as possibilidades acima, uma vez que não há qualquer disposição dos condôminos, a fim de tornar o imóvel indivisível. O que ocorreu, na verdade, foram diversas alienações de partes ideais do imóvel, com os respectivos registros à margem da mesma matrícula, formando um condomínio entre os proprietários.

É o que se extrai da certidão de fls. 240 do Cartório de Registro de Imóveis, e igualmente afirmado pelas partes.

Outrossim, não é cabível discussão acerca de eventual área mínima permitida para desmembramento, uma vez que não é objeto de debate entre as partes.

Logo, conclui-se indubitavelmente que o condomínio existente entre os proprietários das frações ideais do imóvel de matrícula nº 53.941, trata-se de condomínio divisível.

Por outro lado, o condomínio pro diviso é aquele em que a comunhão existe de direito, mas não de fato, uma vez que cada condômino já se localiza numa parte certa e determinada da coisa.

É o que ocorre in casu, tendo em vista os documentos juntados aos autos, mais especificamente os de fls. 139/140, onde se verifica a delimitação da parte ideal de cada um dos condôminos proprietários.

Importa ressaltar que o condomínio pro diviso não sugere a indivisibilidade do bem, mas apenas indica que o bem possui mais de um proprietário sem que as partes ideais tenham sido desmembradas e registradas em matrículas próprias.

Em outras palavras, um condomínio de coisa momentaneamente indivisa não atribui direito de preferência aos co-proprietários, desde que a parte vendida tenha a área mínima exigida pela legislação pertinente, para constituição e registro como parte autônoma, com a pertinente averbação junto ao cartório de registro de imóvel competente.

Ainda citando Arnaldo Rizzardo, temos que:

"Poderá existir a comunhão, mas, se divisível o bem, não vinga a regra do art. 504 (art. 1.139 do Código anterior). Oportuna, a respeito, a lição de Silvio Rodrigues, tratando de assunto cuja regulamentação mantém-se sob a égide do Código de 2002: 'Assim, se a coisa for divisível, ampla é a liberdade de alienar do comunheiro; se indivisível, só pode vendê-la a estranhos após havê-la oferecido por igual preço aos consortes. Só após a oferta e mediante a recusa dos mesmos fica legitimado para vendê-la alhures'.

Sobre a dispensa de anuência dos condôminos, na venda de coisa divisível, embora comum, é antiga a posição da jurisprudência, como revela aresto da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, na Apelação Cível nº 488/81: 'Não há direito de preferência de condômino em imóvel originalmente indivisível transformado por força de interesses supervenientes, em unidades autônomas e independentes'." (ibidem, p. 359, grifo nosso)

Nesse diapasão, tem-se que o direito de preferência somente poderá ser exercido pelo condômino em casos em que a propriedade recaia sobre bem indivisível, conforme previsão legal. Logo, sendo divisível o bem, o proprietário que pretender alienar sua quota-parte estará dispensado de notificar o(s) outro(s) condômino(s) para apresentação de proposta.

(...).

Esse é o entendimento da jurisprudência pátria, inclusive de nosso E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PEREMPÇÃO – VENDA DE PARCELA IDEAL CORRESPONDENTE A 50% DE BEM IMÓVEL RURAL – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONDÔMINO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – RELAÇÃO CONDOMINIAL PRO INDIVISO QUE NÃO SUGERE A INDIVISIBILIDADE DO BEM – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 504 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos do artigo 504 do Código Civil, aquele que possuir coisa indivisível em relação condominial com outros proprietários possui direito de preferência na sua aquisição.

O direito de preferência somente é garantido nos casos em que a propriedade recaia sobre bem indivisível, de modo que, sendo divisível a coisa, o proprietário que pretender alienar sua cota-parte estará dispensado de notificar o outro condômino para apresentação de proposta.

O "condomínio sobre coisa indivisível" ocorre sempre que o bem em questão não puder ser fracionado, seja por impossibilidade natural, seja por vedação legal. Por outro vértice, o condomínio pro indiviso é o exercício da propriedade que recai sobre um mesmo bem, em frações certas, mas não delimitadas ou especificadas, não gerando o direito de preferência. Recurso conhecido e não provido. (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.029585-4/0000-00, Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgamento: 11/03/2009).

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE PREFERÊNCIA EM RAZÃO DA VENDA DE ÁREA INDIVISA – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Nada impede a alienação de imóvel em condomínio sem que haja direito de preferência ao condômino preterido, em relação a imóvel divisível, mas que permanece em estado de indivisão, assim como acontece com o recebimento de bens pelos herdeiros consistente em cinquenta por cento de uma área rural. (TJMS, Apelação Cível n.º 2002.001093-7, Órgão Julgador: Terceira Turma Cível, Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, Julgado em 05.04.2004).

AÇÃO ORDINÁRIA - VENDA DE PARCELA DE TERRENO EM CONDOMÍNIO - COISA INDIVISA, PORÉM DIVISÍVEL - INAPLICABILIDADE DO ART. 504 DO CC/2002 - DIREITO DE PREFERÊNCIA - INOCORRÊNCIA. - O critério principal para a verificação da divisibilidade natural de um bem é o econômico. Embora seja possível a divisão física, se a divisão resultar uma diminuição considerável do valor econômico do bem, este não poderá ser considerado divisível. Se, no entanto, tal situação não se verificar, o bem deverá ser considerado divisível. - O art. 504 do Código Civil de 2002 não se aplica aos bens que, embora indivisos, sejam passíveis de divisão. (TJMG; Apelação Cível n.º 1.0.686.04.136659-8/001; Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Fabio Maia Viani; Julgado em 14.08.2007).

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. PREEMPÇÃO. Sendo o imóvel fisicamente divisível, não há falar em direito de preferência, podendo o condômino alienar livremente seu quinhão sem dar conhecimento aos demais condôminos. art. 1.139 do CC/1916, com dispositivo correspondente no art. 504 do Código Civil vigente. Era ônus do autor (art. 333, I, do CPC) demonstrar que o imóvel tem área inferior ao módulo rural da região. Negaram provimento ao apelo. Unânime. (TJSC; Apelação Cível n.º 70015823776; Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Alexandre Mussoi Moreira; Julgado em 22/03/2007).

No que pertine à discussão sobre ser o imóvel rural ou urbano, cumpre consignar que, conforme consta na própria matrícula, este situa-se em perímetro urbano, consoante averbação nº 19 de fls. 244-vº.

Por outro lado, verifica-se que a área pertencente aos Autores se trata de uma chácara (fls. 571/573).

Nestes termos, conforme entendimento do STJ, tratando-se de chácaras situadas em área urbana, não se aplica o Estatuto da Terra para fins de indivisibilidade, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL - LOTEAMENTO - CONDOMINIO - PREFERENCIA. I - NÃO SE TRATANDO DE ÁREA RURAL, MAS DE PEQUENAS CHACARAS, JA DIVIDIDAS COM O OBJETIVO DEFINIDO, COM CONSTRUÇÕES E BENFEITORIAS, LOCALIZADAS EM PERIMETRO URBANO (ZONA SUBURBANA) NÃO HA QUE SE FALAR EM INDIVISIBILIDADE DE AREA RURAL A QUE SE REFERE O ESTATUTO DA TERRA. II - PARA QUE SE CARACTERIZE O CONDOMINIO LEGAL, COMO O SISTEMA PREVISTO PARA A ZONA RURAL, NECESSARIA A INDIVISIBILIDADE DA AREA QUE SE A TEM COMO MODULO E ESTE NÃO SE FRAGMENTA. III - NÃO SE CARACTERIZANDO HIPOTESE DE CONDOMINIO RURAL E NEM AS DE QUE TRATA O CODIGO CIVIL NÃO CABE POSTULAR AÇÃO DE PREEMPÇÃO, PELA EVENTUAL ALIENAÇÃO DE IMOVEL. IV - RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp 4268 / RS, Relator(a) Ministro WALDEMAR ZVEITER (1085) Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 09/10/1990, Data da Publicação/Fonte DJ 05/11/1990 p. 12430)

De tudo quanto exposto, conclui-se que se trata o imóvel em questão, de área urbana pro divisa, uma vez que os proprietários de suas respectivas quotas-partes situam-se em local certo e determinado da coisa, pelo que é perfeitamente divisível, e, consequentemente, não há falar em direito de preferência do co-proprietário.

(...)

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, com fulcro nos arts. 87 e 504 do Código Civil, julgo improcedentes os pedidos efetuados por Luiz Amário de Oliveira e Maisa Aparecida Bondezan de Oliveira em face de Enildes Nunes Penso, Marcelo Penzo da Silva, Elton Johon Marques, Marco Aurélio Marques de Oliveira, Hebe de Oliveira Barrios e Eva Rodrigues de Oliveira.

Na busca de reformar o *decisum* os autores apelantes se apegam ao documento de f. 654. Dizem que este é prova cabal da instituição da indivisibilidade da área pela Prefeitura Municipal de Dourados.

No entanto, a sentença não merece reparos.

No caso em apreço não verifica nenhuma das possibilidades de indivisibilidade prevista no art. 88 do Código Civil.

O documento ao qual os apelantes indicam como alicerce da indivisibilidade não passa de mera declaração quanto a localização, área urbana no Distrito de Indápolis e que *não possui desmembramento em lotes aprovados por esta Prefeitura, existem averbações com compra e venda em regime de condomínio com determinação de área em pro indiviso* (*sic*).

No entanto, a parte final da declaração conflita com os registros constantes às margens da matrícula da área, os quais não deixam dúvida de que a comunhão entre os proprietários é apenas em relação à matrícula, já que há quinhões determinados para cada proprietário.

A área em questão é, diferentemente do alegado pelos apelantes, *pro diviso*. Porquanto existe a comunhão de direito, não existe de fato, tanto que cada condômino já se localiza numa parte determinada da coisa e dela pode dispor sem observar o direito de preferência.

A preterição e o direito ao exercício de preferência dar-se-ia caso houvesse condomínio tradicional, o que não se constata no caso porque, como ressaltado, trata-se de área divisível, e nenhuma indivisibilidade existe, quer pela natureza, quer instituida em decorrência de lei ou mesmo de convenção.

Carlos Roberto Gonçalves[1] comentando sobre essa matéria ressalta:

> *A comunicação aos demais consortes, pelo interessado em vender sua parte ideal, pode ser feita por meios judiciais e extrajudiciais, como carta, telegrama, notificação pelo oficial de títulos e documentos etc., de modo express e com comprovante de recebimento, devendo mencionar as condições de preço e pagamento para a venda, negociadas com o estranho.*
>
> *A regra em apreço aplica-se somente ao condomínio tradicional e não ao edilício. Assim, um condômino em prédio de apartamentos não precisa dar preferência aos demais proprietários. Mas se a unidade pertencer também a outras pessoas, estas devem ser notificadas para exercer a preferência legal, pois instaurou-se, nesse caso, um condomínio tradicional dentro do horizontal.*
>
> *Se a coisa é divisível, nada impede que o condômino venda a sua parte a estranho, sem dar preferência aos seus consortes, pois testes, se não desejarem compartilhar o bem com aquele, poderão requerer a sua divisão.*

A respeito veja-se os precedentes:

> *IMÓVEL RURAL CONDOMÍNIO ALIENAÇÃO DE PORÇÃO DETERMINADA DA GLEBA POR UM DOS CONDÔMINOS ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREEMPÇÃO GLEBA QUE SERIA INDIVISÍVEL POR ATO DE VONTADE. Pretensão do condômino supostamente preterido à declaração de nulidade do negócio. Sentença de improcedência. Apelação. Conjunto probatório que demonstra a existência de condomínio pro diviso. Inaplicabilidade do direito de preferência. Recurso não provido.* (TJSP; APL 9112206-86.2009.8.26.0000; Ac. 5149036; Registro; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. João Carlos Garcia; Julg. 24/05/2011; DJESP 22/07/2011).
>
> *AÇÃO ORDINÁRIA DE DIREITO DE PREEMPÇÃO C/C DEPÓSITO E ANULAÇÃO DE TÍTULO DE TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADEIMÓVEL PRO INDIVISO. DIFERENÇA ENTRE OS INSTITUTOS DO CONDOMÍNIO SOBRE COISA INDIVISÍVEL E CONDOMÍNIO PRO INDIVISO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECONVENÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA MANTIDA. De fato, não se pode negar que o Código Civil trouxe a previsão do direito de preferência na aquisição que deve ser resguardado àquele que possuir coisa indivisível em relação condominial com outros proprietários. A expressão "coisa indivisível", na acepção utilizada pelo legislador, compreende, segundo dizeres de Maria Helena Diniz, "o que não pode ser partido sem alteração em sua substância ou valor. Assim, se for fracionado, não poderá mais prestar o serviço e a utilidade que o todo, anteriormente, oferecia".* (dicionário jurídico. Vol. I. 2ª ED. São paulo: Saraiva, 2005. P. 472.). *Conclui-se,*

1 **Direito Civil Brasileiro,** v. III, 5ª ed., Saraiva: São Paulo, 2008, . 220.

então, que será divisível todo o bem que possa ser parcelado sem que haja alteração na sua substância, diminuição considerável do valor ou prejuízo do uso a que se destina (artigo 87 do Código Civil). Assim, o condomínio sobre coisa indivisível, que geraria o direito de preferência dos consortes, ocorre sempre que o bem em questão não puder ser fracionado, seja por impossibilidade natural, seja por vedação legal. Por outro vértice, o condomínio pro indiviso "é aquele em que a comunhão perdura de fato e de direito. Todos os comunheiros permanecem na indivisão, não se localizando no bem, que se mantém indiviso". Ou seja, trata-se do exercício da propriedade que recai sobre um mesmo bem, em frações certas, mas não delimitadas ou especificadas. Note-se, que o condomínio pro indiviso não sugere a indivisibilidade do bem, mas apenas indica que o bem possui mais de um proprietário sem que haja uma exata divisão física. É esta a hipótese sub judicie. Portanto, tratando-se o imóvel rural de um bem perfeitamente divisível, não há falar em direito de preferência do condomínio na aquisição de cota-parte. Assim, a preferência na aquisição, só há de ocorrer quando o bem for indivisível, na hipótese de sê-lo divisível, a alienação poderá ocorrer independentemente do exercício do direito de prelação. Por não ser o caso de propriedade in diviso não caberá, portanto, o direito de prelação ora invocado, o que choca de plano com as condições da ação. Atualmente, o melhor método para diferenciar entre a admissibilidade e o mérito de alguns recursos consiste na denominada teoria da asserção. A palavra asserção deriva do latim assertione e significa, afirmação, alegação, argumentação. Segundo a teoria da asserção, também denominada de prospettazione, as condições da ação são aferidas consoante o alegado pelo autor na petição inicial, não podendo o magistrado adentrar com profundidade em sua análise, sob pena de exercer juízo meritório. Deste modo, entendo ser o autor carecedor do direito de ação, por falta de interesse processual, na modalidade inadequação da via eleita, na medida em que, a propriedade, objeto da presente lide, não se trata de condomínio pro indiviso, fato este, que não gera direito de preferência aduzido pelo demandante. Não obstante a irregularidade acima apontada, observo que mesmo que o autor tivesse o direito potestativo de anular o negócio jurídico de compra e venda em razão da norma contida no art. 504 do CC, ainda assim não lograria êxito em sua pretensão, já que seu pretenso direito estaria alcançado pelo instituto da decadência, pelos motivos que passo a aduzir. A norma do art. 504 do CC deixou de definir expressamente o termo a quo do prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias para manifestação da preferência na aquisição do bem indivisível, o que enseja a adoção de três posições diferenciadas na doutrina e jurisprudência: - Uma primeira, que considera como termo inicial a data da lavratura da escritura; - Uma segunda, que conta o prazo da data do registro imobiliário; e - Uma terceira, que leva em consideração o efetivo conhecimento da alienação. Me filio à terceira posição que considera como termo inicial do prazo decadencial susomencionado a data em que o co-proprietário toma ciência da alienação. Desta forma, a apelação interposta pelo primeiro deverá ser conhecida, uma vez que preenche os pressupostos de admissibilidade recursal, porém, de ofício, entendo que deverá ser alterado o fundamento de direito da sentença objurgada para julgar extinto o processo sem resolução do mérito na forma do art. 267, VI, do CPC, ou seja, por ausência de interesse processual (inadequação da via eleita). Reconvenção. Incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, ficando à cargo do réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos deste direito. É o que conceitualmente se designa de ônus de prova, utilizado como regra de julgamento. A permuta realizada se constitui em negócio jurídico formal, já que diz respeito à transferência de bem imóvel de valor superior a 30 salários mínimos, aplicando-se-lhe as disposições legais referentes ao contrato de compra e venda (art. 533 do CC), dependendo para sua validade que seja feito por escritura pública na forma do art. 108 do CC. Nesse diapasão, infere-se dos autos que as apelantes reconvintes não se desincumbiram do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito na forma doart. 333, I, do CPC. Tampouco, há nos autos lastro probatório suficiente que me permita concluir a respeito da aquisição do imóvel localizado em guarapari/ES. Isto posto, conheço das apelações interpostas pelo autor e pelas rés reconvintes, para negar-lhes provimento e, de ofício, declaro extinta a ação ajuizada pelo primeiro apelante,

> *na forma do art. 267, VI, do CPC, tendo em vista a ausência de interesse de agir do autor. Ante a ausência de alteração substancial na sentença atacada, ficam inalterados os ônus de sucumbência.* (TJES; AC 14050023291; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa; Julg. 19/01/2010; DJES 09/02/2010; pág. 51).

Como não se trata de condomínio, quer legal quer voluntário, nenhuma ofensa há aos artigos do Código Civil (arts. 87, 504, 513 a 520, 1314, 1320 e 1322), tampouco aos incisos XXII, XXXV, XXXVI e LV do art. 5º da Constituição Federal, porquanto preservada a propriedade e o exercício pleno que ela confere, tanto dos apelantes como dos apelados.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1400734-34.2015.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL – DESMEMBRAMENTO – PENHORA DE FRAÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – PEDIDO DE NOVA AVALIAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 683 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na espécie, é possível o desmembramento da área de 600 metros quadrados denominada de Lote H-7 A, a qual é ocupada pela edificação de apoio da área de lazer e piscina, preservando-se a área de 900 metros quadrados ocupada pelo imóvel residencial, o qual fica preservado à destinação de moradia tutelada pela Lei 8.009/90, sem a sua descaracterização.

2. *In caso*, o agravante não fez prova de ocorrência de erro na avaliação ou dolo do perito; não fez prova de que houve significativa majoração/valorização dos bens; ou mesmo acerca de fundada dúvida sobre o valor atribuído aos ditos bens.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Caetano Rotilli interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento que interpôs.

Diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque *"o fundamento se mostra impróprio, pois este desmembramento causaria desvalorização do imóvel, vez que de uso familiar a mais de 20 anos"*.

Acrescenta ser necessário o deferimento *"de nova avaliação por profissionais que atendam aos aos requisitos necessários para apresentarem laudo que demonstrem o valor real do bem"*.

Requer o provimento do recurso *"impedindo a penhora de parte do imóvel e que seja realizada nova avaliação do imóvel sub judice"*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de agravo regimental interposto por Caetano Rotilli contra a decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento que interpôs.

Como relatado, diz *que a decisão recorrida deve ser reformada porque "o fundamento se mostra impróprio, pois este desmembramento causaria desvalorização do imóvel, vez que de uso familiar a mais de 20 anos".*

Acrescenta ser necessário o deferimento *"de nova avaliação por profissionais que atendam aos aos requisitos necessários para apresentarem laudo que demonstrem o valor real do bem".*

Requer o provimento do recurso *"impedindo a penhora de parte do imóvel e que seja realizada nova avaliação do imóvel sub judice".*

A decisão recorrida está assim fundamentada:

> *"Visto.*
>
> *Caetano Rotilli interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo de direito da 15ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução nº 0072634-69.2009.8.12.0001, que Rogério Luiz Pompermaier move contra si, a qual acatou pedido de desmembramento e penhora em imóvel de sua propriedade e homologou o laudo pericial que avaliou referido imóvel.*
>
> *Alega, em síntese, ser impossível o desmembramento do bem de família pois, no caso, "causaria desvalorização do imóvel, vez que de uso familiar a mais de 20 anos".*
>
> *Afirma que "a lei 8.009/1990 não faz nenhuma menção a respeito do valor do imóvel residencial, nem mesmo não se leva em consideração o tamanho do terreno, para fim de verificar a possibilidade de se fazer o desmembramento ou a penhora do bem". Acrescenta que "não há possibilidade de penhora de parte do bem de família, visto que o descaracterizaria e traria prejuízo para a área residencial".*
>
> *Diz que a avaliação do imóvel "fora realizada sem levar em consideração o valor de mercado, restando avaliado de forma ofensiva"*
>
> *Requer seja deferido o efeito ativo suspensivo e o provimento do recurso para o fim de reformar a decisão vergastada, desconstituindo a penhora sobre a fração ideal do imóvel pertencente ao agravante, ante a impossibilidade de desmembramento do bem de família. Alternativamente, requer seja reformada a decisão que homologou o laudo de avaliação elaborado pelo perito do juízo ou que seja determinada nova avaliação do imóvel.*
>
> *Instruiu o recurso com os documentos de f. 16-279.*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *Trata de agravo de instrumento interposto por Caetano Rotilli contra decisão proferida pelo juízo de direito da 15ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução nº 0072634-69.2009.8.12.0001, que Rogério Luiz Pompermaier move contra si, a qual acatou pedido de desmembramento e penhora em imóvel de sua propriedade e homologou o laudo pericial que avaliou referido imóvel.*

Do desmembramento do bem de família

Inicialmente, consigna-se que, por decisão desta 5ª Câmara Cível, nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 4001005-28.2013.8.12.0000, estabeleceu-se que seria necessário expedir mandato de constatação para aferir se o imóvel do executado, ora agravante, poderia ou não ser desmembrado, sem haver a descaracterização da residência familar.

Em razão disso, o juízo a quo nomeou o Instituto de Perícias Científicas IPC, para acompanhar o analista judiciária que elaboraria o mandado de constatação. Impugnado o laudo pericial pelo executado/agravante, o magistrado singular, assim decidiu (f. 272-277 TJ):

"2. Defiro, apenas em parte, os pedidos formulados pelo exequente às f. 196/198, reiterados às f. 218/225.

Com efeito, o objetivo da perícia realizada nestes autos era apenas de verificar a viabilidade de desmembramento do imóvel pertencente ao executado e se tal desmembramento não ofenderia a impenhorabilidade do bem de família.

Assim, verificado nos autos que é possível o aludido desmembramento do lote H-7, sem a descaracterização do bem de família, há apenas que se deferir a penhora de fração do imóvel, consistente na área em que edificada o apoio à área de lazer e piscina, de 600 m, nos moldes sugeridos pelo d. Perito (por ele denominado "H-7A – f. 178).

Saliento, outrossim, que o ora exequente continuará a concorrer com os demais credores com penhora averbada na matrícula do imóvel, eis que sobre a área total do bem de Lote H-7 pende averbação de indisponibilidade do imóvel (AV. 05/103.940) e penhora em favor do Estado de Mato Grosso do Sul (R. 06/193.940), como se verifica da matrícula do imóvel, acostada às f. 190/191.

Diante disso, determino a penhora da fração ideal do imóvel de matrícula n. 103.940 do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta comarca, consistente na área em que edificada o apoio à área de lazer e piscina, de 600m (seiscentos metros quadrados). Expeça-se o respectivo termo". (g.n)

Irretocável a decisão vergastada, ante a constatação, repita-se, por perícia judicial, de que o imóvel do executado pode ser desmembrado sem que haja a descaracterização da residência familiar, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. BEM DE FAMÍLIA, POSSIBILIDADE DE PENHORA PARCIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1.- A alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal não tem passagem em sede de recurso especial, voltado ao enfrentamento de questões infraconstitucionais, apenas. 2.- Decisão judicial que determina a penhora parcial de imóvel com extensa área não malfere a coisa julgada proveniente de decisão judicial anterior que reconheceu esse mesmo imóvel como bem de família. 3.- A Jurisprudência desta Corte já se manifestou positivamente quanto à possibilidade de desmembramento de imóveis sobre os quais recaiam a proteção conferida pela Lei 8.009/90 quando for possível preservar a destinação própria tutelada pela norma protetiva. Precedentes. 4.- No caso dos autos, tendo o Tribunal de origem concluído que o imóvel era passível de repartição sem prejuízo de sua qualidade de bem de família, não é possível afirmar que faltava prova nos autos para concluir nesse sentido, sem que novamente se examinasse o caderno probatório. Incidência da Súmula 07/STJ. 5.- Agravo

*Regimental desprovido". (*STJ - AgRg no AREsp 439292 / PR – 3ª Turma – Relator: Ministro Sidnei Beneti – julgado em 11/02/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IRREGULARIDADE FORMAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DAS BASES DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE SÚMULA 7/STJ. ***BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL. DESMEMBRAMENTO. PENHORA DE FRAÇÃO. POSSIBILIDADE.*** *1. Refoge à competência deste Superior Tribunal de Justiça, a quem a Carta Política (art. 105, III) confia a tarefa de unificação do direito federal, apreciar violação de dispositivo constitucional. 2. Não se conhece de agravo regimental por falta do requisito da regularidade formal se o agravante não ataca, de forma específica, as bases da decisão agravada. Aplicação da súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Tendo o Tribunal a quo consignado a possibilidade de fracionamento do imóvel, a revisão dessa circunstância é vedada em sede de recurso especial, ante o óbice da súmula 7 desta Corte.* ***4. "Admite-se, no entanto, a penhora de parte do imóvel quando possível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso"*** (REsp 326.171/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 22/10/2001). 5. Agravo regimental desprovido". (STJ - AgRg no Ag 1130780 / RS – 4ª Turma – Relator: Ministro Fernando Gonçalves – julgado em 23/03/2010).

"CIVIL E PROCESSO CIVIL . RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ANDAR INFERIOR DA RESIDÊNCIA OCUPADO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL E GARAGEM. ***DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE****. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OBJETIVO DE PREQUESTIONAMENTO. CARÁTER PROTELATÓRIO. AUSÊNCIA. SÚMULA 98/STJ. MULTA. AFASTAMENTO. -* ***A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial. - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior. - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria em alteração na substância do imóvel. Súmula 7/STJ****. - É pacífica a jurisprudência do STJ de que os embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionar temas de futuro recurso especial não têm caráter protelatório. Súmula 98 do STJ. Afastamento da multa. Recurso especial parcialmente provido".* (STJ - REsp 968907 / RS – 3ª Turma – Relatora: Ministra Nancy Andrigui – julgado em 19/03/2009).

*Na espécie, é possível o desmembramento da área de 600 metros quadrados denominada de Lote H-7 A, a qual é ocupada pela edificação de apoio da área de lazer e piscina, preservando-se a área de 900 metros quadrados ocupada pelo imóvel residencial, o qual fica preservado à destinação de moradia tutelada pela Lei 8.009/90****,*** *sem a sua descaracterização****.***

Posto isso, rejeito o recurso neste ponto.

2. Da avaliação do imóvel

Sustenta que a avaliação do imóvel "fora realizada sem levar em consideração o valor de mercado, restando avaliado de forma ofensiva".

Dispõe o art. 683 do CPC que:

"É admitida nova avaliação quando:

*I - qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de **erro na avaliação ou dolo do avaliador**;*

*II – se verificar, posteriormente à avaliação, que houve **majoração ou diminuição no valor do bem**; ou*

*III – houver **fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem** (art. 668, parágrafo único, inciso V).” (gn).*

Bem se vê que o agravante não fez prova de ocorrência de erro na avaliação ou dolo do perito; não fez prova de que houve significativa majoração/valorização dos bens; ou mesmo acerca de fundada dúvida sobre o valor atribuído aos ditos bens.

Ao contrário, como bem frisado pelo juízo a quo, “a avaliação foi realizada com base no valor de mercado do imóvel, que se baseou nos valores de outros doze imóveis de igual padrão e próxima localização (anexos 02 e 03 do laudo pericial), pelo que inviável acolher a assertiva do executado de que o montante indicado pelo perito destoa do valor real do bem”.

Acerca da matéria confira-se os precedentes do STJ e deste Tribunal:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PENHORA. INDISPONIBILIDADE. ART. 53, § 1º, DA LEI 8.212/91. NOVA PENHORA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ARREMATAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPÓTECÁRIO. EFICÁCIA DO ATO FRENTE AO EXECUTADO E AO ARREMATANTE. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM PENHORADO. LAPSO TEMPORAL RAZOÁVEL ENTRE A AVALIAÇÃO DO BEM E A HASTA PÚBLICA. REAVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. (...)

4. Decorrido considerável lapso temporal entre a avaliação e a hasta pública, a rigor deve-se proceder à reavaliação do bem penhorado. Para tanto, porém, é imprescindível que a parte traga elementos capazes de demonstrar a efetiva necessidade dessa reavaliação. Exegese do art. 683, II, do CPC. 5. Recurso especial provido.” (STJ. REsp 1269474/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AVALIAÇÃO DE IMÓVEL OFICIAL DE JUSTIÇA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ QUE SOMENTE SERÁ AFASTADA MEDIANTE PROVA CONTUNDENTE DE ERRO. RECURSO NÃO PROVIDO. (.) Uma nova avaliação somente se justifica caso haja prova contundente de que o Oficial de Justiça, que possui fé pública, agiu com erro.” (TJMS. AR n. 2010.03409-9, Rel.Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 30.1.2010, Terceira Turma Cível).

Vê-se, portanto, que por qualquer ângulo que se analise, o recurso não traz qualquer argumento capaz de rever a combatida decisão, que deve ser preservada.

Posto isso, no comando do art. 557, caput, 2ª e 4ª figuras do CPC, nego seguimento ao agravo, mantendo intacta a decisão vergastada.

Publique-se. Intimem-se.”

Diante da possibilidade de exercer eventual juízo de retratação, procurei novamente analisar o ato recorrido em confronto com as razões do agravo interno, e cheguei à conclusão de que não devo dispor de maneira diversa porque os fundamentos da decisão agravada resistem ao presente recurso.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1413962-13.2014.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – IMÓVEL RESIDENCIAL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – ARTIGO 1.829, I, CÓDIGO CIVIL – BEM INTEGRANTE DA MEAÇÃO – NÃO CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES – PRECEDENTE DO STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1.829, inc. I, do Código Civil.

2. Na espécie, o equívoco foi incluir o viúvo meeiro concorrendo na parte da herança que cabe somente aos dois filhos do casal, ou seja, resguardado os 50% da meação, resta 50% a ser partilhado somente entre os dois filhos do casal, não concorrendo o viúvo nesta quota parte. Contudo, na hipótese dos filhos abrirem mão de parte de sua herança, em favor do genitor, mantendo-o com a quota de 33,33% dos 50% do imóvel, o direito tributário considera tal fato como doação, incidindo, portanto, o imposto de doação sobre tal parcela. Preservada a partilha, pela livre manifestação de vontade dos herdeiros, de outro lado haverá o recolhimento do imposto de transmissão, em face da forma da partilha escolhida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Espólio de Maria Cruz da Costa interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de minha relatoria que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Diz que a decisão recorrida deve ser reformada porque "*quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança*".

A título de prequestionamento, afirma *"a divergência jurisprudencial entre a r. Decisão recorrida e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça 3ª Turma (Resp 1117563/SP); acerca da sucessão hereditária, regime de bens, concorrência entre cônjuges e descentes e divisão das cotas; b) artigo 1.829, incisos I e II do Código Civil, relativo também à sucessão hereditária, regime de bens, concorrência entre cônjuges e descentes e divisão das cotas"* (sic).

Requer o provimento do recurso para *"manter a decisão de primeira instância pelos seus próprios fundamentos"*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de agravo regimental interposto pelo Espólio Maria da Cruz e outro contra a decisão monocrática de minha relatoria que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Como relatado, dizem que a decisão recorrida deve ser reformada porque "*quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança*".

A título de prequestionamento, afirmam *"a divergência jurisprudencial entre a r. Decisão recorrida e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça 3ª Turma (Resp 1117563/SP); acerca da sucessão hereditária, regime de bens, concorrência entre cônjuges e descentes e divisão das cotas; b) artigo 1.829, incisos I e II do Código Civil, relativo também à sucessão hereditária, regime de bens, concorrência entre cônjuges e descentes e divisão das cotas"* (*sic*).

Requerem o provimento do recurso para *"manter a decisão de primeira instância pelos seus próprios fundamentos"*.

A decisão recorrida está assim fundamentada:

> *"Visto.*
>
> *Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo de direito da Vara de Sucessões da comarca de Campo Grande, nos autos do inventário nº 0060412-64.2012.8.12.0001, do espólio de Maria Cruz da Costa, que consta como inventariante José Luis Hernandes Domingues, a qual indeferiu o pedido de adequação de partilha ou recolhimento de diferenças de ITCD a recolher.*
>
> *Alega, em síntese, que "requereu a adequação da partilha, vez que, em razão do regime de casamento adotado entre de cujus e cônjuge sobrevivo, bem como data de aquisição do único bem partilhado, o cônjuge sobrevivo é apenas meeiro, face à inexistência de bens particulares, hipótese em que assumiria a condição de herdeiro".*
>
> *Afirma que "o cônjuge não é herdeiro, sendo somente meeiro, haja vista que no regime da Comunhão Parcial de Bens este é meeiro dos bens comuns e herdeiro dos bens particulares, inexistentes na hipótese".*
>
> *Requer o provimento do recurso para o fim de determinar a adequação da partilha, "excluindo-se a cota de herança atribuída ao cônjuge sobrevivo, já que este somente faz*

jus à meação do bem ou que se recolha o ITCD relativo à doação da cota de herança que os herdeiros estão praticando em seu favor".

Instruiu o recurso com os documentos de f. 10-125.

É o relatório. Decido.

Trata de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões da comarca de Campo Grande, nos autos de inventário nº 0060412-64.2012.8.12.0001, a qual indeferiu o pedido de adequação de partilha ou recolhimento de diferenças de ITCD a recolher.

Ao agravante assiste razão. Dispõe o artigo 1.829, inc. I, do Código Civil que, no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente somente tem direito a sucessão quanto aos bens particulares do autor da herança. Em outras palavras: no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação da falecida.

Nesse sentido precedente do STJ:

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil. 2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ - REsp 974241 / DF – Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP) – julgado em 07/06/2011).

No caso vertente, José Luis Hernandes Domingues e Maria da Cruz da Costa, casados sob o regime da comunhão parcial de bens, adquiriram durante a constância do casamento um imóvel, tendo concebido dois filhos.

Com o falecimento de Maria da Cruz da Costa, 50% do imóvel é a meação que cabe a José Luis Hernandes Domingues; os outros 50% do imóvel constitui a herança que cabe aos dois filhos do casal. Saliente-se que a incidência de ITCD dar-se-á somente sobre os 50% do imóvel herdado pelos dois filhos.

Contudo, quando do esboço da partilha (f. 81-84 TJMS), avaliado o imóvel na quantia de R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), assim dispôs:

"5.1 MEAÇÃO DO CÔNJUGE

Ao viúvo meeiro José Luis Hernandes Domingues caberá uma quota parte ideal de metade, ou seja, 50% do imóvel, que não integra a partilha;

5.2 MEAÇÃO DISPONÍVEL

A metade do imóvel, herança a ser partilhada, que corresponde a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) será assim dividida:

Ao viúvo José Luis Hernandes Domingues que concorre com os demais herdeiros, caberá 1/3 da herança, ou seja, 33,33% da meação disponível do imóvel;

Ao herdeiro Evandro Cruz da Costa caberá uma quota parte de 1/3, ou seja, 33,33% da meação disponível do imóvel;

Ao herdeiro Geovani Eldes da Costa Dias, caberá uma quota parte de 1/3, ou seja, 33,33% da meação disponível do imóvel;" (grifo nosso)

Denota-se que o equívoco foi incluir o viúvo meeiro José Luiz concorrendo na parte da herança que cabe somente aos dois filhos do casal, ou seja, resguardado os 50% da meação, resta 50% a ser partilhado somente entre os dois filhos do casal, não concorrendo o viúvo nesta quota parte.

Contudo, na hipótese dos filhos abrirem mão, de parte de sua herança, em favor do genitor, mantendo-o com a quota de 33,33% dos 50% do imóvel, o direito tributário considera tal fato como doação, incidindo, portanto, o imposto de doação sobre tal parcela.

Nesse sentido, em caso análogo:

"PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PARTILHA DE BENS – INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO CORRIGIDAS. 1. Na hipótese de um dos cônjuges abrir mão da sua meação em favor do outro, o direito tributário considera tal fato como doação, incidindo, portanto, apenas o ITCD (art. 155, I, CF). 2. O STJ é Tribunal que julga as teses jurídicas abstraídas e não fatos, tendo sido corretamente aplicada a Súmula 7 desta Corte. 3. Questão relativa ao estorno do ITBI pago indevidamente que não pode ser apreciada no presente agravo de instrumento, considerando que não se estabeleceu o contraditório em relação ao Município do Rio de Janeiro, devendo ser resolvida pelo juiz da causa, nos autos principais, ressalvando-se ainda a utilização de ação autônoma para fins de repetição do indébito. 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos". (STJ – EDcl nos EDcl no REsp 723587/RJ – Relator Ministra Eliana Calmom – Julgado em 20/06/2006).

Posto isso, nos termos do artigo 557 § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do agravo e dou-lhe provimento, para o fim de determinar aos agravados que façam a opção por uma das seguintes situações:

a) adequação da partilha, excluindo-se o meeiro da cota parte que cabe exclusivamente aos herdeiros; nesse caso não haverá recolhimento de ITCD sobre renúncia ou doação;

b) desejando que o genitor mantenha a quota de 33,33%, dos 50% do imóvel partilhado (livre manifestação de vontade dos herdeiros), que ocorra, então, o recolhimento do imposto de doação sobre tal parcela, à fazenda pública estadual.

Publique-se. Intimem-se."

Diante da possibilidade de exercer eventual juízo de retratação, procurei novamente analisar o ato recorrido em confronto com as razões do agravo interno, e cheguei à conclusão de que não devo dispor de maneira diversa porque os fundamentos da decisão agravada resistem ao presente recurso.

No tocante ao prequestionamento, é importante salientar que o julgador não está obrigado a se manifestar acerca de todas as alegações e dispositivos indicados pela parte, nem a refutar cada um dos argumentos por ela apresentados, bastando que sua decisão esteja fundamentada.

Este, inclusive, é o entedimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ART. 526, CAPUT, DO CPC. LEI Nº 10.351/2001. COMPROVAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERMO INICIAL. ATO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROVIMENTO PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. (..)* (STJ; AgRg-REsp 1.261.138; Proc. 2011/0082279-3; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 26/06/2012; DJE 29/06/2012).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Sodalício:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENÇÃO EXPRESSA A CADA UM DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTA A PRETENSÃO. DESNECESSIDADE. REJEITADOS. Não se exige do julgador a menção expressa a todos os fundamentos de fato e de direito invocados pelas partes, bastando a apreciação das questões objeto da insurgência, sendo notadamente desnecessária tal providência, mesmo para fins de prequestionamento.* (TJMS; EDcl-AG 2012.011900-7/0001-00; Campo Grande; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJEMS 21/06/2012; Pág. 34).

É de se registrar, ainda, que a manifestação expressa acerca das matérias prequestionadas pelos agravantes nada acrescentaria à correta solução do conflito, cuja decisão já se encontra devidamente fundamentada.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000894-82.2008.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA – SENTENÇA *ULTRA PETITA* INOCORRENTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – PERÍCIA DEFICITÁRIA – LAUDO SUFICIENTE E ESCLARECEDOR PARA A CONCLUSÃO HAVIDA – NULIDADES INEXISTENTES – PRELIMINARES REJEITADAS.

Não há julgamento *ultra petita* quando a análise dos pleitos demonstra que o pedido externado pela parte era a pensão equivalente ao salário mínimo então vigente, tanto assim que pediu a inclusão de 13.º salário naquele pensionamento.

Inexiste qualquer deficiência no laudo pericial confeccionado, porque este concluiu que, apesar da preexistência de doença degenerativa, tal processo foi acelerado pelo acidente que ocasionou a fratura na coluna toraco-lombar.

Preliminares rejeitadas.

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MÉRITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INEXISTÊNCIA DE FATO DE TERCEIRO – INOCORRÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE – VALOR DO DANO MORAL – RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – PENSÃO ARBITRADA – DISTINÇÃO DA APOSENTADORIA – GASTOS PESSOAIS QUE NÃO DEVEM SER DESCONTADOS – CORREÇÃO MONETÁRIA DO ARBITRAMENTO E JUROS DE MORA DA CITAÇÃO NO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – ATUALIZAÇÃO DO PENSIONAMENTO – PARCELAS VENCIDAS – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O EVENTO DANOSO E JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO – ATUALIZAÇÃO DO VALOR DA APÓLICE SECURITÁRIA – CORREÇÃO A CONTAR DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL QUE ATINGE TANTO O REQUERIDO QUANTO O DENUNCIADO À LIDE – VERBAS SUCUMBENCIAIS NA LIDE SECUNDÁRIA – INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – RECURSO DE MEDIANEIRA DOURADOS CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É presumida a responsabilidade civil do transportador, já que para o contrato de transporte, consoante previsto pelos artigos 734 e 735, do Código Civil, a responsabilidade é objetiva, não elidida por culpa de terceiros – a não ser que haja fortuito externo - e ainda lhe é inerente a cláusula de incolumidade.

O fato de terceiro alegado e aferido nos autos não importa na ausência de repercussão no campo da responsabilidade do transportador, ainda que insólita e inesperada a conduta do indivíduo, isso porque relativamente à vítima que viaja no veículo acidentado a culpa do transportador é presumida, objetiva, e não elidida por culpa de terceiro.

A atitude da apelada não configurou culpa concorrente capaz de reduzir a indenização fixada, já que é inerente ao transporte coletivo urbano levar os passageiros dentro do veículo também em pé, justamente pela falha nos serviços de transporte coletivo.

A indenização por dano moral fixada de forma razoável e proporcional ao sofrimento da parte, notadamente quanto às lesões e danos experimentados pela vítima, sem olvidar-se de outras balizas como a posição social e condição econômica das partes, circunstâncias do fato e função social do dano moral, consoante disposto no artigo 944, e seu parágrafo único, do CC, deve ser mantida.

A indenização por dano material não deve ter sua natureza confundida com o benefício previdenciário de aposentadoria já percebido pela parte, de forma que o fato da apelada já ser aposentada ao tempo do acidente não afasta o cabimento da pensão fixada nos termos do artigo 950, do CC.

Como é a própria vítima quem se beneficiará da pensão mensal, os custos com a manutenção pessoal também devem ser abrangidos pelo pensionamento arbitrado.

Tratando-se de responsabilidade contratual, a data inicial de incidência dos juros moratórios na indenização de danos morais deve ser a data da citação, nos termos do artigo 405, do Código Civil.

A correção monetária e juros de mora sobre as parcelas de pensão vencidas devem se dar, respectivamente, a partir do acidente e da citação.

Incide correção monetária a contar da celebração do contrato de seguro, de forma a refletir atualização sobre a importância contratada.

Havendo previsão na apólice de seguros de ressarcimento pelos danos materiais, a constituição de capital deve partir do devedor do dano que, no caso, tanto atinge o próprio requerido causador dessa indenização, quanto a denunciado à lide, isto é, a seguradora-apelante.

Não cabem honorários sucumbenciais em caso de ausência de pretensão resistida.

Sentença parcialmente reformada.

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, rejeitar a preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Companhia de Seguros Aliança da Bahia e negar provimento ao recurso de medianeira Dourados Transporte Ltda, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Companhia de Seguros Aliança da Bahia e Medianeira Dourados Transportes Ltda, irresignada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos realizados na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Alice Clara Da Silva Mattos, interpõem apelações cíveis às f. 259-84 e 286-97, respectivamente.

Nas razões recursais apresentadas por Companhia de Seguros Aliança da Bahia, foi suscitada preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão de deficitária perícia judicial realizada. No mérito, a apelante afirma o acidente que vitimou a recorrida ocorreu por culpa exclusiva de terceiro, de tal sorte que afastada a culpa do condutor do veículo segurado, fatos estes suficientes para excluir a aplicação da responsabilidade objetiva ao caso.

Entende que o valor do dano moral deve ser minorado, pela falta de razoabilidade e proporcionalidade na fixação do *quantum* indenizatório. Quanto ao pensionamento, afirma a ausência de comprovação quanto à perda de rendimentos da apelada, já que à época do sinistro a apelada já era aposentada. Eventualmente, argumenta que o valor da pensão deve corresponder a 2/3 de meio salário mínimo, pois deve ser descontado 1/3 destinados a gastos pessoais.

Assevera que o termo inicial para a atualização do valor do dano moral é a data em que ele foi fixado, ou seja, os juros devem incidir a partir da data da sentença, uma vez que não há qualquer ilícito civil em discussão. Sob esse mesmo prisma, afirma que os juros de mora e correção monetária sobre as parcelas de pensão vencidas incide desde a citação válida e não desde a data do acidente.

Defende que a verba honorária deve ser limitada ao valor referente às parcelas vencidas de pensão e não sobre as vincendas e, em relação à atualização do valor da apólice, observa que apenas a correção monetária deve incidir sobre o valor nominal e a partir do ajuizamento da ação, já que não houve qualquer pagamento ou desembolso a justificar a aplicação de juros sobre qual quantia.

Quanto à constituição de capital, entende que, por ser seguradora e não haver menção no contrato a respeito disso, não deve ser compelida a tal obrigação. Finalmente, em relação às verbas sucumbenciais, afirma que inexistiu qualquer irresignação à lide secundária, de forma que deve ser eximida da condenação dessa verba na denunciação da lide.

Pede o acolhimento da preliminar de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa ou, acaso ultrapassada, a reforma da sentença para julgamento total improcedente ou, ainda, a redução da pensão para 2/3 de um salário mínimo, redução da indenização por dano moral para R$ 3.000,00 (três mil reais), com juros e correção da sentença; correção monetária sobre a pensão a partir da citação, e para as prestações já vencidas, juros de mora da citação e correção do ajuizamento. Pede a limitação da verba honorária para 10% sobre as parcelas de pensionamento vencidas, que ocorra apenas a atualização da apólice somente por correção monetária e limitada ao saldo residual à época do reembolso, afirma a ausência de responsabilidade pelo pagamento de honorários de sucumbência na lide secundária ou então limitada à condenação imposta e pede a exclusão de sua responsabilidade quanto à constituição de capital.

Por sua vez, Medianeira Dourados Transportes Ltda apresentou apelação às f. 286-97, na qual argumenta que o acidente decorreu por fato de terceiro, o que exclui a responsabilidade objetiva da empresa de transporte. Aduz que restou incontroverso que o acidente não decorreu do excesso de velocidade de seu veículo ou desrespeito às normas de trânsito, o que exclui a sua culpa ou de seu motorista.

Afirma que a apelada é aposentada e não comprovou qualquer rendimento a fundamentar o pensionamento fixado. Disse, ainda, quanto a referido tópico que houve julgamento *ultra petita*, em razão do pedido certo de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) de pensão.

Argumenta que a indenização por danos morais foi fixado em valor excessivo, já que as lesões sofridas pela apelada foram originadas de processo degenerativo, bem assim que inexistiu nexo causal entre o acidente e a conduta do motorista, preposto da empresa, e, ainda, que ao menos deve ser entendida a culpa concorrente da vítima, por ter se levantado antes da parada total do ônibus.

Pede a reforma da decisão nos termos das razões relatadas.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de recursos apresentados contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos realizados na ação de indenização por danos morais ajuizada por Alice Clara da Silva Mattos contra Medianeira Dourados Transportes Ltda, em decorrência de lesões sofridas em acidente de trânsito sofrido em ônibus coletivo na cidade de Dourados, no dia 16/12/2005.

Referida sentença condenou a requerida-apelante Medianeira Dourados Transportes Ltda. ao pagamento de indenização de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, além de pensão mensal vitalícia de um salário mínimo desde a ocorrência do acidente.

Em decorrência desse julgamento, houve condenação da denunciada à lide Companhia de Seguros Aliança da Bahia, nos limites estabelecidos na apólice de seguro, ou seja, R$ 20.000,00 para danos morais e R$ 80.000,00 para danos materiais.

Ao que consta dos autos, a apelada Alice Clara foi arremessada contra o para-brisa do ônibus em que se encontrava, de propriedade da apelante Medianeira Dourados Transportes Ltda, em razão de freada brusca do motorista do coletivo porque outro veículo teria, repentinamente, entrado em sua frente.

Por ocasião desse movimento repentino, a apelada sofreu fratura na coluna que a deixou com sequelas incapacitantes, total e definitivamente, e que exigem auxílio em diversas atividades, sendo-lhe impossível a vida independentemente.

Para facilitar a análise e compreensão dos recursos, julga-los-ei separadamente.

I. Recurso de Medianeira Dourados Transportes Ltda.

Medianeira Dourados Transportes (f. 288-97) argumenta que o acidente decorreu por fato de terceiro, o que exclui a responsabilidade objetiva da empresa de transporte. Aduz que restou incontroverso que o acidente não decorreu do excesso de velocidade ou desrespeito às normas de trânsito, o que exclui a sua culpa ou de seu motorista.

Afirma que a apelada é aposentada e não comprovou qualquer rendimento a fundamentar o pensionamento fixado. Disse, ainda, quanto a referido tópico que houve julgamento *ultra petita*, em razão do pedido certo de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) de pensão.

Entende que a indenização por danos morais foi fixada em valor excessivo, já que as lesões sofridas pela apelada foram originadas de processo degenerativo, bem assim inexistiu nexo causal entre o acidente e a conduta do motorista, preposto da empresa, e, ainda, que ao menos deve ser entendida a culpa concorrente da vítima, por ter se levantado antes da parada total do ônibus.

A) Julgamento *ultra petita*.

Dada a existência de preliminar de nulidade da sentença, em razão do julgamento *ultra petita*, passo primeiramente a sua análise.

Pelo disposto no artigo 460 do Código de Processo Civil, "*é defeso ao juiz proferir sentença, em favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*".

O conceito da sentença "*ultra petita*" se funda na extrapolação da decisão em relação ao pedido formulado, isto é, conceder mais do que tenha sido pedido, porém no caso ora em pauta, noto que o arbitramento de pensão em salários mínimos não extrapolou qualquer pedido realizado pela parte, já que em sua exordial, datada de outubro de 2007, apesar de indicar a quantia de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais, também mencionou que houvesse inclusão de 13.º salário.

Necessário observar-se a data da petição inicial, já que àquela época o valor do mínimo vigente correspondia exatamente aos pleiteados R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), segundo disposto na MP n.º 362/2007.

Assim, em que pese a determinação legal de interpretar-se pedido de forma restritiva, verifica-se, de forma clara, que a pretensão externada pela parte era a pensão equivalente ao salário mínimo então vigente, tanto assim é que pediu, também, a inclusão de 13.º salário àquele pensionamento.

A sentença ora guerreada dispôs acerca dessa matéria de forma bem objetiva, ao mencionar que a disposição do artigo 475-Q, § 4.º, do CPC, admite a fixação da pensão em salários mínimos, o que guarda relação com o entendimento sumulado do STF através do enunciado 490.

Nesse caso, não houve julgamento *ultra petita*, pelo que rejeito a preliminar levantada.

B) Mérito.

Quanto à alegada ausência de nexo causal entre o acidente e a conduta do motorista do ônibus, ou de excludentes de responsabilidade, em razão de fato de terceiro ou culpa concorrente da vítima, vejo que não assiste razão à apelante.

Verifica-se dos documentos que instruem os autos que o condutor do ônibus freou o veículo bruscamente, e assim agiu para evitar um abalroamento de outro veículo que teria interceptado a sua trajetória, manobra popularmente conhecida como "fechada".

Em razão disto, a requerente-apelada que estava em pé, próxima à porta do ônibus para dele descer, foi arremessada contra o parabrisa, quebrando-o e transpondo-o a ponto de cair no asfalto, e sofreu as lesões descritas no laudo pericial.

Não se pode atribuir culpa exclusiva a terceiro, sequer identificado, por tal fato.

É obrigação do motorista adequar-se ao trânsito e prevenir acidentes.

Veja-se que ao conduzir um veículo, notadamente um coletivo, as cautelas devem ser redobradas, a velocidade empreendida adequada, e a atenção absoluta não só para verificação do trânsito mas, também, da conduta dos passageiros.

A freada brusca do veículo, realizada pelo motorista do ônibus, foi a causadora do acidente e das lesões ocasionadas à apelada, de forma que existente a tríade conduta-nexo causal-dano, disposta pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é cabível a indenização pretendida.

A lei dispensa a discussão sobre a ocorrência ou não de culpa do preposto da empresa, de tal sorte que não há como se afastar a responsabilidade civil do transportador, já que para o contrato de transporte, previsto pelos artigos 734 e 735[1] do Código Civil, a responsabilidade é objetiva e não elidida por culpa de terceiros – a não ser que haja caso fortuito ou força maior - posto que é inerente a cláusula de incolumidade do passageiro transportado, muito difundida na jurisprudência, como se verifica de excertos dos julgados na AC 0021509-28.2010.8.12.0001[2], de relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 30/09/2014 e no REsp 1.136.885/SP[3], de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/02/2012.

A afirmação de que não houve culpa do motorista, pois tal não conduzia o veículo em excesso de velocidade nem transgrediu normas de trânsito, é irrelevante para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, também prevista pelo artigo 14[4], do Código de Defesa do Consumidor.

O mesmo entendimento é válido quanto à afirmativa de culpa de terceiro como excludente de responsabilidade, pois o fato de a rota do veículo ter sido interceptada por terceiro não significa a ausência de repercussão no campo da responsabilidade, ainda que "insólita e inesperada a conduta do indivíduo"[5], isso porque relativamente à vítima que viaja no veículo acidentado a culpa do transportador é sempre presumida, como leciona Rizzardo.

Esse entendimento é sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que editou o enunciado da Súmula 187:

> *"A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO TRANSPORTADOR, PELO ACIDENTE COM O PASSAGEIRO, NÃO É ELIDIDA POR CULPA DE TERCEIRO, CONTRA O QUAL TEM AÇÃO REGRESSIVA".*

Outrossim, é certo que no trânsito de veículos, os motoristas sujeitam-se a ações de terceiros que, inevitavelmente, influenciam o próprio movimento veicular.

Veja-se que mesmo a possibilidade de demanda regressiva está condicionada à comprovação de não haver culpa do motorista do transportador, já que aí sim seria possível afirmar com veemência que

1 Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.
Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

2"A responsabilidade da empresa de transporte de passageiros é objetiva, cuja violação do dever de incolumidade do transportado implica no dever de reparar os danos experimentados, inclusive pelo extravio de bagagem".

3 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PESSOAS. CASO FORTUITO. CULPA DE TERCEIRO. LIMITES. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.
1. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, excepcionando-se esse dever apenas nos casos em que ficar configurada alguma causa excludente da responsabilidade civil, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.
2. O fato de um terceiro ser o causador do dano, por si só, não configura motivo suficiente para elidir a responsabilidade do transportador, sendo imprescindível aferir se a conduta danosa pode ser considerada independente (equiparando-se a caso fortuito externo) ou se é conexa à própria atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração.
3. A culpa de terceiro somente romperá o nexo causal entre o dano e a conduta do transportador quando o modo de agir daquele puder ser equiparado a caso fortuito, isto é, quando for imprevisível e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento da própria empresa.
4. Na hipótese em que o comportamento do preposto da transportadora é determinante para o acidente, havendo clara participação sua na cadeia de acontecimentos que leva à morte da vítima - disparos de arma de fogo efetuados logo após os passageiros apartarem briga entre o cobrador e o atirador -, o evento não pode ser equiparado a caso fortuito."

4 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

5 Arnaldo Rizzardo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 797.

houve "causa estranha ao transporte ou ao tráfego", como menciona Rizzardo[6], mas mesmo nesse caso, em relação ao passageiro-vítima não haverá exclusão da responsabilidade objetiva do transportador.

Esse é o entendimento que a jurisprudência pátria encampa:

> *APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. ACIDENTE EM TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA. FATO DE TERCEIRO INERENTE AO RISCO DA ATIVIDADE. NÃO EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. LESÃO CORPORAL LEVE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO. APELOS NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. (...) 2. O fato de terceiro, se inerente ao risco da atividade desenvolvida pela empresa de transportes, não exclui a responsabilidade objetiva pelos danos causados em acidente de trânsito. 3. Apesar de o acidente de trânsito ocorrido em ônibus coletivo que transportava o requerente ter-lhe causado lesões corporais consideradas leves, dito fato não elide o dano moral, que restou configurado, em vista da situação de pânico e constrangimento emocional enfrentada pelo passageiro, surpreendido com evento que lhe alterou o cotidiano, causando-lhe receio quanto ao estado de saúde, exposição ao sofrimento próprio e alheio e situação de anseio pelo resgate. 4. (...)* (TJMG; APCV 1.0024.12.164362-1/001; Rel. Des. José Marcos Vieira; Julg. 24/07/2014; DJEMG 04/08/2014)

> *DANO MORAL. Acidente de trânsito. Transporte coletivo. Alegação de ilegitimidade de parte afastada. Alegação de ausência de responsabilidade por fato de terceiro. Não prospera. Transportador assume obrigação de resultado. A responsabilidade da empresa de transporte coletivo pela condução do passageiro não é elidida por culpa de terceiro. Modificação de termo inicial da contagem de juros de moral Termo inicial da citação. Recurso da Transcooper não provido Recurso da Seguradora Nobre parcialmente provido.* (TJSP; APL 0148572-80.2009.8.26.0001; Ac. 7679727; São Paulo; Décima Quarta Câmara de Direito Privado; Relª Desª Marcia Dalla Déa Barone; Julg. 07/07/2014; DJESP 15/07/2014)

Finalmente, quanto à possível culpa concorrente da apelada, que antes da total parada do ônibus já se encontrava em pé, próximo à porta de descida, não se pode olvidar que passageiros em pé no transporte coletivo urbano é quase que regra geral, fato de sabença comum, que gera constantes reclamações, nunca atendidas pelas transportadoras.

Se houvesse prova quanto à existência de bancos disponíveis para a vítima se sentar, ainda assim seria obrigação da transportadora acautelar-se para que os passageiros não levantem antes da parada do veículo, de forma a cumprir com a cláusula de incolumidade acima mencionada.

Nesse caso, a atitude da apelada não se mostrou capaz de configurar a culpa concorrente alegada, de forma que deve ser afastado referido argumento, mantendo-se integralmente a sentença quanto à configuração da conduta e o seu nexo com as lesões sofridas.

Aliás, o fato ocorrido fala por si: a apelada, com a freada brusca, foi arremessada contra o para-brisa, quebrando-o e por ele passando, e caiu à frente do ônibus, no asfalto. Veja-se a fotografia estampada na cópia de jornal, à f. 13, para percepção da situação.

A passageira estava em pé, ao lado do motorista, preposto da apelante, que nada fez para impedir este fato (transporte de passageiro em pé), e agora deseja valer-se disto para safar-se da

6 Arnaldo Rizzardo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 797.

responsabilidade. Evidente que a transportadora não pode beneficiar-se do próprio erro, porque tal caracterizar-se-ia como torpeza.

Quanto aos danos ocorridos e a sua valoração, vejo que mais uma vez não assiste razão ao apelante.

O argumento de que as lesões sofridas pela apelada foram originadas de processo degenerativo não se coaduna com a conclusão do perito judicial, consoante laudo de f. 208-14.

Nesse documento há claras indicações de que, apesar de a vítima ser portadora de doença degenerativa (osteoartrose), tal processo acabou por ser acelerado e até agravado pelo acidente relatado, que também lhe acarretou fratura de coluna toraco-lombar.

Nesse enfoque, não há o que se reformar na sentença guerreada, a qual também valorou razoável e proporcionalmente o dano moral sofrido em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), de acordo com as lesões e danos experimentados pela vítima, sem olvidar-se de outras balizas como a posição social e a condição econômica das partes, circunstâncias do fato e função social do dano moral, consoante disposto no artigo 944 e seu parágrafo único, do CC[7].

Finalmente, quanto aos danos materiais arbitrados em forma de pensão vitalícia, compete aqui esclarecer que essa indenização não deve ser confundida em sua natureza com o benefício previdenciário de aposentadoria já percebido pela parte, e acerca disto andou bem o magistrado *a quo*, ao explicitar as distinções entre ambas.

O fato de não haver prova da atividade remunerada da vítima ou mesmo como no presente caso, quando há afirmação da aposentadoria da apelada, quando da ocorrência do acidente, não afasta o cabimento da pensão fixada nos termos do artigo 950, do CC, já que esse dispostivo legal também garante referida indenização quando haja debilidade física que comprometa com a manutenção do próprio lar, como ocorreu com a ora apelada, e isso já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, como no caso do REsp 402.443/MG, entre outros[8], assim ementado:

> *RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO E MORTE POR COMPOSIÇÃO FÉRREA. VÍTIMA. DONA-DE-CASA. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. CABIMENTO. PENSIONAMENTO AOS FILHOS. LIMITE DE IDADE. CULPA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.*
>
> *I - (...) II - O fato de a vítima não exercer atividade remunerada não nos autoriza concluir que, por isso, não contribuía ela com a manutenção do lar, haja vista que os trabalhos domésticos prestados no dia-a-dia podem ser mensurados economicamente, gerando reflexos patrimoniais imediatos.*
>
> *III - (...) Recurso especial parcialmente provido.* (REsp 402.443/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2003, DJ 01/03/2004, p. 179)

Diante disto, inexiste motivo para afastar-se a pensão arbitrada.

Sob tais fundamentos, conheço o recurso da empresa Medianeira Dourados Transportes Ltda, porém nego-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença recorrida.

---

7 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

8 Resp 293.159/MG, DJ 10/09/2001, Relª. Minª. Nancy Andrighi; Resp 20.187/RJ, DJ 14/08/2000, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

II. Recurso de Companhia de Seguros Aliança da Bahia.

Nas razões recursais apresentadas por Companhia de Seguros Aliança da Bahia (f. 261-84), levanta-se preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão de deficitária perícia judicial realizada e, no mérito, afirma-se que inexiste culpa por parte do condutor do veículo, já que por fato exclusivo de terceiro houve o acidente que vitimou a apelada, o que exclui a aplicação da responsabilidade objetiva ao caso.

Defende que o valor do dano moral deve ser minorado, pela falta de razoabilidade e proporcionalidade na fixação do *quantum* indenizatório. Quanto ao pensionamento, afirma a ausência de comprovação quanto à perda de rendimentos da apelada, já que à época do sinistro, a apelada já era aposentada. Eventualmente, argumenta que o valor da pensão deve corresponder a 2/3 de meio salário mínimo, descontando-se 1/3 destinados a gastos pessoais.

Assevera que o termo inicial para a atualização do valor do dano moral é a data em que ele foi fixado, ou seja, os juros devem incidir a partir da data da sentença, uma vez que não há qualquer ilícito civil em pauta. Sob esse mesmo prisma, afirma que os juros de mora e correção monetária sobre as parcelas de pensão vencidas incidem desde a citação válida e não da data do acidente.

Defende que a verba honorária deve ser limitada ao valor referente às parcelas vencidas de pensão e não sobre as vincendas e, em relação à atualização do valor da apólice, observa que apenas a correção monetária deve incidir sobre o valor nominal e a partir do ajuizamento da ação, já que não houve qualquer pagamento ou desembolso a justificar a aplicação de juros sobre qual valor.

Quanto à constituição de capital, entende que como seguradora, e tendo em vista que o contrato não faz menção a respeito disso, não pode ser compelida à tanto. Finalmente, em relação às verbas sucumbenciais, afirma que inexistiu qualquer irresignação na lide secundária, de forma que deve ser eximido da condenação dessa verba na denunciação da lide.

Pede o acolhimento da nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa ou, acaso ultrapassada, a reforma da sentença para julgamento de total improcedência ou, ainda, para a redução da pensão para 2/3 de um salário mínimo, redução da indenização por dano moral para R$ 3.000,00 (três mil reais), com juros e correção da sentença; correção monetária sobre a pensão a partir da citação, e para as prestações já vencidas, juros de mora da citação e correção do ajuizamento, além de limitação da verba honorária para 10% sobre as parcelas de pensionamento vencidas, atualização da apólice somente por correção monetária e limitada ao saldo residual à época do reembolso, reconhecimento de ausência de responsabilidade pelo pagamento de honorários de sucumbência na lide secundária ou limitada à condenação imposta e exclusão de sua responsabilidade pela constituição de capital.

A) Nulidade da sentença – cerceamento de defesa.

Analiso primeiramente a preliminar de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, em razão de deficitária perícia judicial realizada, que a apelante entende ofensivos aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5.º, LV, da Constituição da República.

Afirma a apelante que o julgamento "prematuro" do feito, sem maiores investigações sobre o nexo de causalidade da incapacidade físico-laborativa da apelada ofende tais princípios constitucionais, ainda mais quando houve menção de que a apelada já possuía doença degenerativa.

Ocorre que não há qualquer deficiência no laudo pericial confeccionado, notadamente em relação a este ponto, ou seja, embora haja indicação de que a apelada é portadora de doença degenerativa (osteoartrose

de grau moderado a severo), restou clara a conclusão de que tal processo degenerativo foi acelerado pelo acidente que ocasionou a fratura na coluna toraco-lombar.

A simples ausência de resposta específica aos quesitos formulados, sem a demonstração de prejuízo, não torna o laudo inválido, notadamente diante da narrativa de todo o exame clínico, discussão e conclusão expostos pelo perito judicial às f. 208-14, já que em todos os tópicos houve indicação de causa e efeitos que, direta ou indiretamente, se relacionam aos questionamentos realizados.

Apesar de referido laudo pericial não apresentar respostas indicativas para cada um dos quesitos apresentados pelas partes (f. 133-5,136-7, e 196-7), é certo que a conclusão apontada abrange cada um daqueles questionamentos, de forma que não houve ofensa aos princípios da ampla defesa nem do contraditório, pelo suposto cerceamento de defesa praticado.

Assim, não se evidenciou o cerceamento alegado, pelo que inexiste a nulidade suscitada.

B) Mérito.

Quanto ao mérito, reafirmo os fundamentos já externados quanto à irrelevância de existência de culpa ou não do condutor do ônibus, do fato causado por terceiro que não atinge a pessoa transportada bem assim quanto ao pedido de minoração do dano moral arbitrado e fixação da pensão mensal a título de danos materiais, uma vez que todos já foram devidamente analisados no recurso da apelante Medianeira Dourados Transportes Ltda.

Assim, passo aos demais pontos do mérito do apelo.

B.1) Desconto de 1/3 da pensão para gastos pessoais.

No tocante ao pensionamento fixado, e ante o quanto já analisado anteriormente, em nome do princípio da eventualidade a ora apelante argumenta que o valor da pensão deve corresponder a 2/3 de um salário mínimo, pois deve ser descontado 1/3 destinado a gastos pessoais.

A hipótese de desconto de 1/3 da pensão é aplicável quando se trata de pensão por morte, e não por invalidez.

A apelada, inválida e viva, necessita do valor total da pensão para fazer frente à manutenção do próprio lar e de sua condição, o que é óbvio.

No caso dos autos, como é a própria vítima quem se beneficiará desse valor, os custos com a manutenção pessoal também devem ser abrangidas pelo pensionamento arbitrado.

Esse é o entendimento desta Corte em outros processos, tais como a AC n.º 0013268-36.2008.8.12.0001, de relatoria do Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 21/03/2013, e AC n.º 0019561-51.2010.8.12.0001, de relatoria do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 08/10/2013.

B.2) Termo inicial dos juros de mora e correção monetária da indenização fixada.

A apelante assevera que o termo inicial para a atualização do dano moral é a data em que ele foi fixado, ou seja, os juros devem incidir a partir da data da sentença, uma vez que não há qualquer ilícito civil em pauta. Sob esse mesmo prisma, afirma que sobre as parcelas de pensão vencidas, os juros de mora incidem desde a citação válida, enquanto que a correção monetária incide desde o ajuizamento da ação.

Quanto ao primeiro ponto, ou seja, termo inicial para a aplicação dos juros moratórios incidente sobre a indenização por dano moral, vejo que o caso se trata de responsabilidade contratual e não extracontratual.

Restou claro que a indenização fixada partiu de responsabilidade civil decorrente do contrato de transporte oferecido pela apelante Medianeira Dourados Transportes Ltda., ao contrário do que entendeu o magistrado "a quo", que aplicou o disposto na Súmula 54 do STJ, arbitrando-se a data do evento como termo inicial para a aplicação dos juros moratórios.

Nesse caso, quanto à data inicial de incidência dos juros moratórios na indenização de danos morais, a sentença deve ser reformada, passando-se a contar da data da citação, nos termos do artigo 405, do Código Civil.

Em relação ao segundo ponto, qual seja, correção monetária e juros de mora sobre as parcelas de pensão vencidas, sustenta a apelante que a correção monetária deve se dar a partir do ajuizamento da ação, enquanto que a incidência de juros de mora deve ser a partir da data da citação.

Acerca dessas atualizações, a sentença determinou que "*as parcelas vencidas da pensão mensal deverão ser pagas de uma só vez à autora, devidamente corrigidas pelo INPC do IBGE a partir de cada vencimento e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação*" (f. 250).

Quanto aos juros de mora, vejo que sequer existe interesse recursal, porque não há qualquer irresignação contra a sentença prolatada. Em relação ao termo inicial para contagem de correção monetária, por sua vez, entendo que não assiste razão à apelante, uma vez que a pensão arbitrada deve ser paga desde a data em que houve o dano material ocasionado à apelada, ou seja, a partir do acidente, e isso sequer foi objeto de arguição neste recurso.

O fato de a correção sobre tal verba também incidir a partir daquela data corresponde à própria "compensação pela perda do poder aquisitivo da moeda, que oscila proporcionalmente entre a o valor do bem perdido e o custo de sua aquisição no momento do efetivo ressarcimento"[9].

Nesse aspecto, a sentença deve ser reformada apenas para alterar-se a data inicial de incidência dos juros moratórios na indenização de danos morais, que passa a incidir da data da citação.

B.3) Atualização do valor da apólice.

Quanto a atualização do valor da apólice, a apelante sustenta que apenas a correção monetária deve incidir sobre o valor nominal previsto no contrato de seguro e a partir do ajuizamento da ação, já que não houve qualquer pagamento ou desembolso da segurada a justificar a aplicação de juros sobre qual quantia.

Referido argumento não merece prosperar.

Como se verifica dos autos, através de embargos de declaração da própria seguradora, ora apelante, que o magistrado *a quo* supriu a omissão quanto à forma de atualização do valor da apólice. Nesse aspecto, e consoante aplicação de jurisprudência desta Casa e dos Tribunais Superiores, acrescentou à sentença a incidência de correção monetária a contar da celebração do contrato, o que fez corretamente dado o pacífico entendimento de que a inflação se faz presente também no espaço compreendido entre aquela data e a do acidente.

Eis alguns julgados:

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - (...) - OMISSÃO NA SENTENÇA QUANTO AO TERMO INICIAL DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DEVIDO PELA SEGURADORA - OMISSÃO SUPRIDA PARA ESCLARECER QUE O VALOR DA APÓLICE DEVE SER CORRIGIDO A PARTIR DA DATA DA CELEBRAÇÃO DO*

9 Rui Stocco. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 1450-1.

CONTRATO E OS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO - ELEVAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA SEGURADORA AO PATRONO DA RÉ - RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO (TJMS, AC 003.0316-18.2002.8.12.0001, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 15/09/2011).

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. APÓLICE. DANOS MORAIS COM VALOR EM BRANCO. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DOS DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. ARTIGOS 46 E 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. (...) 4. A correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes. 5. Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Precedentes. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ; REsp 1.447.262; Proc. 2013/0387218-6; SC; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; DJE 11/09/2014)

Também conforme entendimento pacífico da jurisprudência, aplicou juros de mora a partir da sua citação, mesmo que àquela data ainda não tivesse sido consolidada a obrigação da segurada, por meio do julgamento da lide principal.

E isso porque sua responsabilidade é contratual e como tal deve seguir o regramento dessa obrigação, nos termos do disposto no artigo 405 do CC.

Nesse ponto, rejeito a apelação da seguradora.

B.4) Constituição de capital no âmbito da denunciada à lide.

Quanto à constituição de capital, entende que como seguradora e cujo contrato não houve menção a respeito disso, não deve ser compelida a tal obrigação.

No entanto, malgrado seu argumento, o contrato de seguro vigente no caso é bem específico quanto à cobertura de danos materiais, que no caso dos autos consubstanciou-se na pensão mensal fixada para a apelada.

A ausência de indicação expressa na apólice de seguros quanto à figura da "constituição de capital" não a exime do pagamento dos danos materiais a que foi condenada, nos limites da apólice vigente entre as partes.

A constituição de capital, nos termos do artigo 475-Q, do CPC, nada mais representa do que garantir-se o pagamento do valor mensal da pensão, exigindo-se do devedor a indicação de bens suficientes a não deixarem a vítima do dano desamparada.

Essa garantia deve partir do devedor da indenização que, no caso, tanto atinge o próprio requerido causador do dano, quanto o denunciado à lide, ora seguradora-apelante, tendo em vista que este, nos limites da apólice, possui a obrigação de ressarcir o seu cliente no quanto acobertado pela apólice firmada.

Nesse aspecto, não subsiste razão no seu apelo.

B.5) Verbas sucumbenciais e honorários sobre parcelas de pensão vincendas.

Em relação às verbas sucumbenciais, afirma que inexistiu qualquer irresignação à lide secundária, de forma que deve ser eximido da condenação dessa verba na denunciação da lide.

Defende, ainda, que a verba honorária deve ser limitada ao valor referente às parcelas vencidas de pensão e não sobre as vincendas, como arbitrado na sentença, que estipulou condenação da seguradora em favor do advogado da denunciante, nos termos do artigo 20, § 3.º, do CPC, fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Em relação ao primeiro questionamento, assiste razão à seguradora apelante já que, como denunciada à lide, nos termos do artigo 70, III, CPC, somente arcará com ônus sucumbenciais caso resista à pretensão a que foi denunciada, o que não ocorreu no caso.

Do que se extrai da contestação apresentada às f. 72-91, em que pese a denunciada questionar o mérito da lide principal, quanto à denunciação em si não houve sua irresignação, embora argumente que os limites da apólice em que se fundou a ação de regresso devem ser respeitados.

Nesse caso, conforme jurisprudência pacífica a respeito, não cabem honorários sucumbenciais em caso de ausência de pretensão resistida, nos termos da seguinte ementa:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA À DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DA LIDE SECUNDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A falta de resistência à denunciação da lide enseja o não cabimento de condenação da denunciada em honorários advocatícios quando sucumbente o réu denunciante. Precedentes. 2. No caso, o tribunal assentou a ausência de resistência à denunciação da lide: "[...] da análise da resposta apresentada pela litisdenunciada, denota-se que foi aceita a relação jurídica de regresso existente entre ela e a denunciante Cecília, ainda que questionados os limites de sua responsabilidade contratual. " 3. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg-AREsp 486.348; Proc. 2014/0054907-7; SC; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 22/05/2014)

Diante da ausência de responsabilidade da seguradora quanto ao pagamento da verba honorária, desnecessário decidir-se a questão de sua limitação.

Mas, ainda, que a sentença não tivesse sido reformada neste aspecto, compete observar que a condenação imposta à seguradora limitou-se aos 20% sobre o valor de sua condenação, o que difere da condenação da verba imposta à ré Medianeira que contemplou 15% sobre o valor do dano moral mais 15% das pensões vencidas e 15% de 12 parcelas das parcelas vincendas.

São condenações diferentes, posto que partiram de lides igualmente distintas: principal e secundária, embora esta última seja inerentemente ligada ao resultado da primeira.

III. Dispositivo.

Diante do exposto, conheço de ambos os recursos interpostos, rejeito as preliminares de nulidade de sentença e, quanto à Medianeira Dourados Transportes Ltda., nego-lhe provimento, mantendo-se integralmente a sentença, e quanto à Companhia de Seguros Aliança da Bahia a ele dou parcial provimento para reformar a sentença apenas e tão-somente para fixar a data da citação comom termo inicial de incidência dos juros moratórios na indenização de danos morais, nos termos do artigo 405, do Código Civil, bem assim para eximi-la do pagamento de honorários advocatícios, posto que não houve pretensão resistida na lide secundária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso de companhia de seguros aliança da bahia e negaram provimento ao recurso de medianeira dourados transporte ltda, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0839328-37.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DENEGADA – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA – COMPETÊNCIA REGIMENTAL PARA REPRESENTAÇÃO DO COLEGIADO DA CÂMARA DE VEREADORES – REJEITADA – AUSÊNCIA DE CIÊNCIA AO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – DEFESA DE DIREITOS LIGADOS À INSTITUIÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES – REJEITADA – OMISSÃO QUANTO À PRELIMINAR ALEGADA PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO PROCESSANTE – OMISSÃO EXISTENTE, PORÉM SEM PREJUÍZO – PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO E EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO – ILEGITIMIDADE NÃO CONFIGURADA – ENVOLVIMENTO NOS FATOS OBJETO DA LIDE – ATRIBUIÇÃO REGIMENTAL.

1. São legítimos para figurarem como autoridades coatoras o Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande e o Presidente da Comissão Processante porque ambos possuem atribuição regimental para representar os órgãos colegiados dos quais emanaram as decisões políticas questionadas em juízo.

A questão litigiosa, embora complexa, realmente demonstra que a disputa política, institucional e jurídica que se trava está dentro de um mesmo ente público, Município de Campo Grande, mas entre dois de seus Poderes, de um lado o Executivo e, de outro, o Legislativo.

2. Desnecessária a ciência do caso ao Município de Campo Grande, eis que, apesar de ser a pessoa jurídica de direito público a que se vinculam tanto as autoridades coatoras como a própria Câmara Municipal, as matérias discutidas se referem à independência do Poder Legislativo e ao funcionamento da Câmara, e não do Município.

3. A ausência de ponto específico da sentença para tratar de preliminar de ilegitimidade passiva mão traz qualquer prejuízo às partes, quando a própria sentença ratifica decisão inicial que sobre ela versou e de que o interessado direto não recorreu, somado ao fato da sentença, expressamente, ter afastado a legitimidade atribuída à Câmara de Vereadores para figurar como autoridade coatora.

Supre-se a omissão formal e, em razão da ausência de prejuízos à parte e dado o princípio da conservação dos atos e efeito translativo dos recursos, o que é possível, em razão da regra prevista no artigo 515, § 1.º, do CPC, rejeita-se, de forma explícita, a alegada ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão Processante, posto esta é por ele representada e, no seu âmbito, se deu o recebimento da denúncia para a cassação do mandato do Prefeito Municipal.

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA - MÉRITO – IMPEDIMENTO LEGAL DE VEREADORES – OFENSA AO ARTIGO 5º, I, DECRETO-LEI n.201/67 – IMPARCIALIDADE NA APURAÇÃO E JULGAMENTO DOS FATOS – SUSPEIÇÃO DE PARLAMENTAR – INIMIGO CAPITAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – *QUORUM* PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA SIMETRIA – ARTIGO 86 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – VOTOS DE 2/3 DA CÂMARA MUNICIPAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VISLUMBRADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. A alegada identidade de estilo e maneira de expressão do relatório da CPI e da denúncia não caracteriza nem mesmo leva à conclusão de eventual subterfúgio para afastar eventual afronta ao disposto no inciso I, do artigo 5º, do Decreto-Lei n.201/67.

Ainda que houvesse tal indício, a comprovação de eventual "identidade de autoria" demandaria dilação probatória, sabidamente incabível nesta via.

2. A parcialidade dos julgadores não exsurge, simplesmente, da alegação da parte, sem qualquer comprovação, notadamente quando é certo existirem divergências políticas no âmbito de um Estado Democrático.

3. A suspeição pela suposta inimizade capital não foi comprovada nos autos, de forma que inexiste a parcialidade do julgador alegado.

4. A norma de regência explicitamente restringe o impedimento à hipótese da denúncia ter sido apresentada por vereador, e limita-se a este.

5. Por obediência ao princípio da simetria, o *quorum* para recebimento da denúncia e instalação da comissão processante exigido é de 2/3, bem assim é o *quorum* para a cassação do mandato, consoante dita o artigo 86, da CR, reproduzido pelo artigo 23, incisos XII e XIII, da Lei Orgânica do Município de Campo Grande.

4. Restou comprovado que houve o mínimo de 2/3 de votos favoráveis exigidos para o recebimento da denúncia e a escorreita instalação da Comissão Processante, já que rejeitados os impedimentos e suspeição deduzidos.

Direito líquido e certo não vislumbrado. Sentença mantida em seus termos.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Alcides Jesus Peralta Bernal contra sentença que julgou improcedente e denegou a segurança na ação mandamental impetrada contra ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande e pelo Presidente da Comissão Processante.

Em suas razões recursais (f. 437-58), suscita preliminar de nulidade da sentença em razão de os apelados não serem partes legítimas para figurarem no polo passivo, e sim a Câmara de Vereadores, que

praticou o ato dito coator, a despeito de a decisão inicial do *mandamus* ter alterado o polo passivo. Afirma que contra aquele despacho aviou agravo de instrumento que ainda não fora decidido quanto da prolação da sentença, e que, nesta, o magistrado findou por afirmar a legitimidade da Câmara de Vereadores para responder à impetração, porque afirmou que esta tem capacidade postulatória para defender-se, através de mandado de segurança, em face de atos lesivos contra ela praticados, eventualmente, pelo Poder Executivo.

Defende a nulidade do processo, também, pela recusa de ciência ao Município de Campo Grande, pessoa jurídica interessada no objeto da ação, o que teria como resultado a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 7.º, II, da Lei n.12.016/2009.

Afirma a nulidade do processo, por fim, porque teria ocorrido ofensa ao artigo 458, II e III, do Código de Processo Civil, já que não teria sido analisada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Presidente da Comissão Processante.

No mérito, reafirma que houve fraude à disposição do artigo 5º, I, do Decreto-Lei n.201/67, porque os vereadores que colheram as provas e fizeram parte da CPI do Calote não poderiam votar no processo de cassação do mandato do prefeito, que há provas de que os mesmos vereadores teriam preparado a denúncia e também agiram com parcialidade desde a apuração dos fatos, pelo que devem ser afastados do caso, para que lhe seja - o que não foi -,garantido um julgamento imparcial.

Quanto à parcialidade suscitada especificamente em relação ao vereador Elizeu Dionísio, assevera que ele é seu inimigo pessoal, e sustenta ser irrelevante o resultado da representação criminal contra ele promovida para configurar o impedimento do dito vereador para compor e votar o procedimento de cassação.

Insurge-se contra o argumento de que, mesmo desconsiderados os votos do vereador referido e dos outros quatro, integrantes da CPI da Calote, ainda assim restaria correto o recebimento da denúncia e instalação da Comissão Processante porque se daria por maioria absoluta, quando na realidade esse *quorum* deve seguir a mesma regra prevista pelo artigo 86 da CR, ou seja, por 2/3 da Câmara, em razão do princípio da simetria.

Pede o conhecimento do apelo e o acolhimento das preliminares suscitadas para anular a sentença guerreada ou, no mérito, o provimento do recurso para julgar procedente a segurança, decretando-se a nulidade dos votos proferidos pelos quatro vereadores impedidos, e em consequência, determinando-se o arquivamento da denúncia.

Contrarrazões às f. 499-514, com pedido de rejeição do apelo e manutenção da sentença prolatada.

Parecer ministerial às f. 529-47, com manifestação pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Alcides Jesus Peralta Bernal contra sentença que julgou improcedente e denegou a segurança na ação mandamental impetrada contra ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande e pelo Presidente da Comissão Processante.

Em suas razões recursais (f. 437-58), suscita preliminar de nulidade da sentença em razão dos apelados não serem partes legítimas para figurarem no polo passivo, e sim a Câmara de Vereadores, que praticou o ato dito coator, a despeito de a decisão inicial do *mandamus* ter alterado o polo passivo.

Afirma que contra aquele despacho aviou agravo de instrumento que ainda não fora decidido quanto da prolação da sentença, e que, nesta, o magistrado findou por afirmar a legitimidade da Câmara de Vereadores para responder à impetração, porque afirmou que ela tem capacidade postulatória para defender-se, através de mandado de segurança, em face de atos lesivos contra ela praticados, eventualmente, pelo Poder Executivo.

Defende a nulidade do processo, também, pela recusa de ciência ao Município de Campo Grande, pessoa jurídica interessada no objeto da ação, recusa esta que ocorreu porque na própria sentença o Juízo *a quo* declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 7.º, II, da Lei n.12.016/2009.

Afirma a nulidade do processo, por fim, porque teria ocorrido ofensa ao artigo 458, II e III, do Código de Processo Civil, já que não teria sido analisada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Presidente da Comissão Processante.

No mérito, reafirma que houve fraude à disposição do artigo 5º, I, do Decreto-Lei n.201/67, porque os vereadores que colheram as provas e fizeram parte da CPI do Calote não poderiam votar no processo de cassação do mandato do prefeito, que há provas de que os mesmos vereadores teriam preparado a denúncia e também agiram com parcialidade desde a apuração dos fatos, pelo que devem ser afastados do caso, para que lhe seja, - o que não foi -, garantido um julgamento imparcial.

Quanto à parcialidade suscitada especificamente em relação ao vereador Elizeu Dionísio, assevera que ele é seu inimigo pessoal, e sustenta ser irrelevante o resultado da representação criminal contra ele promovida para configurar o impedimento do dito vereador para compor a comissão e votar o procedimento de cassação.

Insurge-se contra o argumento do Juízo, de que desconsiderados os votos do vereador referido e dos outros quatro, integrantes da CPI da Calote, ainda assim o recebimento da denúncia e instalação da Comissão Processante foram corretos, porque isto se daria por maioria absoluta, quando na realidade o *quorum* deve seguir a mesma regra prevista pelo artigo 86, da CR, ou seja, por 2/3 da Câmara, em razão do princípio da simetria.

Pede o conhecimento do apelo e o acolhimento das preliminares suscitadas para anular a sentença guerreada ou, no mérito, o provimento do recurso para julgar procedente a segurança, decretando-se a nulidade dos votos proferidos pelos quatro vereadores impedidos, e em consequência, determinar-se o arquivamento da denúncia.

Os impetrados defenderam a legalidade dos seus atos e pleitearam a manutenção da sentença, e o parecer ministerial é pelo improvimento do recurso.

Passo à análise das preliminares arguidas.

I. Nulidade do processo e da sentença, em razão da ilegitimidade passiva do Presidente da Câmara Municipal e Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal.

Arguiu o apelante nulidade da sentença em razão da ilegitimidade das autoridades coatoras, retificadas pela decisão de f. 310-3, já que inicialmente impetrou o *mandamus* contra a Câmara de Vereadores, que julga ser legítima para desfazer o ato coator.

Afirma que contra aquele despacho aviou agravo de instrumento que ainda não fora decidido quanto da prolação da sentença, e que, nesta, o magistrado findou por afirmar a legitimidade da Câmara de Vereadores para responder à impetração porque afirmou que ela tem capacidade postulatória para defender-

se através de mandado de segurança, em face de atos lesivos contra ela praticados, eventualmente, pelo Poder Executivo.

Não assiste razão ao apelante.

Para iniciar referida discussão, deve-se ter a noção da sutil diferença entre as figuras do impetrado (autoridade coatora) e a pessoa jurídica que esta integra, ou seja, a que se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Nos termos dos artigos 6.º e 7.º, incisos I e II, da Lei n.12.016/2009, compete à autoridade coatora, após devida notificação, prestar as informações que entender pertinentes, e à pessoa jurídica interessada, acaso queira ingressar no feito, após ciência da causa, apresentar a defesa jurídica respectiva.

Veja-se a redação dos aludidos artigos:

> *Art. 6.º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.*
>
> *Art. 7.º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:*
>
> *I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;*
>
> *II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;*

A alegação do apelante de que a Câmara de Vereadores é que detém competência para figurar como autoridade coatora, já que o ato de autoridade contra a qual se reclama foi praticado pelo plenário daquele órgão, não procede.

E isso porque a causa de pedir deste *mandamus* envolve supostas ilegalidades no processo de cassação de mandato, sejam de ordem subjetiva, pelas autoridades que o compuseram, sejam objetivas, quanto à obediência de regras processuais daquele caso.

E como se sabe, a Câmara Municipal, como representante do Poder Legislativo Municipal, é composto por Mesa Diretora, cujo Presidente detém atribuição para "declarar extintos os mandatos do Prefeito, Vice-Prefeito, de Vereador e de Suplente, nos casos previstos em lei, e, em face da deliberação do Plenário, expedir decreto legislativo de perda de mandato"[1], além de "representar a Câmara junto ao Prefeito e perante as entidades privadas em geral"[2].

O mesmo pode ser dito quanto ao Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal da qual resultou a cassação do mandato reclamado pelo impetrante.

Ora, havendo expressa atribuição de que ao Presidente da Câmara compete ato que importa também no desfazimento do ato aqui apontado como coator, já que a ele compete a representação de todo aquele órgão colegiado perante o próprio chefe do Executivo, não há motivos para indagações quanto à sua legitimidade para figurar como autoridade coatora desta ação mandamental.

1 Artigo 29, I, "s", do Regimento Interno da Câmara Municipal de Campo Grande.

2 Artigo 29, VIII, "b", do Regimento Interno da Câmara Municipal de Campo Grande.

A questão litigiosa, embora complexa, realmente demonstra que a disputa "política, institucional e jurídica que se trava (...) está dentro de um mesmo ente público, Município de Campo Grande, mas entre dois de seus Poderes, de um lado o Executivo e, de outro, o Legislativo", como muito bem lembrou o magistrado "a quo", em sua sentença (f. 415).

Outrossim, não há que se questionar o fato de inexistir julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que também alterou de ofício o polo passivo da lide. Possível o conhecimento desta questão, – como está sendo realizado –, não só porque ratificada na sentença mas também porque objeto da apelação.

A colocar uma pá de cal sobre a questão, nos ensina Pedro Roberto Decomain[3], sobre a legitimidade passiva no mandado de segurança:

> *Muito embora o mandado de segurança seja ação judicial destinada a questionar a validade de atos ou omissões de agentes do Estado, atuando nesta qualidade, ou de agentes de pessoas jurídicas de direito privado, quando a elas caiba o exercício de atribuições inerentes ao Poder Público (que exercem em regime de concessão, permissão ou autorização),* ***a respectiva regulamentação atual não prevê que em seu polo passivo figure a própria pessoa jurídica.*** *O mandado de segurança deve, efetivamente, ser aforado não em face da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município, de autarquia, fundação pública, pessoa jurídica de direito privado que exerce atribuição do Poder Público ou partido político,* ***mas sim em face do próprio agente da pessoa jurídica que, atuando nessa condição, haja praticado o ato ou seja responsável pela omissão que o impetrante*** *(o autor da ação de mandado de segurança) entende ofensivas ao seu direito líquido e certo ou que, pelo menos, visualiza como ameaça concreta a esse seu direito.*
>
> *(destaquei).*

Ainda, com apoio de Odete Medauar e Diógenes Gasperini, assevera:

> ***No polo passivo da ação de mandado de segurança deve figurar, formalmente, a autoridade pública*** *ou agente que, atuando ou omitindo-se no âmbito de pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado que exerça atribuições do Poder Público, haja praticado o ato violador do direito líquido e certo invocado pelo autor da ação de mandado de segurança (o impetrante), ou se haja omitido de praticar ato que deveria ter realizado, vindo através do caminho dessa omissão a ofender referido direito ou, pelo menos, a colocá-lo em risco.*
>
> *Noutras palavras,* ***o requerido no mandado de segurança, ao menos do ponto de vista formal (aquele que figurará nessa qualidade na petição inicial e nessa qualidade atuará no processo, no mínimo até a decisão inicial – sentença ou acórdão) será não a própria pessoa jurídica de direito público ou privado, mas sim aquele que em seu nome agiu ou omitiu-se.***
>
> *(destaquei).*

E finaliza:

> ***Autoridade coatora****, portanto, para o fim de determinar-se quem deve figurar como requerido (também designado como impetrado) no mandado de segurança,* ***será o agente da pessoa jurídica de direito público ou privado que agiu ou omitiu-se****, provocando com isso dano ao direito líquido e certo do impetrante ou, ao menos, colocando esse direito em risco. Na lição de Hely Lopes Meirelles, no mandado de segurança '****o impetrado é a***

3 DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de Segurança - (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09. São Paulo : Dialética, 2009. p. 119-20.

autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício*'.*

Nas palavras de Diomar Ackel Filho, no mandado de segurança o impetrado 'deve ser a autoridade ou agente responsável pelo ato impugnado.

'(destaquei).

Vê-se, pois, que o Juízo de origem agiu de forma correta e segundo o direito ao determinar a substituição da Câmara de Vereadores de Campo Grande pelas autoridades referidas, como impetradas ou coatoras.

Ainda assim, resta evidenciar que a Câmara de Vereadores de Campo Grande findou por encampar os atos praticados pelas autoridades ditas coatoras, e até mesmo ofereceu a defesa destes.

Basta verificar-se, - o que foi olvidado pelo impetrante-apelante -, que à f. 379 dos autos, consta que a Câmara de Vereadores de Campo Grande compareceu aos autos, por sua Procuradoria Jurídica, e expressamente ratificou as informações que foram prestadas. De igual sorte, a mesma Câmara de Vereadores ofereceu contrarrazões ao recurso de apelação (v. f. 499-514).

Não se vislumbra, pois, qualquer vício quanto à legitimidade passiva, o que afasta, de forma absoluta, a arguição de nulidade, e leva à rejeição de tal preliminar, consequentemente.

II. Nulidade da sentença pela ausência de ciência ao Município de Campo Grande.

O apelante sustenta a nulidade da sentença porque não teria sido dado ciência da ação ao Município de Campo Grande, pessoa jurídica interessada no objeto da ação, o que resultou até mesmo na declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 7.º, II, da Lei n.12.016/2009.

Dita preliminar, em verdade, decorre da anterior, pelo que necessário, novamente, evidenciar a diferença entre autoridade coatora e a pessoa jurídica a que esta integra.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

"A autoridade responsável pelo ato impugnado não é um ente distinto da pessoa jurídica, é um órgão dela, uma 'parte integrante daquela'.

O agente da pessoa jurídica responsável pelo ato impugnado pode e deve defendê-lo, agindo, pois, no processo, como órgão especial da pessoa jurídica em cujo nome atuou"[4]*.*

Na mesma obra, citando Celso Ribeiro Bastos e Celso Agrícola Barbi, ressalta:

"A autoridade coatora titulariza um órgão público e, enquanto tal, atua a vontade da pessoa a que pertence. As consequências do ato que pratica são diretamente imputadas à referida pessoa que arca com os seus ônus em face do impetrante.".

Como já relatado, o objeto do *mandamus* impetrado comporta a análise de ilegalidades no processo de cassação do mandato de Prefeito, seja pelo impedimento e suspeição de alguns vereadores que votaram naquela sessão, seja pela desobediência de regras de *quorum* na votação.

4 Humberto Theodoro Júnior. **Lei do mandado de segurança comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.p 86-7.

É patente, pois, que a esta causa discute interesse institucional da Câmara Municipal, que, embora sem personalidade jurídica, possui personalidade judiciária quando o intuito da lide estiver inerentemente ligado à sua competência funcional e independência enquanto Poder do Estado.

Veja-se que o impetrante, na qualidade de Prefeito Municipal, se insurge contra atos praticados na e pela Câmara de Vereadores que, finalmente, cassou o seu mandato.

A ciência à pessoa jurídica, bem por isso, não poderia ser ao Município de Campo Grande, mas à própria Câmara de Vereadores, que detém personalidade judiciária.

Nesse caso, correto o procedimento realizado nos autos, ao determinar que ciência do caso fosse repassada à Câmara Municipal de Vereadores e não ao próprio Município, eis que as atribuições processantes são da Câmara e não do Município.

A ausência de ciência ao órgão de representação judicial do Município de Campo Grande, em caso tal e a teor do disposto no artigo 7.º, inciso II, da Lei n.12.016/2011, apesar de incidentalmente declarada sua inconstitucionalidade pelo magistrado *a quo*, não gera qualquer nulidade nestes autos, já que, como se esclareceu, a defesa do caso presente não cabia à Procuradoria do Município, e sim da Câmara, a quem compete garantir sua independência e funcionamento, nos termos acima mencionados.

E, repise-se, a Câmara de Vereadores foi notificada (f. 392-3) e a Procuradoria Jurídica da Câmara de Vereadores agiu, ao representá-la nos autos e ratificar, à f. 379, todas as informações apresentadas pelas autoridades impetradas.

De igual sorte, também apresentou contrarrazões ao recurso de apelação, como se verifica de f. 499-514.

Pedro Decomain, mais uma vez, traz solução definitiva à questão, ressaltando que até mesmo este ingresso, – da pessoa jurídica ou personalidade judiciária -, em atenção ao art. 7.º , II, da Lei n.12.016/09, na lide, é facultativo e não obrigatório (*op. cit*., p. 341).

Destarte e como visto, seja porque, eventualmente, haveria de ser a Câmara de Vereadores, como personalidade judiciária, chamada ao feito, e não o próprio Município, seja porque o ingresso desta seria facultativo e não obrigatório, e, por fim, porque esta ingressou no feito e ratificou as informações prestadas, consoante se verifica de f. 379 e, de igual sorte, ofereceu contrarrazões ao apelo, não existe a nulidade apontada, pelo que rejeito, também, dita preliminar.

III. Nulidade da sentença por ofensa ao artigo 458, II e III, do CPC, diante da ausência de análise da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Presidente da Comissão Processante.

Arguiu o apelante, por fim, nulidade da sentença pela falta de análise de preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Presidente da Comissão Processante, incluída como autoridade coatora na decisão inicial pelo Juízo *a quo*.

Na sentença guerreada (f. 412-27), de fato, não houve menção específica ao referido tópico.

No entanto, isso não acarreta a nulidade da sentença.

Primeiro, porque a alegada omissão poderia ser objeto de embargos de declaração para integração da sentença, sem modificação do julgado.

Segundo, porque o Juiz *a quo* já bem estabelecera a motivação e fundamentação para inclusão da dita autoridade no polo passivo da lide, quando da deliberação inicial (f.310-3), contra o que a autoridade não apresentou qualquer recurso àquela época, nem o fez quando da sentença.

Terceiro, porque como pode ser visto da sentença, ali novamente o Juízo *a quo* explicitou os fundamentos pelos quais entendeu pela legitimidade das autoridades coatoras, quer sejam, ambos os presidentes (da Câmara de Vereadores e da Comissão Processante).

Tais razões demonstram, suficientemente, a ausência de qualquer prejuízo a qualquer das partes, inclusive ao impetrante, pela ausência de referência, na sentença, quanto à alegada ilegitimidade, posto que sobre isto já houvera decisão anterior.

Aplicável, ao caso, o princípio de que "não há nulidade sem prejuízo", "não se deve anular um ato ou decretar a sua nulidade, não tendo havido prejuízo à parte"[5], como leciona Wambier..

Assim, conquanto reconheça, formalmente, a omissão na sentença de tópico destacado quanto à preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pelo Presidente da Comissão Processante, certo que este destaque e conhecimento, além de desnecessário porque objeto da decisão liminar (f. 310-3) contra a qual a dita autoridade não apresentou recurso, também não acarretou prejuízos à parte, pelo que, dado o princípio da conservação dos atos, nenhuma nulidade pode acarretar.

Ainda que assim não se entenda, como bem ressaltado no parecer ministerial de f. 529-47, na forma do art. 515, § 1.º, do CPC, possível ao Tribunal verificar a matéria.

Como consta do dito parecer,

> *Sobre o assunto, Fredie Didier Jr. Pontua:*
>
> *Há, então, dois tipos de decisão omissa: a) aquela que não examinou um pedido (questão principal); b). A que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (questão incidente), que efetivamente ocorreu. [...]*
>
> *Amas as omissões podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial? [...]*
>
> *O segundo problema é de mais fácil solução. A apelação, e de resto os demais recursos, devolvem ao juízo ad quem o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, que possam interferir na solução do objeto litigioso recursal (a pretensão do demandante), de acordo com os §§ 1.º e 2.º do art. 515 do CPC. Assim o tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível ex officio (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio examinar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao juízo a quo.*

Vê-se, pois, que apesar de não haver sido destacado na sentença tópico específico sobre a alegada ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão Processante, sobre isto já havia decisão anterior (decisão inicial) contra a qual dita autoridade não aviou recurso e, ainda assim, na sentença o magistrado singular mais uma vez ratificou a decisão de substituição da Câmara de Vereadores pelos presidentes desta e da Comissão Processante, eis que aquela não poderia figurar como autoridade coatora.

5 Teresa Arruda Alvim Wambier. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 169-70.

De qualquer sorte, e além de tais razões, para que se finde, defintiivamente, tal discussão, louvado no parecer ministerial e com base da fundamentação contida no item I, deste voto, conheço e rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão Processante.

IV. Mérito recursal.

No mérito de seu apelo, o recorrente reafirma que houve fraude à disposição do artigo 5º, I, do Decreto-Lei n.201/67, porque os vereadores que colheram as provas e fizeram parte da "CPI da Inadimplência" não poderiam votar no processo de cassação do mandato do prefeito, já que há provas que os mesmos vereadores teriam preparado a denúncia e também agiram com parcialidade desde a apuração dos fatos, pelo que devem ser afastados do caso, para que lhe seja, - o que não foi -, garantido um julgamento imparcial.

Quanto à parcialidade suscitada especificamente em relação ao vereador Elizeu Dionísio, assevera que ele é seu inimigo pessoal, e sustenta ser irrelevante o resultado da representação criminal contra ele promovida para configurar o impedimento deste para compor e votar o procedimento de cassação.

Insurge-se contra o argumento de que, mesmo desconsiderados os votos do vereador referido e dos outros quatro parlamentares, também integrantes da "CPI da Inadimplência", ainda assim restaria correto o recebimento da denúncia e instalação da Comissão Processante porque se daria por maioria absoluta, quando na realidade esse *quorum* deve seguir a mesma regra prevista pelo artigo 86 da CR, ou seja, por 2/3 da Câmara, em razão do princípio da simetria.

Analiso cada argumento em pontos separados.

A). Impedimento do artigo 5º, I, do Decreto-lei n. 201/67.

Dispõe o artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67:

> *Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:*
>
> *I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quorum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante.*

Vê-se que o impedimento do vereador no processo de cassação do Prefeito é previsto quando ele, vereador, for autor da denúncia que deu ensejo à comissão processante.

O recorrente afirma que há provas de que os mesmos vereadores que participaram da Comissão Parlamentar de Inquérito e prepararam o relatório final, - Paulo Siufi, Chiquinho Telles, Otávio Trad, Elizeu Dionízio -, agiram conjuntamente com os denunciantes, e ainda, desde a apuração dos fatos emitiram juízo de valor, o que culminou posteriormente na falta de julgamento imparcial.

Segundo as alegações apresentadas desde a inicial do *mandamus* e reiterada em apelação, há identidade de estilo, da maneira de se expressar, tanto no relatório da CPI como na denúncia, que denotam a existência de " um analista comum", que ambas foram produzidas pelos mesmos autores, o que resultaria no impedimento daqueles julgadores.

Ocorre que a eventual identidade de estilo e maneira de expressão de trechos do relatório da CPI e da denúncia, não caracteriza nem mesmo leva à conclusão de que os vereadores tenham se valido de terceiras pessoas para deflagrar o processo de cassação do mandato e não incidirem no impedimento previsto no inciso I, do artigo 5º, do Decreto-Lei, acima transcrito.

Aliás, perfeitamente admissível que os denunciantes até mesmo tenham reproduzido trechos do relatório da CPI do Calote para alicerçarem a denúncia, posto que o relatório já se tornara público.

Ainda que houvesse indício de que os próprios vereadores que integraram a CPI tenham sido os "autores" da denúncia, por certo que a prova disto demandaria dilação probatória, sabidamente incabível por esta via.

Nesse particular, compete reiterar e manter a sentença que restou muito bem fundamentada, *verbis*:

> *"(...) Pois bem. Apresentado e aprovado o respectivo Relatório, suas conclusões são públicas e não só podem como devem ser do conhecimento de toda a sociedade, já que a ela se destina precipuamente o trabalho do Poder Legislativo Municipal e, de resto, das demais esferas. Em sendo assim como é, nada impede e nada pode impedir que cidadãos, sejam ou não ativistas político partidários, filiados ou não a quaisquer partidos políticos, mas que sejam cidadãos no pleno gozo de seus direitos políticos e de voto, colham as informações, dados, notícias, documentos e conclusões da*
>
> *CPI e ou de quaisquer dos trabalhos da Câmara Municipal e intentem as medidas político administrativas, judiciais ou outras que entenderem cabíveis.*
>
> *Por evidente que toda e qualquer medida que tomarem sujeita-los-ão a responsabilização no caso de agirem ilicitamente, com dolo ou má-fé. Ao menos em princípio, e exatamente porque se basearam nas conclusões da CPI que como dito não tem laivo de inconstitucionalidade ou ilegalidade, não há sequer evidência tênue que a denúncia fosse ladina, leviana ou infundada.*
>
> *De qualquer sorte, a questão deve ser resolvida exatamente no âmbito em que feita tal Denúncia, ou seja, na Câmara Municipal de Campo Grande, seguindo todos os trâmites legais e obedecendo todos os direitos e garantias, em especial o da ampla defesa, que também se aplica aos processos administrativos judicialiformes.*
>
> *De outra face, mesmo que eventual e hipoteticamente as peças e excertos do Relatório da CPI tivessem sido fornecidos pelos Vereadores com a especial finalidade de serem tomadas providências pelos Denunciantes contra o Impetrante, ainda assim não se vislumbraria sequer qualquer ilegalidade ou irregularidade, ainda que o Impetrante, por obviedade, se ressentisse do procedimento porque lhe afeta negativamente. A questão é de ordem objetiva e legal: se há fatos que, em tese, configuram infrações ou crimes administrativos e ou comuns, que teriam sido apurados através de Comissão Parlamentar de Inquérito cujo Relatório foi aprovado e tornou-se público, qualquer cidadão, repita-se no pleno gozo de seus direitos políticos e de voto, pode intentar medida ou provocar o Poder respectivo para a tomada de providências que reputar necessárias, nos exatos termos do artigo 5.°, inciso I, primeira parte, do Decreto-lei n.° 201/67, inclusive citado pelo próprio Impetrante como fundamento de sua irresignação". (f. 420-1)*

É evidente que a simples utilização, pelos denunciantes, de trechos do relatório da CPI que investigou a falta de pagamento de despesas efetuadas pela Municipalidade, não vincula os ditos denunciantes com qualquer dos vereadores nem os transforma em interpostas pessoas dos mesmos.

Fato é que a denúncia foi apresentada por cidadãos que não são vereadores nem se apresentam como representantes de qualquer deles, de tal sorte que incabível falar-se na aplicação do impedimento previsto no art. 5º, inciso I, do Decreto-lei n.201/67.

Como anotado pelo julgador singular, "não há impedimento de Vereadores para votar pela instalação da Comissão Processante, mesmo se participantes de prévia Comissão Parlamentar de Inquérito, se nenhum deles é o Denunciante" (f. 423-4).

O parecer ministerial sustentou, após análise percuciente das alegações das partes, que os vereadores mencionados na inicial não podem ser considerados impedidos de participar do aludido processo, apenas por terem participado e aprovado o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito em comento, pois o único impedimento previsto ocorre quando o denunciante é o vereador.

Transcrevo parcialmente dito parecer (f. 542-4) , que elucida de forma eficaz a questão:

> *Entretanto, na legislação que rege a matéria (Decreto-lei n.201/67) não se vislumbra o óbice alegado pelo recorrente. O único impedimento para votar sobre o recebimento da denúncia ocorre na hipótese em que o vereador for o denunciante, conforme se depreende do art. 5º, inciso I, in verbis:*
>
> *(...)*
>
> *É importante destacar que a Câmara, no processo de cassação do mandato do Prefeito, não obstante investida da função de julgar, não se submete às mesmas regras a que estão sujeitos os magistrados, considerando que se trata de um órgão político.*
>
> *Nesse contexto, a Câmara, no processo de cassação, sujeita-se a normas próprias, não se admitindo a aplicação de regras de impedimento diversas daquelas previstas expressamente no Decreto-Lei n.201/67 (regula o processo de cassação do Prefeito pela Câmara), ou a interpretação extensiva dessas regras para o fim de englobar as situações pretendidas pelo recorrente.*
>
> *Aplica-se ao caso, fazendo-se as adaptações necessárias, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de segurança n.21.623-9, do Distrito Federal, que foi mencionado, com pertinência, pelas autoridades coatoras nas informações. Tal mandamus foi impetrado por Fernando Collor de Mello contra ato do Presidente do processo de impeachment "que recusou a arguição de impedimento e suspeição de diversos Senadores para funcionarem como juízes naquele processo". Vejamos o posicionamento adotado pela Suprema Corte naquele caso:*
>
> *Impedimento e suspeição de Senadores: inocorrência. O Senado, posto investido na função de julgar o Presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político. Quando a Câmara Legislativa – o Senado Federal – se investe de "função judicialiforme", a fim de processar e julgar a acusação, ela se submete, é certo, a regras jurídicas, regras, entretanto, próprias, que o legislador previamente fixou e que compõem o processo político-penal. Regras de impedimento: artigo 36 da Lei n.1.079, de 1.950. Impossibilidade de aplicação subsidiária, no ponto, dos motivos de impedimento e suspeição do Cód. De Processo Penal, art. 252. Interpretação do artigo 36 em consonância com i artigo 63, ambos da Lei 1.079/50. Impossibilidade de emprestar-se interpretação extensiva ou compreensiva ao art. 36, para fazer compreendido, nas suas alíneas "a" e "b", o alegado impedimento dos Senadores. (Mandado de Segurança n.21623-9, Distrito Federal. Tribunal Pleno Rel. Min. Carlos Velloso. J. 17/12/1992).*

Vale a pena registrar, ainda, o concludente trecho do parecer exarado pelo Ministério Público Federal naqueles autos, da lavra do então Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva:

"[...] A limitação do impedimento a hipóteses verdadeiramente excepcionais e a ausência de previsão legal de casos de suspeição estão ligadas à própria natureza da função parlamentar e do processo por crimes de responsabilidade, em que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal exercem função jurisdicional política, seja n o juízo de acusação, seja no juízo da causa. [...]"

Nesse passo, aplicando-se o regramento próprio da matéria (Decreto-Lei n.201/67), somente haverá impedimento em participa da votação sobre o recebimento da denúncia se o o vereador a tiver oferecido, o que não ocorre no caso em tela."

Não fosse isto suficiente, ensina José Nilo de Castro[6] *que*

O processo de julgamento das infrações político-administrativas ***é vinculado às normas do Decreto-Lei n.201/67 e não às do CPC ou CPP****.*

E a indução de indispensabilidade de certos atos, como referido acima, não traduz nem impõem sejam os prazos e formas judiciais aplicados, com seus rigores, a processos político-administrativos de cassação de mandatos eletivos municipais.

Se se pudesse, portanto, aplicar, mesmo subsidiariamente, normas do CPC ou CPP, por ocasião de prática de atos periciais ou de inquirição de testemunhas, v. g., ao processo político-administrativo, estar-se-ia, indubitavelmente, diante de uma jurisdicionalização ou judicialização desse processo, hipótese que não previu o legislador*, a tal ponto de se extinguirem as instâncias administrativas, carreando, a despeito da aberração jurídica, o caos judicial, tantos os processos desse jaez instaurados.*

(destaquei).

Por conta disto, no mesmo artigo ele salienta:

*O entendimento da doutrina é inteiramente sufragado pela jurisprudência de nossos Tribunais (RDP 8/277): "****é preciso reconhecer que a hipótese versa julgamento de infrações político-administrativas. E o processo de impedimento correspondente não fica sujeito aos rigores formais do processo judicial*** *... Bem por essa razão,* ***não será lícita maior aproximação ao processo penal, com a aplicação subsidiária de suas normas, a não ser que a lei expressamente o permita*** *". Também: STF (RDA 26/158): "A interpretação dos preceitos disciplinares nao obedece aos critérios próprios das normas de caráter penal"; idem (RDP 61/173).*

5. ***Não raras vezes, no entanto, têm-se deferido medidas judiciais (liminares em mandado de segurança), durante a instrução prevista no artigo 5º, III, do Decreto-Lei n.201/67,*** **in fine****, sob o fundamento de que, omissa a legislação específica, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil,*** *porque o próprio Decreto-Lei n.201/67, sobre não havê-lo prescrito, não proscreveu, porém, observar o que determinar, a respeito, o Código de Processo Civil ou Penal.* ***Não se nos afiguram acertadas as decisões de juízes ordenando observância de normas processuais civis ou penais na omissão do Decreto-Lei n.201/67.***

(destaquei).

6 CASTRO, JOSÉ NILO DE. Decreto-Lei n.º 201/67 – Jurisdicionalização do processo ou liberdade procedimental. Revista de Informação Legislativa, v. 25, n. 97, p. 251-258, jan./mar. 1988 – Senado da República | Revista Jurídica Mineira, v. 6, n. 65, p. 23-29, set. 1989, 01/1988

Repise-se: a única hipótese de impedimento prevista no Decreto-Lei n.201/67, como bem ressaltado no parecer ministerial, é o caso de vereador denunciante, o que não se aplica ao caso.

Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na instalação ou no processamento seja da Comissão Parlamentar de Inquérito, seja na Comissão Processante que resultou na cassação do mandato do impetrante.

Ao que se observou dos trabalhos realizados na Câmara, foi integralmente respeitado o direito de defesa do apelante durante a fase investigatória e, igualmente, durante o processo de cassação, sem qualquer pecha de parcialidade dos julgadores.

Afasto, por tais razões, o alegado impedimento dos vereadores e eventual afronta ao artigo 5º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

B. Suspeição em relação ao vereador Elizeu Dionísio.

Quanto à parcialidade suscitada em relação ao vereador Elizeu Dionísio, por ser seu inimigo capital e ser irrelevante o resultado da representação criminal contra ele promovida, mais uma vez padece de fundamento probatório sua alegação.

Cumpre observar, como sabido por todos, que a ação mandamental não admite dilação probatória, pelo que a prova nela apresentada deve ser pré-constituída.

Há muito isto se apregoa, justamente porque legalmente prevista, e dela não há como se olvidar, como muito bem difunde Hely Lopes Meireles e outros:

> *"(...) As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado ou superveniente às informações".*[7]

Assim, merece relevo e ratifico o parecer ministerial neste ponto, notadamente quando menciona que

> *"não se sabe ao certo se as acusações (referentes à representação criminal oferecida pelo recorrente em setembro de 2013 – f. 286-8) do recorrente procedem, porquanto não se tem notícia, nos presentes autos, se a denúncia já foi oferecida e se houve sentença reconhecendo tais crimes" (f. 546)*

Ademais, por certo que divergências políticas sempre ocorreram e nunca deixarão de acontecer, é disto que trata o pluralismo político e as divergências entre o apelante e o vereador acima citado não fogem deste âmbito, ao menos quanto ao que restou provado nestes autos.

Não obstante isto, veja-se que o impetrante afirma ser o dito vereador porque contra ele teria solicitado a instauração de ação penal ou investigação por fatos ocorridos durante o processamento da CPI.

Ora, a atuação parlamentar, enquanto integrante de uma CPI, permite que o edil formule e expresse seu pensamento quanto à boa ou má condução da gestão dos bens públicos sem que, disto, advenha a alegada inimizade.

Mesmo que houvesse ação penal, se instaurada no curso do procedimento parlamentar, esta não causaria a suspeição do edil, porque a parte não pode beneficiar-se da suspeição a que deu causa e, no caso, claramente o impetrante afirma que esta resultaria do pedido de instauração da *persecutio criminis*.

7 Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 34a. Edição. São Paulo, 2012. p. 38.

Por fim, não se trata, como antes visto, de vereador denunciante, única hipótese que poderia causar o seu afastamento.

Confirma-se a sentença que refutou tal suspeição, por tais razões.

C. Irregularidade no *quorum* de votação para recebimento da denúncia. Observância ao princípio da simetria. Aplicabilidade do artigo 86, da Constituição da República ou do art. 5º, inciso II, do Decreto-lei n.201/67. Necessidade de exclusão dos vereadores cujo impedimento e suspeição são afirmados.

O apelante assevera que houve ofensa ao princípio da simetria, e por conseguinte, ao próprio artigo 86 da Constituição da República, em razão de o *quorum* de votação não ter respeitado 2/3 da Câmara de Vereadores, não alcançado em razão do impedimento e suspeição de vereadores, que participaram da CPI anterior e por ser, um deles, inimigo do impetrante.

Dispõe o artigo 5º, II e VI, do Decreto-lei n.201/67:

> *"II - De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.*
>
> *VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado".*
>
> *A Constituição da República, por seu turno, estabelece:*
>
> *Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.*

Pode até estranhar-se que o *quorum* estabelecido para recebimento da denúncia, no Decreto-lei, editado em plena ditadura e quando esta tinha, por óbvio, o maior interesse de manter os governantes municipais que a apoiavam, seja menor que aquele estabelecido, agora, na Constituição da República.

Ocorre que o processo de redemocratização e a consolidação do Estado Democrático de Direito entre nós, traduz-se, também, no respeito ao desejo da cidadania, notadamente expresso através do voto popular, e maior garantia de estabilidade das instituições, inclusive políticas.

Daí porque o *quorum* aplicável, como sustentado no parecer ministerial, é, efetivamente, o de 2/3, obedecido o princípio da simetria.

Ressaltam Júlia Reghin Gomes da Costa e Arthur Magno e Silva Guerra[8].

8 Cassação de Mandato de Prefeito e o Devido Processo Legal: Considerações Preliminares sobre a Defesa dos Agentes Políticos. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva n.º 22. http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1706. Acesso em 07/01/2014.

> *Em apenas dois momentos serão os Vereadores chamados a deliberar no curso do processo: quanto ao recebimento da denúncia e ao final, para julgar pela condenação ou absolvição do Prefeito. O art. 5º, II, do Decreto-lei n.201/67 dispõe que a deliberação plenária pelo recebimento da denúncia poderá ser por maioria simples dos presentes. Ocorre que, existe grande divergência doutrinária, quanto a esse quorum.*
>
> *Edilene Lôbo (2003, p. 132) sustenta que tal determinação é equivocada já que o art. 86 da Constituição a República, em idêntica correspondência com o instituto da cassação municipal, só admite a "acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados". Assim, em respeito ao princípio da simetria com o centro, o quorum para recebimento da denúncia é qualificado, ou seja, de dois terços dos membros da Câmara de Vereadores, caso contrário a denúncia será arquivada.*
>
> *Já Wolgran Junqueira Ferreira argumenta que o quorum para recebimento da denúncia de maioria simples é adequado, não existindo a necessidade de observância do quorum especialíssimo previsto no art. 86 da Constituição no processo de impeachment do Presidente.*
>
> *Já quanto ao quorum para a cassação do mandato de Prefeito, a doutrina é unânime em aceitar o de dois terços dos membros da Câmara fixado no art. 5º, VI do Decreto-lei n.201/67.*
>
> *Louvo-me, neste particular, no parecer ministerial oferecido na primeira instância, verbis:*
>
> *(...) deve-se salientar que o quorum necessário para recebimento da denúncia, em simetria com o sistema constitucional e compatibilidade vertical das normas é o de maioria qualificada (2/3 dos membros da Câmara – art. 86, CF), e não o de maioria simples, como dispõe o art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei n.201/67, pois é entendimento consolidado de que referido dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição.*

Assim, o *quorum* exigido para recebimento da denúncia e instalação da comissão processante é de 2/3, como realmente afirma o apelante, bem assim é este o *quorum* para a cassação do mandato, por regra de simetria do dito artigo 86, da CR, o que é obedecido pelo artigo 23, incisos XII e XIII, da Lei Orgânica do Município de Campo Grande[9].

Esse é o entendimento, também, de outros Tribunais:

> *MANDADO DE SEGURANÇA - PREFEITO MUNICIPAL. PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VOTAÇÃO. IMPEDIMENTO DE VEREADOR. QUORUM. ILEGALIDADE DO ATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A restrição quanto à participação de vereador na votação limita-se à hipótese de ser o autor da denúncia, impedimento estabelecido no artigo 5º, I, do Decreto-Lei n.201/67. 2. Com o advento da Constituição da República 1988 o quorum necessário para a admissão de acusação contra o Presidente da República é de dois terços da Câmara dos Deputados, recebendo o Governador do Estado de Minas Gerais tratamento isonômico, consoante previsão do 3.º, do art. 91, da Constituição Estadual. 3. Pelo princípio da simetria com o centro e da compatibilidade vertical das normas, necessário que haja uma relação simétrica entre os dispositivos constitucionais e as normas jurídicas estabelecidas nas constituições estaduais e nas legislações municipais, e, portanto, para o recebimento de denúncia por infração político-administrativa contra o Chefe do Poder Executivo Municipal aplica-se o quorum de dois terços dos membros*

9 Art. 23. É da competência exclusiva da Câmara Municipal: XII - representar ao Procurador-Geral da Justiça, mediante aprovação de dois terços dos seus membros, contra o Prefeito, o Vice-Prefeito e Secretários Municipais ou ocupantes de cargos da mesma natureza, pela prática de crime de responsabilidade;

> *da Câmara dos Vereadores, não tendo o inciso II, do artigo 5º, do Decreto-Lei n.201/67 sido recepcionado pela nova ordem constitucional, nesse aspecto. 3. Segurança concedida.* (TJMG; MS 1.0000.13.096601-3/000; Relª Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julg. 09/10/2014; DJEMG 20/10/2014)

No mesmo sentido, veja-se MS 1.0000.14.025994-6/000; Rel. Des. Alberto Vilas Boas, Julg. 11/11/2014, DJEMG 20/11/2014; TJRO, DirInc 0008951-43.2013.8.22.0000, Tribunal Pleno, Rel. Des. Gilberto Barbosa, Julg. 21/07/2014, DJERO 29/07/2014, p. 87; TJSC, AC-MS 2011.086149-5, Joaçaba, Segunda Câmara de Direito Público, Rel. Desig. Des. João Henrique Blasi, Julg. 18/12/2012, DJSC 09/01/2013, p. 221.

No entanto, apesar das alegações de irregularidades quanto à composição daquela sessão de instalação, noto de simples leitura da ata n.5.939, acostada às f. 177-213, que houve o *quorum* mínimo de 2/3 exigidos para o recebimento da denúncia, eis que, como assentado na sentença e também neste voto, nenhum dos vereadores então presentes incorria em impedimento ou suspeição, como amplamente analisado no item IV, A e B, deste voto.

Só haveria afronta ao *quorum* mínimo se admitidas as hipóteses de impedimento e de suspeição sustentadas pelo recorrente e aqui novamente afastadas, com ratificação da sentença.

Assim, apesar de entender, diversamente da sentença, que o *quorum* para recebimento da denúncia é de 2/3, e não de maioria simples, como atingido aquele *quorum*, mantenho a solução final sentença.

Diante de todo o exposto, conheço o recurso de apelação interposto por Alcides Jesus Peralta Bernal e, acolhendo o parecer ministerial, afasto as preliminares arguidas e, no mérito, a ele nego provimento, mantendo inalterada a sentença guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4009113-46.2013.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EXAÇÃO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – EMPRESA DO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA JÁ JULGADO PELA 3.ª SEÇÃO CÍVEL – LITISPENDÊNCIA NÃO VERIFICADA – APLICAÇÃO DA COISA JULGADA – PREVENÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR REJEITADA – SÚMULA 235, DO STJ – ILEGITIMIDADE REJEITADA – RETENÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS QUE DEDUZEM A LEGITIMIDADE – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE PREJUDICADA – CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF POR MEIO DA ADIN 4628/DF – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO PROTOCOLO N. 21/2011 CONFAZ – INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DO DECRETO ESTADUAL N. 13.162/2011 – ABRANGÊNCIA NO PRESENTE CASO – INCIDÊNCIA DE ICMS – AQUISIÇÃO DECORRENTE DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL – MEIO NÃO PRESENCIAL – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO TRIBUTO - SEGURANÇA CONCEDIDA.

Na época da distribuição desta ação, tramitava perante a 3.ª Seção Cível, o MS 4007141-41.2013.8.12.000, porém aquele feito foi pautado e julgado em 18/11/2013, razão pela qual hoje não há mais que se falar em litispendência, e sim coisa julgada, figura plenamente admissível, inclusive, de ofício, em razão de se tratar de matéria de ordem pública.

Nos termos da Súmula 235 do STJ, se um dos processos já foi julgado, a conexão não determina mais a reunião dos autos.

A empresa destinatária, proprietária das mercadorias apreendidas pelo Fisco também possui legitimidade para a impetração do *writ*, já que a retenção acaba por figurar como meio coercitivo para o pagamento do tributo.

Não há falar em *writ* contra lei em tese ou mesmo de pretensão com efeito normativos futuros, uma vez que o ato normativo combatido impõe obrigações concretas e imediatas, o que viabiliza a impetração deste mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4828/DF, por entender que realmente houve afronta do Protocolo ICMS n. 21/2011 aos princípios do não confisco, do tráfego de pessoas e bens e da reserva legal.

Com a decisão de inconstitucionalidade do Protocolo n. 21/2011 do Confaz, não subsiste fundamento jurídico ao Decreto Estadual n. 13.162/2011, já que este último regulamentou orientações do primeiro e acaba por também ser esvaziado pela dicção daquele julgamento.

Competindo à Constituição da República prever normas para a repartição tributária, e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação do seu texto, não cabe aos Estados-membros tentar garantir

justiça na partilha do ICMS ou mesmo considerar a realidade fática tributável, por intermédio de atos normativos que invadam a matéria reservada à CR.

É vedada a apreensão de mercadorias para forçar o pagamento de exação, entendimento consolidado na Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, não havendo fundamento razoável para outra interpretação.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Marcos André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2014.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Brookfield Centro-Oeste Empreendimentos Imobiliários S.A contra ato coator imputado ao Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de mercadorias adquiridas de forma não presencial, consoante termos de verificação fiscal n. 209.760, 777.477, 5.836, 124.243, 38.209 e 126.623, e posterior retenção como forma de coerção para pagamento de ICMS.

Entende que referida situação viola seu direito líquido e certo de não sofrer confisco de bens, bem como de não ser exigido o pagamento de tributo desprovido de legalidade.

Sustenta a legitimidade da autoridade coatora e, no mérito, alega que o tema em debate já foi objeto de repercussão geral reconhecida pelo STF, bem assim matéria de ações diretas de inconstitucionalidade, tudo sob o enfoque de que houve ofensa ao princípio da estrita legalidade, previsto pelo artigo 150, I, da CR, e 97, I, do CTN, além de violação ao artigo 146, II, da CR, dada a inexistência de previsão legal do "adicional " do tributo na LC 87/96, em seu artigo 6º, § 1º.

Indica, ainda, violação à regra de competência, prevista pelo artigo 155, § 2º, VII, "b", da CR, argumentando que pela própria previsão do Confaz, no Convênio n. 133/1997, artigo 38, protocolos não podem majorar nem instituir tributo.

Defende a aplicação da vedação ao confisco, prevista também pelo enunciado da Súmula 323 do STF.

Levanta a inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.628/2013, que acredita ter sido sucessor do Decreto n. 13.162/2011.

Pede, liminarmente, a determinação de abstenção da autoridade coatora de qualquer prática fiscal que exija o pagamento da diferença da alíquota com base no Decreto n. 13.628/2013, proveniente do Protocolo CONFAZ n. 21/2011, bem assim proibição de que retenha ou apreenda as mercadorias, sob tal fundamento.

Ao final, pleiteia a concessão da segurança, após controle concreto da constitucionalidade, afastando-se a incidência do diferencial da alíquota de ICMS sobre as transações não presenciais celebradas pela impetrante , confirmando-se a liminar.

Junta os documentos de f. 32-268.

A liminar foi deferida pela decisão de f. 270-2.

Informações e defesa foram juntadas às f. 286-326, nas quais houve pedido para o Estado de Mato Grosso do Sul ingressar na lide, como litisconsorte passivo.

Arguiu-se preliminar de litispendência, em razão da tramitação do MS 4007141-41.2013.8.12.0000, o que garantiria a prevenção do caso à 3.ª Seção Cível.

Levantou-se, ainda, ilegitimidade da parte ativa, pela ausência de interesse quanto à questão da exigibilidade tributária; e carência da ação, pela impossibilidade de utilização desta via mandamental para apreciação de lei em tese.

No mérito, ressalvou que o ICMS cobrado no caso não se refere à diferença de alíquotas, já que reconhece que a impetrante não é contribuinte do imposto, no entanto, entende que como consumidora final não contribuinte deve custear a exação, no termos do Decreto Estadual n. 13.162/2011.

Argumentou que o Órgão Especial desta Corte já apreciou e julgou improcedente a arguição de inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.162/2011 e do Protocolo de ICMS n. 21/2011, no MS n. 1600137-83.2012.8.12.0000.

Defende a tributação do ICMS realizada, nos termos do Decreto Estadual n. 13.162/2011, que possui vigência independente do Protocolo CONFAZ n. 21/2011, já que conforme o seu artigo 4º tal se direciona à empresa remetente de outro Estado, em conformidade à disposição do artigo 155, § 2º, VII, "b", da CR, e atentando-se para a realidade fática tributável, prevista nos artigos 116, parágrafo único, e 127, § 2º, do CTN, combinado com o § 2º, artigo 2º, e artigo 11, § 3º da Lei Kandir (LC n. 86/97), e artigos 5º, I, 14, I e § 3º, I, 84, I, § 1º, do Código Tributário Estadual, e 248 do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual n. 9.203/98).

Assevera que a regra do artigo 155, § 2º, IV, da CR, deve ser interpretada de forma mais racional, invocando-se o princípio da verdade real e considerando-se que a realidade fática tributável garante justiça na partilha do ICMS, impedindo a sonegação fiscal e dando guarida à disposição do artigo 170, VII, que estabelece como princípio a redução das desigualdades regionais e sociais.

Defende que o Estado de Mato Grosso do Sul possui competência constitucional para instituir normas que visam a fiscalização tributária das operações de exportação, na exegese dos artigos 155, II; 24,

I, § 3º, da CR, e artigos 6º, 110 e 113, § 2º, do CTN, razão pela qual o Decreto Estadual n. 13.162/2011 não padece de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Afirma que os artigos 93 e 94, § 1º, da Lei Estadual n. 1.810/97 (Código Tributário Estadual), 139, do Decreto Estadual n. 9.203/1998 (Regulamento do ICMS), artigo 194 e 113, § 2º, do CTN, e 1º, § 1º, do Decreto Estadual n. 12.110/2006, permitem a retenção das mercadorias, em atuação fiscalizatória dos servidores do fisco, razão pela qual a Súmula 323 do STF deve ser interpretada com maior razoabilidade.

Pede a admissão do Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsorte passivo necessário, o acolhimento das preliminares de litispendência e prevenção, ilegitimidade ou de carência da ação pela impossibilidade de utilização desta via, e a denegação da segurança, por reconhecer a legalidade da exação fiscal do Decreto Estadual n. 13.162/2011, ou subsidiariamente que se reconheça o descabimento da tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros por meio desta via.

Juntou os documentos de f. 327-87.

Manifestação da PGJ às f. 389-420, com parecer pelo acolhimento parcial da preliminar de litispendência e extinção parcial do *mandamus* e, no mérito, pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Brookfield Centro-Oeste Empreendimentos Imobiliários S.A contra ato coator imputado ao Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de mercadorias adquiridas de forma não presencial, consoante termos de verificação fiscal n. 209.760, 777.477, 5.836, 124.243, 38.209 e 126.623, e posterior retenção como forma de coerção para pagamento de ICMS.

Em síntese, sustenta a ofensa ao princípio da estrita legalidade, previsto pelo artigo 150, I, da CR, e 97, I, do CTN, violação ao artigo 146, II, da CR, dada a inexistência de previsão legal do "adicional " do tributo na LC n. 87/96, violação à regra de competência, prevista pelo artigo 155, § 2º, VII, "b", da CR, afronta ao dever de vedação ao confisco, prevista também pelo enunciado da Súmula 323 do STF.

Levanta a inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.628/2013 e, ao final, pede a concessão da segurança para afastar-se a incidência do diferencial da alíquota do ICMS sobre as transações não presenciais celebradas pela impetrante.

A defesa apresentada levantou preliminares de litispendência, em razão da tramitação do MS n. 4007141-41.2013.8.12.0000, o que garantiria a prevenção do caso à 3.ª Seção Cível, além da ilegitimidade da parte ativa, pela ausência de interesse quanto à questão da exigibilidade tributária, e carência da ação, pela impossibilidade de utilização desta via mandamental para apreciação de lei em tese.

No mérito, ressalvou que o ICMS cobrado no caso não é a diferença de alíquotas, já que reconhece que a impetrante não é contribuinte do imposto, no entanto, entende que como consumidora final não contribuinte deve custear a exação, no termos do Decreto Estadual n. 13.162/2011.

Argumentou que o Órgão Especial desta Corte já apreciou e julgou improcedente a arguição de inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.162/2011 e do Protocolo de ICMS n. 21/2011, no MS n. 1600137-83.2012.8.12.0000.

Defende a tributação do ICMS realizada, nos termos do Decreto Estadual n. 13.162/2011, que possui vigência independente do Protocolo CONFAZ n. 21/2011, já que conforme o seu artigo 4º tal se direciona à empresa remetente de outro Estado, em conformidade à disposição do artigo 155, § 2º, VII, "b", da CR, e atentando-se para a realidade fática tributável, prevista nos artigos 116, parágrafo único, e 127, § 2º, do CTN combinado com o § 2º, artigo 2º, e artigo 11, § 3º da Lei Kandir (LC n. 86/97) e artigos 5º, I, 14, I e § 3º, I, 84, I, § 1º, do Código Tributário Estadual, e 248, do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual n. 9.203/98).

Assevera que a regra do artigo 155, § 2º, IV, da CR, deve ser interpretada de forma mais racional, invocando-se o princípio da verdade real e considerando-se que a realidade fática tributável garante justiça na partilha do ICMS, impedindo a sonegação fiscal e dando guarida à disposição do artigo 170, VII, que estabelece como princípio a redução das desigualdades regionais e sociais.

Defende que o Estado de Mato Grosso do Sul possui competência constitucional para instituir normas que visam a fiscalização tributária das operações de exportação, na exegese dos artigos 155, II, 24, I, § 3º, da CR, e artigos 6º, 110 e 113, § 2º, do CTN, razão pela qual o Decreto Estadual n. 13.162/2011 não padece de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Afirma que os artigos 93 e 94, § 1º, da Lei Estadual n. 1.810/97 (Código Tributário Estadual), 139, do Decreto Estadual n. 9.203/1998 (Regulamento do ICMS), artigo 194 e 113, § 2º, do CTN, e 1º, § 1º do Decreto Estadual n. 12.110/2006, permitem a retenção das mercadorias, em atuação fiscalizatória dos servidores do fisco, razão pela qual a Súmula 323 do STF deve ser interpretada com maior razoabilidade.

Pede a admissão do Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsorte passivo necessário, o acolhimento das preliminares de litispendência e prevenção, ilegitimidade ou de carência da ação pela impossibilidade de utilização desta via, e a denegação da segurança, por reconhecer a legalidade da exação fiscal do Decreto Estadual n. 13.162/2011, ou subsidiariamente que se reconheça o descabimento da tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros por meio desta via.

I. Das Preliminares.

A) Litispendência e prevenção.

Arguiu a autoridade coatora preliminar de litispendência com os autos de MS n. 4007141-41.2013.8.12.0000, distribuído à relatoria do Desembargador Julizar Barbosa Trindade, da 3.ª Seção Cível deste Tribunal.

Na época em que se arguiu referida preliminar, a referida ação mandamental realmente tramitava na 3.ª Seção, tanto assim é que no termo de distribuição de f. 269 destes autos constou observação de que havia outro processo com as mesmas partes, porém o estudo de prevenção não demonstrou a necessidade de distribuição por vinculação, o que causa estranheza ante a redação do artigo 253, II, do CPC.

Aquele feito foi pautado e julgado em 18/11/2013, razão pela qual hoje não há mais que se falar em litispendência, e sim coisa julgada, figura plenamente admissível, inclusive, de ofício, em razão de se tratar de matéria de ordem pública.

Nesse caso, em razão do julgamento lá proferido, e tendo em vista que o objeto das duas ações mandamentais se identificavam quanto aos termos de verificação fiscal (TVF) n. 209.760, 777.477, 5.836, 124.243 e 38.209 (f. 187-91), quanto a eles aplico a coisa julgada e extingo o feito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Outrossim, resta ainda, a análise mandamental em relação ao TVF n. 126.623 (f. 192), e noto aqui que também não assiste razão quanto à arguição de prevenção daquele órgão (3.ª Seção Cível) por conexão.

Como se sabe, a prevenção é um "critério de fixação de competência entre juízos abstratamente competentes para conhecer da causa"[1]. E, nos termos do artigo 106, do CPC, considera-se prevento aquele que em primeiro lugar despachou, caso em que ações conexas deveriam ser reunidas para processamento e julgamento, a fim de se evitarem decisões conflitantes.

Ocorre que é pacífico a disposição de cessar a conexão quando houver julgamento em uma das causas, disposição esta prevista pelo enunciado da Súmula 235 do STJ.

Diante desse quadro, afasto a preliminar de prevenção arguida.

B) Ilegitimidade ativa.

Arguiu-se ilegitimidade da parte ativa, pela ausência de interesse quanto à questão da exigibilidade tributária, já que a obrigação tributária relacionada ao diferencial exigido pelo Decreto Estadual n. 13.162/2013 recai sobre a empresa remetente dos produtos e não a destinatária, no caso a impetrante.

Ocorre que diferente dos argumentos utilizados pelo Estado, o caso apresentado não apenas trata do dever de pagamento do imposto, como também da apreensão das mercadorias.

Ao que tudo indica, referidas mercadorias foram retidas no posto fiscal com informações de liberação após o recolhimento do crédito tributário indicado no próprio termo de verificação fiscal.

Nesse caso, e conforme outros inúmeros feitos já decididos por este TJMS, a empresa destinatária, proprietária das mercadorias apreendidas pelo Fisco, também possui legitimidade para a impetração do *writ*, já que a retenção acaba por figurar como meio coercitivo para o pagamento do tributo.

Vejam-se, para exemplificar, as decisões no MS 2011.020929-3, Rel; Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgamento em 21/09/2011; MS 4011107-12.2013.8.12.0000, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgamento em 14/04/2014; MS 4006204-31.2013.8.12.0000, Rel. Des. Fernando Mauro Moura Marinho, julgamento em 20/10/2014.

Diante deste quadro, afasto a preliminar de ilegitimidade.

C) Carência da ação.

Passo à análise da preliminar de carência da ação pela impossibilidade de utilização desta via para análise de lei em tese.

Tenho o mesmo entendimento já externado por esta Seção Cível, em vários e recentes julgamentos, eis que, no caso, não há falar em *writ* contra lei em tese ou mesmo de pretensão com efeitos normativos

1 Alvim, Arruda. **Comentários ao Código de processo civil.** – 1.ed. – Rio de Janeiro: GZEd., 2012.Nota 2 ao artigo 106. p. 199.

futuros, uma vez que o ato normativo combatido impõe obrigações concretas e imediatas, o que viabiliza, em tese, a impetração deste mandado de segurança.

Nesse sentido, esta questão já foi objeto de análise deste Tribunal, conforme se pode ver da AC 0800673-59.2014.8.12.0001, Des. Vladimir Abreu da Silva, 5.ª Câmara Cível, julgamento em 18/11/2014; AC 0048357-18.2011.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, 3.ª Câmara Cível, julgamento em 30/09/2014; MS 4007035-79.2013.8.12.0000, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Órgão Especial, julgamento em 04/09/2013; MS 4007141-41.2013.8.12.0000, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, 3.ª Seção Cível, julgamento em 18/11/2013.

Logo, não havendo fundamento para a preliminar aventada, afasto a alegada impossibilidade de impetração contra lei em tese, bem assim de impossibilidade de concessão de segurança com efeitos futuros.

II. Prejudicial de inconstitucionalidade.

A segurança pleiteada por meio deste *mandamus* apresenta prejudicial de inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 13.628/2013, por afronta ao princípio da estrita legalidade, previsto pelo artigo 150, I, da CR, e 97, I, do CTN, dada a violação ao artigo 146, II, da CR, a inexistência de previsão legal do "adicional" do tributo na LC n. 87/96, violação à regra de competência, prevista pelo artigo 155, § 2º, VII, "b", da CR, e afronta ao dever de vedação ao ao confisco, prevista também pelo enunciado da Súmula 323 do STF.

Primeiramente, apenas para esclarecer a situação, o objeto do *mandamus envolve* a exação do diferencial de alíquotas do ICMS sobre as transações não presenciais celebradas pela impetrante. Referida cobrança foi tratada no Protocolo Confaz n. 21/2011, regulada neste Estado pelo Decreto n. 13.162/2011 e alterado pelo Decreto n. 13.628/2013.

Na realidade, o ato normativo cuja inconstitucionalidade é afirmada é o Decreto n. 13.162/2011, mas vejo que já houve o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4628/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu realmente haver violação do Protocolo ICMS n. 21/2011 aos princípio do não confisco, do tráfego de pessoas e bens, e da reserva legal, consoante restou assim ementado :

> *Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS n. 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. 1. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos*

seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, ex vi do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados. 2. A modificação da sistemática jurídico-constitucional relativa ao ICMS, inaugurando novo regime incidente sobre a esfera jurídica dos integrantes das classes representadas nacionalmente pelas entidades arguentes, faz exsurgir a relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a CNC/CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado e a fortiori a denominada pertinência temática (Precedentes: ADI 4.364/SC, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ.: 16.05.2011; ADI 4.033/DF, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ.: 07.02.2011; ADI 1.918/ES-MC, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ.: 19.02.1999; ADI 1.003-DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ.: 06.12.1995). 3. O Protocolo ICMS n. 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia (Precedentes da Corte: ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009). 4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº. 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis in casu. 5. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CRFB/88. 6. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que os signatários do protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação. 7. O princípio do não confisco, que encerra direito fundamental do contribuinte, resta violado em seu núcleo essencial em face da sistemática adotada no cognominado Protocolo ICMS n. 21/2011, que legitima a aplicação da alíquota interna do ICMS na unidade federada de origem da mercadoria ou bem, procedimento correto e apropriado, bem como a exigência de novo percentual, a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando o destinatário final não for contribuinte do respectivo tributo. 8. O tráfego de pessoas e bens, consagrado como princípio constitucional tributário (CRFB/88, art. 150, V), subjaz infringido pelo ônus tributário inaugurado pelo Protocolo ICMS n. 21/2011 nas denominadas operações não presenciais e interestaduais. 9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88. In casu, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7.º) para instituir uma nova modalidade de substituição. 10. Os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, não detém

> *competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida. 11. A engenharia tributária do ICMS foi chancelada por esta Suprema Corte na ADI 4565/PI-MC, da qual foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, assim sintetizada: a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, propiciando, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo; Vale dizer: ambos os Estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas; b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna; c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual; d) Operação envolvendo combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem. 12. A Constituição, diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS n. 21/2011, dispõe categoricamente que a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, a teor do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. É dizer: outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino. 13. Os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, et pour cause, o fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados membros a prerrogativa de instituir, sponte sua, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional. 14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo n. 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungi-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.* (ADIN 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Naquele caso, e tendo em vista que referida decisão modulou seus efeitos *erga omnes* a partir do deferimento da concessão da medida liminar, com a ressalva das ações já ajuizadas, vejo que o presente feito se amolda perfeitamente à exegese daquele pronunciamento, de forma que a matéria de fundo tratada nesta ação trata basicamente da mesma questão já analisada e discutida pelo Plenário do STF, pelo que a ela se aplica.

Assim, em que pese referida ADI ter analisado a constitucionalidade do Protocolo ICMS n. 21/2011, do Confaz, o julgado acaba por interferir na sistemática do Decreto Estadual n. 13.162/2011, justamente porque, apesar da tão apregoada independência entre um ato normativo e outro, consoante defendeu a autoridade coatora em sua defesa, na mesma peça a própria autoridade coatora também asseverou que este último operacionalizou as disposições do primeiro.

Aliás, referida constatação também foi muito bem observada pelo eminente Des. Marco André Nogueira Hanson, no julgamento da AC 0000747-20.2012.8.12.00001, no dia 30/10/2014:

> *"(...) Ora, se o Decreto nº 13.162/201 foi editado com suporte no Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/201, é evidente que o reconhecimento da inconstitucionalidade deste*

> *Protocolo acarreta, por arrastamento, o alijamento daquele Decreto do ordenamento jurídico. Assim, não se haveria de sustentar, eventualmente, a possibilidade de manutenção autônoma do Decreto".*

E também o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, no MS n. 403409-04.2014.8.12.0000, julgado em 12/05/2014, e o Des. João Maria Lós, no MS º 0801367-28.2014.8.12.001, julgado em 19/05/2014.

Neste enfoque, apesar de não adentrar ao mérito dessa inconstitucionalidade, o que, aliás, parece ser objeto de outra ADI no Supremo Tribunal Federal, de número 4642, repito que a análise realizada pelo Plenário do STF abarcou quase a totalidade do mérito, ou seja, firmou-se o entendimento de que:

> *"alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, é devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que os signatários do protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação".*

A análise da inconstitucionalidade arguida acaba por ser englobada pelo julgamento proferido pelo STF, que repercute seus efeitos também no presente caso.

III. Mérito.

Por fim, quanto ao mérito, e sobremaneira calcado na fundamentação da ADI cuja ementa acima foi transcrita, não há muito o que se discutir sobre a aplicação daquela decisão ao presente caso, quanto à exação pretendida pelo Estado.

Não há dúvidas de que cada Estado-membro possui competência constitucional para legislar sobre direito tributário, a teor da previsão do artigo 24, I, da CR. Entretanto, o que se apregoa com referida tributação foi considerado pelo próprio Supremo Tribunal Federal como contrário ao "*arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b e 150, IV e V, da CRFB/88"*.

Apenas para que se ilustre a situação, o artigo 155, § 2º, VII, alíneas "a" e "b", e inciso VIII, da CR, determinam:

> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*
>
> *VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*
>
> *a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
>
> *b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*
>
> *VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da*

localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Nesse diapasão, a Constituição da República previu alíquota interna e interestadual em favor do estado de origem, bem assim a diferença entre tais (interna e interestadual) em favor do estado de destino para o caso de operação e prestação destinada a bens e serviços a consumidores finais localizados em outro Estado, o que, por intermédio do Protocolo ICMS n. 21/2011, regulamentado pelo Decreto Estadual n. 13.162/2011, foi tratado como nova regra de repartição de competência tributária.

A fim de bem retratar o caso, um trecho do voto do Des. Atapoã da Costa Feliz, no julgamento do MS 4013558-10.2013.8.12.000, votado por esta Seção, assim explicou pormenorizadamente a questão:

"(...) No entanto, no ano de 2011 os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal, reuniram-se e firmaram o Protocolo CONFAZ n. 21/2011, prevendo que, nas operações realizadas de maneira não presencial, é devido o pagamento do tributo no Estado de origem e também ao Estado de destino, com a aplicação de alíquotas diferenciadas para os Estados que aderiram ao Protocolo, in verbis: (...)

Neste Estado, o protocolo foi recepcionado pelo Decreto n. 13.162/2011.

Assim, quando uma empresa sediada em outra unidade da Federação, ao efetivar venda a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado neste Estado de Mato Grosso do Sul, como ocorre no caso, inicialmente recolhe para o Estado de origem 17% (alíquota do ICMS do seu Estado), em seguida, deduz-se 7% (conforme determina o Protocolo CONFAZ) sobrando, então, 10%, sobre os quais incide também alíquota ao Estado destinatário, que no caso irá somar mais 17%, (10% + 17% = 27%), resultando no recolhimento final de 27% de ICMS.

É contra esse diferencial de ICMS que se insurge a impetrante".

O caso se mostra exatamente igual àqueles já decididos em outros feitos, e a referida ADI veio somente a sacramentar a questão sobre a incidência do ICMS na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo.

Não se trata de garantir justiça na partilha do ICMS ou mesmo considerar a realidade fática tributável, nos termos do artigo 116, parágrafo único, e 127, § 2º, ambos do CTN, combinado com o artigo 11, § 3º, da Lei Complementar n. 87/96, já que o próprio guardião da Constituição interpretou que o caso é de inconstitucionalidade (Protocolo ICMS n. 21/2011), notadamente porque este pacto institui novas regras de cobrança do imposto, diversamente do que dispõe o próprio texto constitucional.

Reforçam esse entendimento os seguintes julgados desta Corte:

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES - NOTIFICAÇÃO DO ESTADO - CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - AFASTADAS - MÉRITO - ICMS PREVISTO NO PROTOCOLO CONFAZ n. 21 DE 01.04.2001 E NO DECRETO ESTADUAL n. 13.162/2011 - AQUISIÇÃO DE BENS E MERCADORIAS DE FORMA REMOTA - NÃO PRESENCIAL - ATIVIDADE COMERCIAL - DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA PELO STF NA ADI 4628 - SUSPENSÃO DO PROTOCOLO ICMS n. 21/2011 (ART. 10, § 3º da Lei 9.868/1999) - SEGURANÇA

CONCEDIDA. Determinada a notificação do ente estatal, este passa a integrar a lide independentemente de apresentar informações. Não há falar em writ contra lei em tese, uma vez que o Decreto Estadual n. 13.162, de 27.04.2011, objeto do mandamus, impõe obrigações concretas e imediatas, o que viabiliza, em tese, a impetração. O STF proferiu decisão cautelar na ADI 4628, com eficácia erga omnes, e efeitos ex nunc para suspender o Protocolo 21/2011 e o Decreto 13.162/2011, que determinam a adoção de alíquota interestadual, haja vista a CF/88 ter estabelecido a adoção de alíquota interna neste tipo de operação. Segurança concedida. (TJMS, MS 1403409-04.2014.8.12.0000, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 2.ª Seção, julgamento em 12/05/2014).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO - MANDAMUS CONTRA LEI EM TESE - REJEITADA - PREJUDICIAL DE SUSPENSÃO-JULGAMENTOADIN4628DOSTF-REJEITADA-MÉRITO-NORMATIVOS FUTUROS - REJEITADA - MÉRITO - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - ICMS - CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL - PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011 E DECRETO N. 13.162/2011 - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA, EM SEDE LIMINAR, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM EFEITOS EX NUNC - SEGURANÇA CONCEDIDA. Se o mandamus foi impetrado contra decreto estadual que impõe obrigações acessórias à impetrante, exigindo o recolhimento de ICMS no Estado de destino de mercadorias, não há falar em carência da ação pela insurgência contra lei em tese, pois a impetração assume nítida natureza preventiva, voltando-se contra os efeitos concretos de ato normativo, mostrando-se cabível o mandado de segurança. Não há fundamento a respaldar o pedido de suspensão para aguardar o julgamento definitivo da ADIn 4628, visto que determinada a suspensão dos atos de cobrança em sede cautelar, porém assegurado o poder de fiscalização e aporte dos créditos tributários. Considerando que o Supremo Tribunal Federal, declarou na ADI 4628 MC/DF a inconstitucionalidade, ainda que em sede liminar, do Protocolo CONFAZ n. 21/2011, impõe-se a imediata suspensão de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, para as operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom. É vedada a apreensão de mercadorias para forçar o pagamento de exação, entendimento consolidado na Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal (TJMS, MS 0808661-34.2014.8.12.0000, Rel. Des Marcos José de Brito Rodrigues, julgamento 18/08/2014).

Outrossim, não bastasse o julgamento da ADI 4628/DF abranger, em grande parte, os pontos meritórios deste *mandamus*, há ainda que se ressaltar que a empresa ora impetrante é do ramo da construção civil, e há jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores que tais não devem sofrer incidência do diferencial de alíquota de ICMS ao adquirirem em outros estados quaisquer bens para utilização como insumo nas obras que constroem.

Esse é o enunciado da Súmula 432 do STJ: "As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais", o que foi, de igual sorte, objeto de julgamento do REsp 1.135.489/AL, submetido ao rito dos recursos repetitivos, assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS.

NÃO INCIDÊNCIA.

1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: (...) Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (...).

*2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (*José Eduardo Soares de Melo, *in* 'Construção Civil - ISS ou ICMS?', in RDT 69, pg. 253, Malheiros)." (EREsp 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1135489/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Por fim, quanto ao direito de retenção das mercadorias, fundamentada nos artigos 93 e 94, § 1º, da Lei Estadual n. 1.810/97 (Código Tributário Estadual), 139, do Decreto Estadual n. 9.203/1998 (Regulamento do ICMS), artigos 194 e 113, § 2º, do CTN, e 1º, § 1º, do Decreto Estadual n. 12.110/2006, devo mencionar que referida matéria também foi objeto do julgamento daquela ADI (4628/DF), especialmente no que diz respeito ao enunciado da Súmula 323/STF.

Naquele julgamento considerou-se que o Supremo já tinha posicionamento contrário às práticas de retenção de mercadoria, tanto assim é que editou o enunciado daquela Súmula, de forma que não existe outra forma para sua interpretação que não aquela por ela explicitada: é inadimissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Com essas considerações, afasto as preliminares, porém aplico a coisa julgada em relação aos TVF's n. 209.760, 777.477, 5.836, 124.243, 38.209 (f. 187-91), extinguindo o feito, nos termos do artigo 267, V, do CPC.

Quanto ao ponto restante, concedo a segurança para determinar que a autoridade coatora se abstenha de qualquer prática fiscal que onere, dificulte o fornecimento de materiais ou a obtenção de certidões que estejam motivadas ou fundamentadas no Protocolo ICMS n. 21/2011, do Confaz, ou no Decreto Estadual n. 13.162/2011, bem assim deixe de cobrar o diferencial de alíquotas do ICMS com base nestes atos normativos, tornando definitiva a liminar que determinou a liberação das mercadorias constantes do Termo de Verificação Fiscal n. 126.623 (f. 192).

Os impetrados deverão arcar com as custas processuais.

Sem honorários, porque incabíveis na espécie (Súmula 105 do STJ).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o des. Marcos André Nogueira Hanson.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000239-18.2006.8.12.0023 - Angélica
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO PRIVADO – ACORDO FIRMADO ENTRE SEGURADO E SEGURADORA, SEM PARTICIPAÇÃO DOS ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS, FIGURANTES DO PROCESSO COM O BENEFICIÁRIOS DO CAPITAL – IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA – *ERROR IN PROCEDENDO* – SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO.

A homologação de acordo sem que as partes figurantes tenham capacidade plena para dispor sobre seu objeto e sem que todos os titulares do direito em discussão tenham participado da transação, consubstancia-se *error in procedendo*, tudo a admitir a anulação da sentença homologatória de ofício e permitir o prosseguimento do feito.

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, de ofício, tornar insubsistente a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Banco de Lage Landen Brasil S/A e Banco Rabobank International Brasil S/A, qualificados nos autos da ação de cobrança (feito nº 0000239-18.2006.8.12.0023 da 2ª Vara de Ivinhema/MS) que Gregório Weber promove em face de A.G.F. Allianz Group Seguros, igualmente qualificados, na condição de assistentes litisconsorciais, inconformados com a homologação do acordo firmado entre as partes principais, interpuseram apelação cível (f. 544-548).

Afirmaram, em apertada síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao homologar o acordo firmado entre o segurado e a seguradora, extinguindo o processo com julgamento do mérito.

Referiram que são os únicos beneficiários das apólices de seguro contratadas pelo segurado requerente junto à seguradora requerida, isto por serem os verdadeiros proprietários dos tratores furtados, os quais foram dados em garantia fiduciária.

Aduziram que lograram ser admitidos no processo como assistentes litisconsorciais do segurado requerente, cuja decisão proferida pelo Tribunal de Justiça transitou em julgado, perspectiva que, aliada ao fato de serem os beneficiários exclusivos das duas apólices de seguro, tornam o segurado requerente parte

ilegítima para receber e dar quitação à seguradora, o que torna incabível a liberação da seguradora apelada tão somente pela homologação do acordo.

Expuseram que sua pretensão está atrelada à definição do verdadeiro destinatário da indenização, o que não importa na alteração do pedido inicial, já que relacionado à cobrança do capital segurado.

Em vista destas circunstâncias, pediram o conhecimento e provimento do apelo para que lhes seja garantido o direito de cobrar não apenas do requerente mas também da requerida o valor do capital segurado.

Intimada, a seguradora requerida apresentou contrarrazões (f. 554-557), onde rebateu os argumentos dos apelantes e pugnou pela manutenção da sentença homologatória. Caso contrário, em sendo determinado o prosseguimento do feito na origem, pediu que o segurado requerente seja intimado para depositar nos autos o valor já pago por meio do acordo.

Igualmente intimado, o segurado requerente também apresentou contraminuta (f. 559-563), ocasião em que refutou os fundamentos do recurso e pleiteou a rejeição da pretensão recursal.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por beneficiárias de apólice de seguro, na condição de assistentes litisconsorciais do segurado requerente, objetivando impugnar acordo homologado em primeiro grau, o qual foi firmado extrajudicialmente por segurado e seguradora.

Uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço da apelação cível e, de ofício, suscito e acolho a preliminar de nulidade da sentença homologatória, em razão de vício que inquina sua validade. É o que passarei a demonstrar.

Preliminarmente

Nulidade da sentença homologatória de transação, em razão da ausência da capacidade plena das partes.

Pelo que se dessume dos autos, o segurado requerente ajuizou a presente ação, objetivando a cobrança do valor referente ao capital segurado em duas apólices de seguro, que teriam sido firmadas com a seguradora demandada para assegurar contra furto os tratores que guarneciam sua propriedade rural.

Consta dos autos que os referidos bens móveis, a despeito de consubstanciarem-se objetos dados em garantia fiduciária, foram furtados da propriedade rural, ensejando o acionamento do seguro contratado.

No trâmite da ação, as instituições financeiras, ora apelantes, por serem credoras fiduciantes e beneficiárias da apólice de seguro, foram admitidas no processo como assistentes litisconsorciais do segurado requerente, conforme se infere do Acórdão de f. 486-489.

O objetivo era assistirem o segurado e, ademais, resguardarem-se em face de eventual pagamento incorreto, visto que o capital segurado lhes deveria ser pago em razão de serem únicas beneficiárias da apólice.

Ato posterior à juntada do Acórdão supramencionado nos autos, antes mesmo da prolação da sentença, o segurado requerente e a seguradora requerida protocolizaram petição conjunta (f. 502-504),

onde informaram acerca da realização de transação extrajudicial, mediante concessões recíprocas, pelo que pleitearam a homologação e extinção do processo com julgamento do mérito, diante da quitação ofertada pelo segurado.

Diante de tal manifestação, o Juízo singular entendeu por bem homologar o acordo e, com isso, declarar extinto o processo com resolução do mérito.

Irresignadas, as beneficiárias da apólice, na condição de assistentes litisconsorciais, opuseram embargos de declaração (f. 509-512; f. 514-517), onde pretenderam cassar a sentença homologatória, para permitir seu prosseguimento em busca do capital segurado.

Os embargos de declaração foram conhecidos (f. 538-540), para esclarecer que: "*a condição de assistentes dos bancos recorrentes, não autoriza discordar do acordo ou pagamento pela seguradora ao segurado. Mantenho no mais, a sentença homologatória recorrida, sem adentrar no direito de crédito dos embargantes, os quais podem buscar as vias ordinárias*".

Diante do *decisum*, as assistentes litisconsorciais aviaram o presente apelo, para assegurar que seus direitos não sejam prejudicados em razão do acordo firmado pelo segurado e seguradora.

De fato, o acordo firmado pelo requerente e requerida não poderia ter sido homologado pelo douto Juízo, porquanto as partes intervenientes não poderiam ter disposto validamente sobre o objeto da transação, sem a participação das beneficiárias do seguro.

Em outros termos, considerando-se que a apólice de seguro estabelecia a existência tanto do segurado, ora requerente assistido, quanto das beneficiárias, ora assistentes litisconsorciais, é evidente que a capacidade do segurado para conceder liberalidades dependia inexoravelmente, no plano do direito material, da concordância das beneficiárias, sob pena de invalidade do negócio jurídico.

É que a transação é o instituto pelo qual os sujeitos de uma relação jurídica de direito material resolvem extingui-la mediante concessões recíprocas, para prevenir ou pôr fim ao litígio (artigo 840 do CC).

Se o contrato em discussão, objeto de cobrança, estabelece como beneficiárias pessoas diversas da do segurado, não pode este transacionar em detrimento dos direitos patrimoniais daquelas, tudo a demonstrar que a capacidade para o requerente firmar acordo dependia da integração e ratificação das vontades das assistentes litisconsorciais.

Sobre o assunto, ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy:

> *"De qualquer maneira, dúvida nunca houve de que a transação consubstanciasse, como consubstancia, negócio jurídico bilateral, cuja finalidade se volta à prevenção ou extinção de uma incerteza obrigacional, ou seja, de uma controvérsia, uma dúvida que tenham as partes vinculadas a uma obrigação, que elas solucionam mediante concessões recíprocas, mútuas. Importa, destarte, sempre em um acordo de vontades, que as partes manifestam de forma livre, descabendo transação imposta, ou legal. Insta assim, que respeitem as regras gerais de capacidade, e mesmo de legitimação, [...]."* (in Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 3ª edição, Manole: 2009, p. 830)

E assim o é, porque contrariamente ao quanto exposto pelo Julgador de primeiro grau, quando da prolação da decisão que resolveu os embargos de declaração opostos pelas apelantes (f. 538-540), estas não figuram no processo como assistentes simples, o que poderia fazer incidir as regras do art. 53, que estabelece, *in verbis*:

> *"Art. 53. A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente."*

As apelantes figuram no processo como assistentes litisconsorciais, conforme muito bem esclarecido no Acórdão de f. 486-489.

Partindo-se deste pressupostos, é certo que, em sentido diametralmente oposto àquele consignado pelo julgador de primeiro grau, as instituições apelantes estão a defender, no processo, direito próprio, porque a sentença eventualmente proferida nos autos influi na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Em casos tais, apesar da intervenção anômala no processo, a coisa julgada material haverá de influenciar na esfera jurídica e patrimonial das assistentes litisconsorciais, tudo a admiti-las como verdadeiras partes no processo, apesar de não ser na condição de litisconsortes ativas.

Sobre esta questão, bem pondera Vicente Greco Filho, ao lecionar, *in verbis*:

> *"Esta concepção formal, que a nosso ver não é incompatível com a concepção de ser parte legítima, já que são dois aspectos da figura, igualmente aceitáveis cada um em seu âmbito, contudo não nos é esclarecedora na procura da definição de terceiro, porque basta o ingresso no processo, com a participação no contraditório, para a aquisição da qualidade indiscriminada de parte em sentido processual. Assim, neste sentido, o assistente é parte tanto quanto o são autor e réu, ou ainda, por exemplo, é parte o arrematante que vem a manifestar-se na execução se houver alguma impugnação à arrematação. Este último participará de um contraditório limitado, é certo, mas desenvolverá atividade processual e receberá um provimento jurisdicional.*
>
> *Concluímos, pois, com Pedro Palmeira, que esclarece que 'pelo fato de não se transformar num litisconsorte da parte assistida, não negamos ao assistente litisconsorcial a qualidade de parte, como não negamos essa qualidade a todo e qualquer interveniente. Intervindo voluntariamente no processo, deixa o assistente de ser terceiro e, não sendo terceiro, será forçosamente parte, sujeito aos efeitos da decisão que no processo for proferida, como de certo modo reconhecem os próprios processualistas alemães que negam aquela qualidade ao assistente (...)'.*
>
> *Hoje, conforme acima referimos, os efeitos da coisa julgada sobre o assistente estão regulados em lei (art. 55), e, mesmo quando ocorre a assistência litisconsorcial, sua atividade 'considera-se' equiparada à do litisconsorte, apesar de não exercer o direito de ação própria."* (GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, volume 1 : teoria geral do processo a auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141-142.)

Seguindo esta intelecção, sendo induvidoso que a sentença prolatada nos autos acabaria por instituir em face das assistentes litisconsorciais a coisa julgada material intangível, porque só se afigura admissível o ingresso sob tal qualidade no processo alheio quando está a discutir direito de que é titular, não se poderia permitir que o segurado assistido viesse a conceder liberalidades em favor da seguradora demandada, sob pena de se tangenciar os direitos patrimoniais das beneficiárias.

Ora, se as apelantes afirmam serem as destinatárias do capital segurado, afigurar-se-ia temerário admitir que o requerente, como mero segurado da apólice, pudesse fazer concessões sobre o valor do crédito reclamado, sem o consentimento das assistentes litisconsorciais, prejudicando-as.

Sobre isso, preleciona Luiz Fux, *in verbis*:

> *"O assistente litisconsorcial não é interveniente secundário e acessório, uma vez que a relação discutida entre o assistido e o seu adversário também lhe pertence. O seu tratamento é igual àquele deferida ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual. Não vigoram, nessa modalidade, as regras que impõem ao assistente uma posição subsidiária, como as dos art.s 53 e 55 do diploma processual. (...)*
>
> *Na assistência litisconsorcial, porque a relação deduzida também é do assistente ou só a ele pertence, o decisum atinge-o, diretamente, na esfera jurídica. No plano material, é como se a sentença tivesse sido proferida em face do assistente mesmo. (...) Por essa razão, a atuação do assistente qualificado é bem mais ampla do que a do assistente simples. No que concerne aos atos benéficos e atos prejudiciais praticados pelo assistido, aplica-se o regime do litisconsórcio unitário; por isso, a priori, não se admite que o assistente litisconsorcial seja prejudicado por um ato de liberalidade daquele. (...)*
>
> *Por outro lado, diversamente da intervenção simples, o assistente litisconsorcial é livre para atuar. Assim, sendo parte, não está limitado, a oferecer incidentes não suscitados pelo assistido, podendo oferecer reconvenção ou propor ação declaratória incidental.*
>
> *A eficácia do decidido em face do litisconsorcial é a prevista no art. 472 do CPC e não a do art. 55 do CPC, haja vista que o direito do assistente, in casu, é discutido por um substituto processual seu, sendo pacífico o entendimento de que a coisa julgada atinge substituto e substituído. Aliás, seria logicamente insustentável reconhecer-se que a relação jurídica da qual o litisconsorcial é titular, é objeto de cognição e decisão, mas, afirmar que a coisa julgada não o atinge."*

Nesta trilha, se as assistentes litisconsorciais ficam submetidas à coisa julgada material formada no processo, afigura-se inadmissível que eventual acordo firmado por segurado e seguradora seja realizado sem sua intervenção e vontade.

Logo, se a vontade do titular do direito sob transação é condição de validade do negócio jurídico, impossível admitir a homologação em primeiro grau.

Neste sentido, dispondo acerca da imprescindibilidade de acordo de vontade de todas as partes na transação para fins de se reconhecer a validade desta, veja-se:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SERVIDOR PÚBLICO - 28,86% - TERMO DE ACORDO - OMISSÃO CONSTATADA - INTEGRAÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DA ASSINATURA DA UNIÃO NA TRANSAÇÃO - IRREGULARIDADE - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL INDEFERIDA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.*
>
> *1. Não tendo a decisão embargada apreciado o pedido referente à regularidade do termo de acordo para o pagamento administrativo do reajuste de 28,86%, caracterizada está a omissão objeto do artigo 535 do CPC.*
>
> *2. A manifestação de vontade de ambas as partes é requisito de validade da transação, que, inclusive quando homologada judicialmente, passa a ser título executivo judicial, nos termos do inciso III do artigo 475-N do CPC.*
>
> *3. Ausente a assinatura de uma das partes, fica inviabilizada a homologação judicial do termo de acordo."* (EDcl no AgRg no Ag 1102652/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013)

Logo, impõe-se concluir que o Juízo singular, ao homologar o acordo sem que as partes figurantes tivessem capacidade plena para dispor sobre seu objeto e sem que todos os titulares do direito em discussão

tivessem participado da transação, impõe-se reconhecer que obrou em *error in procedendo*, tudo a admitir a anulação da sentença homologatória de ofício e permitir o prosseguimento do feito.

Eventuais consequências do acordo indevido firmado entre segurado e seguradora, no plano do direito material (valores pagos e retidos pelas partes que participaram da transação) deverão ser solucionadas na via própria, visto que ultrapassa os limites do pedido inicial e, por isso, impossível de solução nesta demanda em respeito ao princípio da congruência.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação cível interposta por Banco de Lage Landen Brasil S/A e Banco Rabobank International Brasil S/A e, de ofício, torno insubsistente a sentença homologatória proferida em primeiro grau, em razão do *error in procedendo* que fulmina sua validade, devendo o processo retornar em primeiro grau para seu devido prosseguimento, com o retorno das partes ao *status quo*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, de ofício, tornaram insubsistente a sentença, 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001585-70.2008.8.12.0043 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO COM PROMESSA DE COMPRA E VENDA – VENDA DO IMÓVEL A TERCEIRA PESSOA – JULGAMENTO "CITRA PETITA" – RECONVENÇÃO NÃO APRECIADA – ARTIGO 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA – FALTA QUE MERECE SER SUPRIMIDA POR ESTA INSTÂNCIA – PEDIDO QUE NÃO DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA – EFETIVIDADE PROCESSUAL – PEDIDO RECONVENCIONAL – FALTA DE INTERESSE – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES EM OUTRO PROCESSO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267 E 462, AMBOS DO CPC) – APELAÇÃO DA AUTORA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONSTATADA – RESCISÃO DA AVENÇA QUE DEMONSTRA VERDADEIRA RENÚNCIA A QUALQUER DIREITO EVENTUALMENTE DECORRENTE DESTA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - O magistrado deve ater-se, em qualquer circunstância, ao princípio processual da correlação ou congruência entre o pedido inicial, a contestação/reconvenção e a sentença.

II - Nula é a sentença citra petita que deixa de examinar o pedido reconvencional, sob pena de negativa de prestação jurisdicional (inteligência do art. 318 do CPC).

III - Em que pese a constatação de vício na decisão recorrida, à luz do princípio da efetividade e celeridade processual, pode o Tribunal julgar desde já o pedido reconvencional, o que, ressalta-se, deve ser extinto sem resolução do mérito, em função da perda superveniente do objeto (art. 462, CPC), sem a necessidade de devolver os autos à primeira instância, especialmente porque este não demanda dilação probatória.

IV - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. Isso porque, a tutela jurisdicional deve retratar o contexto litigioso no momento de sua entrega às partes.

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, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Sitesharing do Brasil Empreendimentos em Telecomunicações S/A, devidamente qualificada, inconformada com a sentença prolatada nos autos da ação de obrigação de fazer (feito nº 0001585-70.2008.8.12.0043, da Vara Única, da Comarca de São Gabriel do Oeste, Estado de Mato Grosso do Sul) que promove em face de Vilson Lovato e outros, também qualificados, que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no inc. VI do art. 267 do CPC (f. 393-397), interpôs recurso de apelação (f. 404-408).

Afirmou que o fato de os dois primeiros apelados já terem vendido o imóvel à terceira apelada não tem o condão de retirar o interesse de agir da apelante, já que não é coerente que os mesmos sejam beneficiados com a própria má-fé, ao alienar "*à terceira apelada o bem que haviam prometido vender à apelante*".

Acrescentou, ainda, que não deve prevalecer o entendimento emanado pelo juízo singular de que a terceira apelada, Atiaia Energia S/A, não poderia ser compelida a transferir o imóvel ao requerente em razão de não ter conhecimento acerca da existência de contrato entre a requerente e os primeiros apelados, uma vez que a referida sociedade não é terceira de boa-fé, já que tinha pleno conhecimento do contrato de arrendamento com promessa de compra e venda firmado pelos dois primeiros requeridos com a empresa apelante.

Aduziu que o contrato em discussão foi firmado em "*caráter irrevogável e irretratável, conforme cláusula nove e seus parágrafos*", situação que deveria ter sido observada pelos primeiros requeridos, porém, ao contrário, venderam o imóvel para terceira pessoa, concorrente da apelante.

Inferiu que a apelada Atiaia "*sub-rogou-se em todos os direitos e obrigações quando adquiriu o imóvel em conluio com os apelados Vilson e Arlet*", e, dessa forma, sendo o imóvel de propriedade da referida sociedade, que faz parte do pólo passivo da presente lide, restou claro o interesse de agir da apelante.

Ressaltou que, conforme disposto em lei, quando a pretensão da obrigação de fazer tornar-se impossível de ser cumprida, a ação deve-se resolver em perdas e danos.

Por fim, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para, reformando a sentença a quo, reconhecer os pedidos aventados na inicial.

Devidamente intimados, os dois primeiros réus apresentaram contrarrazões (f. 414-419), oportunidade em que alegam a nulidade absoluta do contrato pactuado com a apelante, uma vez que não atendeu à disposição do artigo 108, do Código Civil, atinente à necessidade de escritura pública para validade do negócio jurídico e, ainda, alegaram que o contrato *sub judice* foi objeto de acordo nos autos da Ação de Rescisão Contratual (feito nº 0800092-15.2014.8.12.0043), em trâmite perante o Juizado Especial, da Comarca de São Gabriel do Oeste), tendo sido tal composição devidamente homologada por aquele juízo.

Outrossim, também intimada, a terceira demandada apresentou contrarrazões ao recurso de apelação (f. 433-441), oportunidade em que protestou pela manutenção da sentença, com o não provimento do recurso do réu.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sitesharing do Brasil Empreendimentos em Telecomunicações S/A, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (feito nº 0001585-70.2008.8.12.0043, da Vara Única, da Comarca de São Gabriel do Oeste, Estado de Mato Grosso do Sul) que promove em face de Vilson Lovato e outros, que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no inc. VI do art. 267 do CPC (f. 393-397).

Preambularmente, após pormenorizada análise dos autos, concluo ser necessário arguir preliminar, de ofício, ante a constatação de julgamento citra petita pelo juízo sentenciante.

Explico.

O processo de origem cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela apelante, em que se pleiteia o cumprimento do contrato de arrendamento com promessa de compra e venda pactuado entre o autor, ora apelante e os primeiros réus Vilson Lovato e Arlet da Rocha Lovato, ora apelados.

Os pedidos formulados nesta ação de obrigação de fazer foram contestados pelas partes contrárias (f. 184-197 e 206-228). Os réus Vilson Lovato e Arlet da Rocha Lovato, conjuntamente com a contestação, ofereceram reconvenção (f. 176-180), na qual se requereu a rescisão do contrato de arrendamento com promessa de compra e venda em todos os seus termos e cláusulas, sobre a qual a parte autora se manifestou à f. 322-331.

A sentença recorrida (f. 393-397), no entanto, julgou apenas a ação de obrigação de fazer, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI do CPC, por entender que "*falta à autora o interesse de agir, uma vez que com esta ação não atingirá o objetivo pretendido*", deixando de se manifestar sobre o citado pedido reconvencional.

Nota-se, pois, que, não obstante o julgador mencionar acerca da reconvenção no relatório da sentença (f. 394), não procedeu ao seu julgamento, seja na fundamentação ou mesmo na parte dispositiva.

Com efeito, consoante dispõe o art. 318 do CPC, a regra é que o pedido inicial e o reconvencional sejam julgados pela mesma sentença. Outrossim, ainda que o julgamento não seja concomitante, cumpre ao julgador procede-lo, o que na hipótese, entretanto, não ocorreu, já que o juízo de origem limitou-se a julgar o pedido formulado na ação principal, deixando de apreciar o citado pedido reconvencional.

Sobre a reconvenção, cumpre transcrever as lições do professor Fredie Didier Jr:

> *"A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvencional,* ***afim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença****".* (JUNIOR, Fredie Didier, Curso de Processo Civil, vol.1, Editora: Juspodvim, 2011, p. 527) Destaquei.

Logo, a não apreciação do pedido reconvencional formulado pelos apelados, induz à nulidade da decisão recorrida, por julgamento citra petita.

Isto porque, a combinação do art. 128 com o art. 460, ambos do CPC, leva à teoria da correlação ou da congruência, segundo a qual a atividade jurisdicional encontra-se limitada pelo pedido e pela defesa apresentados, proibindo que seja prolatada decisão *ultra, citra* ou *extra petita*:

> *"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."*
>
> *"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."*

Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam que:

> *"A regra no processo civil é que a sentença seja conforme ao pedido do demandante. Duplamente conforme: conforme ao pedido imediato (providência jurisdicional postulada – declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução) e conforme ao pedido mediato (bem da vida perseguido em juízo). Daí a razão pela qual é vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (vale dizer, desconforme ao pedido imediato), ou que tenha objeto diverso do demandado (isto é, desconforme ao pedido mediato). Fazendo-o, profere o juiz sentença infra, extra ou ultra petita. A sentença infra petita é aquela que não aprecia o pedido ou um dos pedido cumulados. A sentença extra petita é que julga fora do pedido do demandante. A sentença ultra petita é aquela em que o órgão jurisdicional vai além daquilo que foi pedido pelo demandante*[1] *".*

Conclui-se, pois, que a sentença impugnada é eivada de vício.

Com efeito, em que pese a constatação deste vício na decisão recorrida, à luz do princípio da efetividade e celeridade processual, pode o Tribunal julgar desde já o pedido reconvencional, o que, ressalta-se, deve ser extinto sem resolução do mérito, em função da perda superveniente do objeto (art. 462, CPC), sem a necessidade de devolver os autos à primeira instância.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, ensina, *in verbis*:

> *"O direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, ou seja, todos dos seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Este é o resultado que se busca com o processo.*
>
> *Nessa ordem de idéias, que não se cansa de afirmar, o tema das nulidades processuais apresenta-se de suma importância. Isso porque, é exatamente aqui que o formalismo exagerado pode por a perder toda uma série de atividades desenvolvidas pelo sujeitos do processo, com vista à tutela.*
>
> *A partir da premissa de que é necessário relativizar o binômio direito-processo, exsurge como conseqüência inexorável a relativização das nulidades processuais, que passa a ser considerada à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo (pas de nullité sans grief)*[2]*. "*

Esta interpretação ganha força quando se tem em mente o princípio constitucional da "razoável duração do processo", alçado à condição de direito fundamental (art. 5º, LXXVII, da CF).

O retorno dos autos à inferior instância, no presente caso, por uma questão singela, que se pode facilmente superar, apenas retardaria ainda mais a solução final do litígio.

Neste sentido, inclusive, já se posicionou esta 3ª Câmara Cível:

1 **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.422.

2 **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo.5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 123.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - EXCLUSÃO DE SÓCIO - PRETENSÃO DE REINCLUSÃO - PRESCRIÇÃO ÂNUA - PRELIMINAR REJEITADA - SENTENÇA ULTRA E NÃO EXTRA PETITA - EXCLUSÃO DO EXCESSO DE CONDENAÇÃO - REVELIA - EFEITOS - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

O disposto no art. 206, § 1º, II, "b", do Código Civil, refere-se especificamente à ação de segurado contra o segurador e vice-versa. Todavia, pretendendo o recorrido sua reinclusão nos quadros associativos do recorrente, revela-se, então, a matéria controvertida, como de direito obrigacional, pois a exclusão se dera por força de rescisão unilateral do contrato, já que, segundo consta dos autos, teria havido inadimplemento contratual, mais especificamente, a falta de pagamento das prestações mensais. Incide, assim, na espécie, a norma do art. 205, do Código Civil, que prevê em dez anos a prescrição.

Revela-se extra petita a sentença que decide coisa diversa daquela constante da demanda, não assim quando concede mais do que foi pedido pelo autor.

Os efeitos da revelia conduzem à presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor em sua petição inicial, a teor dos arts. 285 e 219, do CPC, mormente quando não se está diante das exceções previstas no art. 320, do mesmo CPC, e o réu fora advertida de sua incúria.

Verificando que a sentença pode gerar interpretação que conduza a um excesso na condenação, exsurge conveniente esclarecer o fato, dela excluindo expressamente o propalado excesso. (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.021400-8/0000-00 - Três Lagoas. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 11/01/2010).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISÃO DE DÉBITO – FATURAS DE CONSUMO COM VALORES DESARRAZOADOS – MÉDIA DE CONSUMO - EXCESSO DECOTADO – VALOR DECOTADO UTILIZADO PARA CÁLCULOS FUTUROS – DECISÃO ULTRA PETITA – RECURSO PROVIDO.

A lide é limitada ao pedido, obstando ao magistrado ir além deste (sentença ultra petita), ou aquém do pleito (sentença citra petita) e, ainda, sentenciar diversamente do requerido (sentença extra petita) (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.034988-9/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.Terceira Turma Cível. J. 11/01/2010)

E, também, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ULTRA PETITA. NULIDADE. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO.

1. A sentença ultra petita é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado. Precedente.

2. Recurso especial conhecido em parte. (REsp 263.829/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 04/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 526).

Dessa forma, sem necessidade de anulação do ato judicial, é autorizado ao Tribunal, em sede de apelação, à luz do disposto no §1º do art. 515 do CPC, suprir da sentença a falta nela contida, relativamente ao pedido reconvencional de f. 176-180.

Logo, não obstante qualquer das partes tenha manifestado insurgência quanto à omissão de julgamento que incorreu o juízo sentenciante, impõe-se, desde já, com fundamento no princípio da efetividade e celeridade processual, julgar o pedido reconvencional formulado por Vilson Lovato e Arlet da Rocha Lovato, especialmente porque este não demanda qualquer dilação probatória.

Pedido reconvencional

Compulsando os autos, infere-se que o réus, Vilson Lovato e Arlet da Rocha Lovato, ofereceram reconvenção, para pleitear "*a rescisão do contrato em todos os seus termos e cláusulas, que foi pactuado entre as partes, pleiteando a condenação da reconvinda ao pagamento da multa contratual*" (f. 180).

Referida avença, cuja rescisão foi pleiteada pelo réus, trata-se de contrato de arrendamento com cláusula de compra.

Segundo a causa de pedir da ação reconvencional, o seu pleito não demanda dilação probatória, alegando tratar-se de avença nula de pleno direito, por desrespeito às formalidades a ela inerente.

Com efeito, em resposta ao recurso de apelação interposto pela parte autora-reconvinda, os réus-reconvintes informaram nestes autos que as partes formularam nos autos da ação de rescisão de contrato c/c cobrança (feito nº 0800092-15.2014.8.12.0043), que tramitou perante o Juizado Especial da Comarca de São Gabriel do Oeste, MS, transação em que "*concordaram com a rescisão do contrato (Instrumento Particular com Promessa de Venda e Compra) e o consequente cancelamento da averbação da margem da matrícula n. 13.689 do Registro de Imóveis da Comarca de São Gabriel do Oeste, livro n. 1, sob o n. AV-3.13.689, sem ônus para ambas*" (f. 420), a qual foi devidamente homologada por aquele juízo (f. 422).

Dessa forma, aplicável ao caso o disposto no art. 462, do Código de Processo Civil, porquanto se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Isso porque, a tutela jurisdicional deve retratar o contexto litigioso no momento de sua entrega às partes, razão pela qual os reconvintes são carecedores da ação por falta de interesse processual, em decorrência da superveniente entabulação de acordo judicial, devidamente homologado, em que ambas as partes concordam com a rescisão da avença sem ônus para ambas contratantes (f. 420-422).

Por pertinente, confira-se os seguintes julgados:

> *EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO POPULAR – REVOGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL – PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ILEGALIDADE E LESIVIDADE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – COM O PARECER – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *Havendo fato superveniente, in casu, representado pela revogação da lei municipal, há falta de interesse processual, ocasionando a ausência de uma das condições da ação, bem como não ficou caracterizado ilegalidade e lesividade ao erário público, o que ocasiona perda superveniente do objeto com a extinção do processo sem resolução do mérito.* (TJMS. Quinta Turma Cível. Reexame de Sentença - N. 2010.015501-4/0000-00 -

São Gabriel do Oeste. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. J. 01/07/2010.)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR ALEGADA EM CONTRARRAZÕES – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA PROVA FÍSICA QUE REPROVOU CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO – CONCURSO ENCERRADO E HOMOLOGADO – FATO SUPERVENIENTE QUE LEVA À PERDA DO OBJETO DA AÇÃO – PROCESSO EXTINTO – RECURSO IMPROVIDO.

O interesse de agir traduz-se na necessidade, utilidade da via eleita como apta à satisfação do direito que a parte entende deva ser tutelado pelo Poder Judiciário, mediante o exercício da ação, que deve ser adequada e correspondente à pretensão deduzida em juízo.

Esse interesse deve existir desde o momento da propositura da ação até o final dela, de sorte que se no curso da lide há fato superveniente que leva à perda dele, o juiz há de considerar referido fato e extinguir o processo, sem resolução do mérito, ex vi do artigo 267, VI e 462, ambos do CPC.

As condições da ação são sensíveis a fatos supervenientes, tanto nos casos em que eles as tornam presentes como nas situações em que eles implicam sua ulterior ausência e deve ser considerado pelo julgador, ainda que em sede recursal, não havendo óbice para que a parte requeira seu conhecimento por meio de contrarrazões recursais.

Preliminar deduzida em sede de contrarrazões conhecida para improver o recurso, com retificação da fundamentação e parte dispositiva da sentença. (TJMS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.010719-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Dorival Renato Pavan. J. 25/05/2010).

APELAÇÃO CÍVEL. BUSCA E APREENSÃO. DEPÓSITO DAS PARCELAS VENCIDAS. PURGAÇÃO DA MORA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Nos casos de ação de busca e apreensão, a purgação da mora abrange somente as prestações vencidas e não pagas, como depositadas pela devedora, resultando na extinção do processo sem Resolução do mérito por perda superveniente do interesse processual, ou seja, do objeto da ação. (TJMS; AC-LEsp 2007.028623-0/0000-00; Três Lagoas; Quarta Turma Cível; Rel. Des. lpídio Helvécio Chaves Martins; DJEMS 25/04/2008; Pág. 32).

Portanto, face a perda do objeto do pedido reconvencional, procedo sua extinção, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, com fulcro no art. 267, VI c/c art. 462, ambos do CPC e, por consequência, condeno os reconvintes ao pagamento dos ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios, os quais fixo, nos termos do §4º do art. 20 do CPC, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Recurso de apelação da parte autora

A apelante afirmou que o fato de os dois primeiros apelados já terem vendido o imóvel à terceira apelada não tem o condão de retirar o interesse de agir da apelante, já que não é coerente que os mesmos sejam beneficiados com a própria má-fé, ao alienar "*à terceira apelada o bem que haviam prometido vender à apelante*".

Acrescentou, ainda, que não deve prevalecer o entendimento emanado pelo juízo singular de que a terceira apelada, Atiaia Energia S/A, não poderia ser compelida a transferir o imóvel ao requerente em razão de não ter conhecimento acerca da existência de contrato entre a requerente e os primeiros apelados,

uma vez que a referida sociedade não é terceira de boa-fé, já que tinha pleno conhecimento do contrato de arrendamento com promessa de compra e venda firmado pelos dois primeiros requeridos com a empresa apelante.

Aduziu que o contrato em discussão foi firmado em "*caráter irrevogável e irretratável, conforme cláusula nove e seus parágrafos*", situação que deveria ter sido observada pelos primeiros requeridos, porém, ao contrário, venderam o imóvel para terceira pessoa, concorrente da apelante.

Inferiu que a apelada Atiaia "*sub-rogou-se em todos os direitos e obrigações quando adquiriu o imóvel em conluio com os apelados Vilson e Arlet*", e, dessa forma, sendo o imóvel de propriedade da referida sociedade, que faz parte do pólo passivo da presente lide, restou claro o interesse de agir da apelante.

Por fim, a apelante ressaltou que, conforme disposto em lei, quando a pretensão da obrigação de fazer tornar-se impossível de ser cumprida, a ação deve-se resolver em perdas e danos, sustentando, por isso, a persistência de seu interesse de agir no prosseguimento do feito.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo.

Em primeiro lugar, cumpre transcrever o pedido formulado na petição inicial:

> *a) a concessão liminar da tutela jurisdicional pretendida, à luz do parágrafo 3.º do artigo 461, do Código de Processo Civil, a fim de compelir os réus a cumprirem o contrato em de bate, no prazo de 10 (dez) dias, determinando-se seja promovida a venda da área de 19has 8100 has (dezenove hectares e oito mil e cem metros quadrados), do imóvel rural denominado Fazenda Rancho Fundo, localizado no Município e Comarca de São Gabriel do Oeste, Estado de Mato Grosso do Sul, objeto da matrícula n. 8.543, do Serviço Registral imobiliário de São Gabriel do Oeste-MS, cuja configuração é objeto do croqui assinado pelas partes , integrante do contrato entabulado.*
>
> *O valor avençado pelas partes foi de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por hectare, que a autora se propõe a pagar ou depositar, no instante em que determinado pelo D. Juízo.*
>
> *(...)*
>
> *c) a procedência do pedido, confirmando-se a antecipação da tutela ou liminar, com a condenação dos réus também ao pagamento dos consectários legais decorrentes da sucumbência.*

Observa-se do pedido da inicial, ajuizada em 18/11/2008, que não houve a natural cumulação própria sucessiva de pedidos para a efetiva tutela jurisdicional pleiteada, qual seja a cumulação com ação cominatória de eventual conversão do pedido em perdas e danos.

Outrossim, como bem ensina o professor Fredie Didier Jr.: "*A impossibilidade capaz de gerar a conversão da obrigação em prestação pecuniária há de ser (i) superveniente, (ii) absoluta, (III) imputável ao devedor.*" (JUNIOR, Fredie Didier, Curso de Processo Civil, vol. 5, Editora: Juspodvim, 2012, p. 436)

No caso dos autos, todavia, as partes formularam rescisão do contrato, por força de acordo judicial devidamente homologado, falecendo, por isso, à demandante o interesse em prosseguir com a pretensão decorrente de suposta inadimplência contratual.

Logo, infere-se que a pretensão cominatória pleiteada na inicial, qual seja, de compelir os réus a cumprir o contrato de arrendamento com promessa de compra e venda, notadamente em relação à promessa

de compra e venda (f. 12-17) resta inócua, uma vez que as partes contratantes firmaram acordo judicial nos autos da ação de rescisão de contrato (feito nº 0800092-15.2014.8.12.0043), que tramitou perante o Juizado Especial da Comarca de São Gabriel do Oeste, MS, em que ficou convencionada a rescisão da avença com o consequente cancelamento da averbação na margem da respectiva matrícula, sem ônus para as partes.

Até mesmo porque, como dito alhures, se as partes "concordaram com a rescisão do contrato (Instrumento Particular com Promessa de Venda e Compra) e o consequente cancelamento da averbação da margem da matrícula n. 13.689 do Registro de Imóveis da Comarca de São Gabriel do Oeste, livro n. 1, sob o n. AV-3.13.689, sem ônus para ambas" (f. 420), restou evidenciada uma renúncia tácita da empresa demandante sobre eventual perdas e danos decorrentes da referida avença.

Por isso, ao caso dos autos, inclusive, mostra-se aplicável a teoria do "*venire contra factum proprium*", ou seja, vedação de comportamento contraditório, vez que defeso ao litigante agir de forma diferente conforme lhe convenha no curso do processo.

Sobre "*venire contra factum proprium*"[3] , confira-se:

> *"O venire contra factum proprium encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado.*
>
> *Em vista desse comportamento, existe um investimento, a confiança de que a conduta será a adotada anteriormente, mas depois de referido lapso temporal, é alterada por comportamento contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objetiva (confiança).*
>
> *Existem, portanto quatro elementos para a caracterização do venire: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório.*
>
> *Nos dizeres de Anderson Schreiber, a tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. Em suma, segundo o autor fluminense, o fundamento da vedação do comportamento contraditório é, justamente, a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva".*

Portanto, ainda que por outros fundamentos, resta evidenciada a carência de ação da empresa autora, por falta de interesse de agir, como bem concluiu o juízo sentenciante.

Dispositivo

Ante o exposto, suscito e acolho, de ofício, a preliminar de nulidade da sentença, por julgamento "*citra petita*", face a ausência de julgamento do pedido reconvencional formulado pelos réus mas, à luz do §1º do art. 515 do CPC e dos princípios da celeridade e efetividade processual, procedo a supressão da falta contida na sentença, relativamente ao pedido reconvencional de f. 176-180, julgando-o extinto, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI c/c art. 462, ambos do CPC e, por consequência, condeno os reconvintes ao pagamento dos ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios, os quais fixo, nos termos do §4º do art. 20 do CPC, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

3 Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080608193723734>. Acesso em: 10 set. 2009 às 15h20.

Por outro lado, conheço do recurso de apelação interposto por Sitesharing do Brasil Empreendimentos em Telecomunicações S.A, mas nego-lhe provimento, para manter inalterada a sentença recorrida, ainda que por outros 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. 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0826157-13.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) POR MORTE DE NASCITURO – PRELIMINARES – INCLUSÃO DA SEGURADORA LÍDER NO POLO PASSIVO – REJEITADA – ILEGITIMIDADE ATIVA DA AVÓ – AFASTADA – PRETENSA NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA – IRRELEVÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – REJEITADA – NASCITURO – DIREITO À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MÉRITO – NEXO CAUSAL ENTRE A MORTE E O ACIDENTE – COMPROVADO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO *A QUO* – DATA DO ACIDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Se pelo sistema legal do seguro obrigatório a indenização deve ser paga por qualquer das seguradoras integrantes do complexo, todas aquelas que estejam consorciadas ao DPVAT poderão figurar no polo passivo das ações de cobrança do valor devido referente ao seguro obrigatório.

II. Desnecessidade de comprovação de que a autora é a única herdeira, tendo em vista que todos os herdeiros legais tem legitimidade para pleitear solidariamente a indenização, de modo que o pagamento para um desonera a seguradora da obrigação.

III. Acidente de trânsito que tirou a vida da genitora, gestante de 11 (onze) semanas. Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

IV. Na hipótese, houve o evento morte em decorrência do acidente de trânsito, daí a cobertura securitária e a procedência do pedido inicial.

V. A correção monetária, entendida como mera recomposição do montante devido face às perdas inflacionárias, deve incidir a partir do evento danoso. Precedentes do TJMS e STJ.

VI. Se os honorários foram fixados em consonância com o princípio da razoabilidade, de acordo com as alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC, eles não devem ser reduzidos, sob pena de se confundir modicidade com barateamento de honorários advocatícios, o que não encontra amparo na lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, qualificada nos autos da ação de cobrança de seguro DPVAT (feito de n. 0826157-13.2013.8.12.0001, da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul) que lhe promove Maria Céu dos Santos, também qualificada, inconformada com a sentença proferida pelo juízo *a quo*, interpôs a presente apelação cível (f. 166-183).

Preambularmente, a apelante pugnou pela retificação do polo passivo processual, para que dele passe a constar a Seguradora Lider dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, nos termos do art. 2º da Portaria SUSEP n. 2797/2007.

Na sequência, suscitou a ilegitimidade ativa *ad causam* da ascendente do nascituro para postular o pagamento integral da indenização, eis que a documentação acostada aos autos não autoriza concluir que ela seja a única herdeira/beneficiária do seguro obrigatório por morte.

Ainda em sede preliminar, sustentou a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, fundada na ausência de personalidade jurídica do nascituro.

Subsidiariamente, caso superadas as preliminares, defende a ausência de comprovação de nexo causal, ante a inexistência de prova da gravidez da filha da autora a atestar a morte do nascituro.

Refere que a apelada não tem direito ao recebimento da integralidade do benefício, porquanto a partir da edição da MP 340/2006, convertida na lei n. 11.482/07, o valor da indenização no caso de morte passou a ser pago simultaneamente e em cotas iguais entre o cônjuge ou companheiro e os herdeiros, sendo que nessa última hipótese a cota é fracionado conforme a quantidade de herdeiros.

Expôs que a correção monetária deve incidir a partir da propositura da demanda e não desde a data do acidente, conforme consignado em sentença, bem como pugnou pela redução dos honorários advocatícios para o patamar de 10% sobre o valor líquido da condenação.

Em vista disso, requer o conhecimento e provimento do apelo.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 193-196), rebatendo os argumentos da parte *ex adversa* e pleiteando pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por seguradora vinculada aos consórcios DPVAT em face de beneficiária, objetivando, preliminarmente, a retificação do pólo passivo *ad causam*; o reconhecimento da ilegitimidade ativa da autora, por não ter comprovado a qualidade de única herdeira do nascituro, falecido em razão de acidente de trânsito; a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, fundada na ausência de personalidade jurídica do nascituro e, no mérito, haja estipulação do termo inicial da correção monetária na data da propositura da ação, assim como seja reduzido o percentual fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais.

Uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço do apelo e passo ao exame das matérias devolvidas pela ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente

Retificação do polo passivo para inclusão da Seguradora Líder.

Conforme alegações da seguradora apelante, o polo passivo da presente demanda deve ser alterado, para que nele passe a figurar a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, eis que legitimada a responder ao pedido inicial, por representar os grupos de seguradoras consorciadas ao Seguro DPVAT.

Razão não lhe assiste.

A questão ora devolvida há muito vem sendo suscitada pelas seguradoras consorciadas ao Seguro DPVAT, cuja tese da necessidade de retificação do polo passivo para a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, não convence.

É que, conforme estabelece o art. 7º da Lei 6.194/74, a responsabilidade pelo pagamento do seguro obrigatório é de qualquer das seguradoras integrantes do consórcio nacional do Seguro Obrigatório DPVAT.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já há muito pacificou o assunto, ementando:

> *"SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. Consórcio. Legitimidade de qualquer seguradora que opera no sistema. De acordo com a legislação em vigor, que instituiu sistema elogiável e satisfatório para o interesse de todas as partes envolvidas, qualquer seguradora que opera no sistema pode ser acionada para pagar o valor da indenização, assegurado seu direito de regresso. Precedente. Recurso conhecido e provido."* (Resp 401.418/MG;Recurso Especial 2001/0194323-0; Relator ministro Ruy Rosado de Aguiar – Quarta Turma – Data do Julgamento 23.04.2002 – Data da Publicação/Fonte DJ 10.06.2002, p. 220)".

Ora, se pelo sistema legal do seguro a indenização deve ser paga por qualquer das seguradoras integrantes do complexo, todas aquelas que estejam consorciadas ao DPVAT poderão figurar como legitimadas passivas nas ações de cobrança do valor devido.

Assim, rejeito a tese da apelante.

Ilegitimidade ativa

Como relatado, a seguradora suscitou a ilegitimidade ativa da parte autora, avó do nascituro, para postular o pagamento integral da indenização, uma vez que a documentação acostada aos autos não autoriza concluir seja ela a única herdeira/beneficiária do seguro obrigatório por morte, tampouco esteja legitimada a receber a integralidade da indenização.

Em que pesem os argumentos, razão não assiste a apelante.

Consoante prevê o art. 4º, *caput*, da Lei nº 6.194/74, "*A indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.*".

Por sua vez, o dispositivo do Código Civil, referido na Lei de Regência, estabelece:

> *"Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária."*

No caso vertente, pelo que se dessume da Certidão de Óbito de f. 14, a autora era genitora de Alessandra Santos Barbosa, também vítima fatal de acidente de trânsito, à época separada judicialmente. O prontuário médico acostado à inicial comprova que a Alessandra encontrava-se gestante de 11 (onze) semanas quando faleceu. A autora, portanto, é avó materna do nascituro e, na condição de ascendente, sua herdeira legal.

Por força do que dispõe o art. 792 do CC/2002, a indenização deve ser paga integralmente aos herdeiros legais, os quais são todos legitimados a pleitear em juízo de forma solidária a indenização.

Sendo assim, atento à disposição dos art. 264, 267, 269 e 272, todos do Código Civil, qualquer dos credores solidários pode cobrar do devedor a dívida toda, respondendo aos demais pela parte que lhes caiba.

Neste passo, independentemente da existência de outros herdeiros legais, a avó materna do nascituro, ante o falecimento da genitora, mostra-se legitimada a exigir sozinha o cumprimento da prestação por inteiro, caso em que a seguradora restará desonerada de sua obrigação em relação a todos os credores.

Por isso, não se haveria falar em ilegitimidade ativa da autora, conforme defendido pela seguradora.

Outro não é o entendimento desta Corte Estadual, sendo oportuna a transcrição do seguinte aresto:

> *" APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – ILEGITIMIDADE PASSIVA – VÍTIMA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL – CONDIÇÃO NÃO DEMONSTRADA – LEGITIMIDADE ATIVA DA FILHA DA VÍTIMA – EXISTÊNCIA DE OUTROS HERDEIROS – IRRELEVÂNCIA – CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA. (...)* ***Qualquer um dos filhos, na condição de herdeiro legal da vítima, tem o direito de exigir a indenização do seguro obrigatório por inteiro. Inteligência do artigo 267 do Código Civil.*** (TJMS-4ªTC., Proc. 2009.003002-4, Rel. Dorival Renato Pavan, Jul. 14.7.2009) Grifei

Desta forma, sendo irrelevante a existência ou não de outros herdeiros, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa é medida de rigor.

Impossibilidade jurídica do pedido

Sustenta a seguradora nas razões do apelo que *"a posição do nascituro é a de um expectador de direitos, ou seja, ele tem mera possibilidade ou esperança de se adquirir um direito, portanto, o nascituro não pode ser considerado ainda uma pessoa, apenas possui expectativa de direitos"* (f. 172).

Daí a impossibilidade jurídica do pedido, ante a ausência de personalidade jurídica do nascituro.

Novamente sem razão a apelante.

Como bem fundamentou o julgador de primeiro grau, *"muitos dos direitos personalíssimos independem do efetivo nascimento com vida do nascituro, merecendo ser citado o direito de ser adotado, de ser reconhecido como filho, de ter um nome, de pleitear alimentos gravídicos etc. Deve ser ponderado, nesse aspecto, que a personalidade, que não se confunde com capacidade, não se opera de forma condicional, porquanto ainda que o nascituro não implemente sua capacidade, a sua personalidade deve ser protegida pelo direito, o que se impõe inclusive em casos em que se discute seguro DPVAT."*

O posicionamento adotado bem se amolda ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, sobre o tema, prestigia o princípio da dignidade da pessoa, tendo em vista que tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis. Senão vejamos:

> *DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.*
>
> *1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.*
>
> *2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).
>
> *3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.*
>
> *4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.*
>
> *5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.*

6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014)

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)

O artigo 2° do Código Civil serve também de fundamento, eis que, embora estabeleça o nascimento com vida como início da personalidade civil, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

É este o entendimento que vem sendo adotado por este Tribunal de Justiça:

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. (Apelação - Nº 0800527-14.2011.8.12.0004 – Amambai – 2ª Câmara Cível – Relator: Des. Vilson Bertelli – Data do julgamento: 07/10/2014)

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE SEGURO DPVAT - MORTE DE NASCITURO EM VIRTUDE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - DIREITO À INDENIZAÇÃO - VALOR DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - LEGISLAÇÃO EM VIGOR NA DATA DO SINISTRO - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO - RECURSO PROVIDO. 1. Muito embora, nos termos do art. 2º, do Código Civil, a personalidade jurídica tenha início apenas com o nascimento com vida, o mesmo dispositivo põe a salvo direitos do nascituro desde a concepção. Na hipótese, houve o evento morte em decorrência do acidente de trânsito, daí a cobertura securitária e a procedência do pedido inicial. 2. Tratando-se de sinistro ocorrido antes da MP 340/2006, deve o julgador valer-se do disposto no então art. 3º, "a", da Lei 6.194/74, que fixava a indenização, nos caso de morte, em 40 salários mínimos. 3. Deve-se distinguir a vinculação ao salário mínimo, para fins de atualização monetária, da fixação de indenização em salários mínimos. No

tocante à Lei 6.194/74, é inegável que a mens legislatoris não foi vincular a indenização ao salário, mas sim fornecer ao aplicador da lei uma diretriz, um norte, na fixação da indenização devida, daí por que não houve revogação pelas Leis 6.205/75 e 6.423/77, nem pela Constituição Federal. 4. A correção monetária visa a recompor o valor real da moeda, em virtude de sua desvalorização, o que torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ. (Apelação - Nº 0000017-13.2007.8.12.0024 - Aparecida do Taboado - 5ª Câmara Cível – Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel – Data do julgamento: 27/09/2012)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – PRELIMINAR – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – EVENTO MORTE – NASCITURO – DIREITO À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO IMPROVIDO.

Conforme a orientação do STJ é juridicamente possível o pedido de cobrança de seguro DPVAT, envidado pelos pais de feto, morto em acidente automobilístico.

Conforme a teoria concepcionista a personalidade inicia a partir da concepção, considerando o nascituro como pessoa, podendo contrair direitos, por possuir personalidade.

Em condenações advindas do seguro DPVAT, a incidência de correção monetária deve se dar a partir do evento danoso, visto que a função desta é recompor o valor da moeda.

Recurso conhecido, com afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e improvimento quanto ao mérito. Recurso improvido. (Apelação N. 2011.026420-6/0000-00 - Campo Grande – 4ª Turma Cível – Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Data do julgamento: 20/09/2011)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – PRELIMINAR – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EVENTO MORTE – NASCITURO – DIREITO À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO – NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ACIDENTE E O EVENTO MORTE – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – VINCULAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO AO SALÁRIO MÍNIMO – POSSIBILIDADE QUE NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DA LEI N. 6.205/75 – INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES EMANADAS PELO CNSP POR ESTAREM EM DESCONFORMIDADE COM A LEI N. 6.194/74 – MONTANTE INDENIZATÓRIO CALCULADO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE QUANDO DA OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA MESMA DATA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINORAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro é sujeito de direito, tendo, assim, personalidade, e, via de conseqüência, todos os direitos assegurados à pessoa humana, ou seja, todos os direitos fundamentais, e é por isso que o arcabouço legal busca resguardar diversos direitos que venham garantir o seu nascimento com vida.

2. Com relação ao nexo de causalidade entre a morte e o acidente, aplica-se a teoria do conditio sine qua non (sem a qual não pode ser), onde, quaisquer das condutas que compõem a totalidade dos antecedentes são causa do resultado.

> *3. A fixação de indenização com base no salário mínimo não fere o ordenamento jurídico, na medida em que a vedação contida na Lei n. 6.205/75 só limita a utilização do salário mínimo como coeficiente de atualização monetária, não havendo óbice para a fixação de verba indenizatória.*
>
> *4. As indenizações previstas nas resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e nas tabelas divulgadas pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados não devem prevalecer, em virtude do princípio da hierarquia das leis.*
>
> *5. Em conformidade com o artigo 12 da Lei n. 6.194/74, o CNSP não está autorizado a expedir normas disciplinadoras e tarifas relativas ao pagamento da indenização decorrente do seguro obrigatório.*
>
> *6. O salário mínimo a ser utilizado para o cálculo do valor da indenização é o vigente quando da ocorrência do evento danoso por ser este o momento em que surge o dever indenizatório, sendo que tal valor deve ser corrigido monetariamente a partir da mesma data.*
>
> *7. Nas causas em que haja condenação, a fixação dos honorários deve respeitar os parâmetros fixados no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, merecendo redução o quantum fixado em primeira instância, se não foram respeitados os critérios delineados naquele dispositivo legal.* (Apelação Cível N. 2007.030592-5/0000-00 - Campo Grande – 3ª Turma Cível – Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Data do julgamento: 26/11/2007)

Comungo do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e precedentes deste Tribunal, acima colacionados, no sentido de reconhecer o direito dos herdeiros a receberem a indenização por danos pessoais em decorrência da morte do feto, assegurando, assim, proteção à vida intra-uterina desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, assim como concluiu a sentença recorrida, afasto a preliminar arguida de impossibilidade jurídica do pedido, reconhecendo a personalidade jurídica do nascituro e, por conseguinte, o direito da apelada ao recebimento da indenização securitária pela morte do neto nascituro.

Mérito

Com relação ao nexo de causalidade entre a morte e o acidente, o prontuário de atendimento médico de f. 25-34 revela que a filha da autora, Alessandra Santos Barbosa, vítima de acidente de trânsito em 21/11/2010, deu entrada na Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa naquela mesma data e, em decorrência de politraumatismo, veio à óbito em 27/11/2010, conforme Certidão de Óbito de f. 14. Encontrando-se gestante à data do sinistro, assim consignado nos referidos prontuários de atendimento médico, inequívoco se mostra que a vida intra-uterina cessou com a morte da genitora, o que se revelou consequência do acidente automobilístico terrestre.

O acidente foi condição, mesmo que indireta, do óbice ao nascimento do feto, eis que se deu em razão do óbito materno (f. 14).

Como consabido, embora seja objetiva a responsabilidade pelo pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório, é certo que a lei de regência estabelece, no *caput* de seu art. 5º, os requisitos mínimos para o pagamento. Prevê o referido artigo:

> *"Art . 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado."*

Constata-se, pois, que ao pretenso beneficiário cabe comprovar a ocorrência do acidente, o dano decorrente (morte do acidentado) e o nexo causal entre este e aquele, a fim de possibilitar ao julgador a condenação da seguradora na indenização respectiva.

Tal imposição advém da norma processual prevista no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Assim, vislumbrada a comprovação dos supramencionados requisitos, estar-se-á constituído o direito do beneficiário à indenização. Caso contrário, falecerá a este o direito ao recebimento de qualquer valor referente ao seguro obrigatório.

In casu, por todo o conteúdo probatório constante dos autos, importa concluir que restou cabalmente comprovado o nexo de causalidade entre a morte do feto e o sinistro narrado na inicial.

Registre-se que apesar do evento morte não ter sido imediato, a gravidade do sinistro, assim como as sequelas apresentadas, resultaram no falecimento da genitora do nascituro, restando demonstrado, portanto, o nexo causal sobre o qual se funda a condenação.

Nessa linha, pretendendo a apelada a percepção da indenização securitária pela morte da seu neto, ocorrida em razão do aludido acidente de trânsito, merece ser mantida a condenação ao pagamento da indenização prevista no art. 3º, inciso I, da LF n. 6.194/74, tal como fixado na decisão vergastada.

Termo inicial da correção monetária

A seguradora expôs, subsidiariamente, que a correção monetária deve incidir a partir da propositura da demanda e não desde a data do acidente, conforme consignado em sentença.

Sem razão, todavia.

Tal matéria encontra-se pacificada tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no sentido de a correção monetária, para atualização da indenização securitária obrigatória, incidir desde o acidente de trânsito.

É que a correção monetária trata-se de mera recomposição do montante devido face às perdas inflacionárias, ou seja, não é um *plus* que se acrescenta, mas um *minus* que se evita.

Neste passo, o termo inicial da correção monetária deverá ser a data do evento danoso, a fim de manter o valor de compra da indenização e evitar o enriquecimento indevido da seguradora.

Nesse sentido, confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE SEGURO DPVAT - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS - FIXAÇÃO DO SEGURO COM BASE NOS PARÂMETROS ESTIPULADOS PELA LEI Nº 6.194/74 - AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE INVALIDEZ TOTAL OU PARCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO COM BASE EM RESOLUÇÕES DO CNSP E TABELAS DA FENASEG - CORREÇÃO MONETÁRIA - A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - RECURSO IMPROVIDO.*

> *(...)*
>
> *O termo inicial da correção monetária é a data do evento danoso.* (TJMS-3ªTC., Proc. 2009.028531-3/0001.00, Rel. Rubens Bergonzi Bossay, Jul. 11/01/2010)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - RITO SUMÁRIO - SINISTRO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.482/2007 - APLICAÇÃO - FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM R$ 13.500,00 - POSSIBILIDADE - INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES EMANADAS PELO CNSP POR ESTAREM EM DESCONFORMIDADE COM A LEI N. 6.194/74 - INCOMPETÊNCIA DO CNSP PARA REGULAMENTAR A MATÉRIA - IRRELEVÂNCIA DO GRAU DE PERDA DAS FUNÇÕES PARA A FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *A correção monetária não se trata de um adicional que se agrega ao benefício, mas de um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso."* (TJMS-3TC., Proc. 2009.022378-4, Rel. Oswaldo Rodrigues de Melo, Jul. 23/11/2009).

Desta forma, conclui-se que a sentença não merece retoque.

Dos honorários advocatícios

A seguradora-apelante sustenta, finalmente, que os honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação apresentam-se excessivos, eis que a causa é de baixa complexidade, razão pela qual devem ser minorados para 10% sobre o valor da condenação.

Essa quantia, a toda evidência, se mostrava razoável, ao contrário da afirmação da apelante, tanto com o valor econômico da demanda quanto com as demais peculiaridades da causa, tudo a demonstrar o acerto do Juízo singular.

Rejeito, portanto, a tese recursal da seguradora apelante relativamente à redução do valor dos honorários advocatícios.

Prequestionamento

No que tange aos artigos prequestionados, entendo desnecessária manifestação adicional, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

> *"Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o prequestionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer*

expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade" (ED n.º. 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma Cível:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos. (TJMS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRENTE – AÇÃO AJUIZADA NO PRAZO LEGAL – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA AO MECANISMO DA JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não se pode imputar à Fazenda Pública a responsabilidade pela demora na citação do executado em virtude de motivos essenciais ao funcionamento da Justiça, a teor do que prescreve o enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça, do que decorre a rejeição da alegada prescrição.

2. Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento. (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2008.028268-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. J. 01/02/2010)

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela recorrente.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação cível interposta por Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares 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. 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, 24 de fevereiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0006358-22.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C DESPEJO – LOCAÇÃO – INADIMPLEMENTO DE PARCELAS – RESCISÃO ANTECIPADA – MULTA CONTRATUAL – REPAROS – RESSARCIMENTO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – MORA *EX RE* – VENCIMENTO DA PARCELA – RECURSO DESPROVIDO.

Sendo incontroversa a inadimplência no período e a rescisão antecipada da locação, é devido o pagamento dos aluguéis não quitados, da multa contratual e dos reparos necessários efetuados.

Tratando-se de responsabilidade contratual, o inadimplemento das parcelas locatícias constitui automaticamente em mora o locatário, sendo hipótese de mora *ex re*, momento no qual incidem todos os encargos provenientes da inadimplência, notadamente os juros de mora e correção monetária, nos termos do art. 397 do Código Civil.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Espólio de Roberto Silva Pereira e Julia Rocha Cavalieri Pereira, nestes autos de ação de cobrança de aluguéis e encargos de n. 0006358-22.2010.8.12.0001 em que contende com Valdir da Costa Guimarães, oferecem recurso de apelação.

A parte recorrente, em síntese, aduz que:

1 - há excesso de cobrança e ausência de comprovação dos valores cobrados a título de aluguel, pois jamais foi notificada do reajuste da verba, razão pela qual a atualização deve ser considerada nula;

2 - não há prova das despesas com manutenção dos equipamentos e do estado de conservação dos mesmos, sendo que na data da entrega das chaves estavam em perfeita condição e funcionamento;

3 - os juros de mora e a correção monetária devem incidir a partir da citação, e não a contar da data do vencimento da parcela como determinado.

Requer o provimento do recurso nos termos expostos.

O recurso foi respondido batendo-se o recorrido pelo improvimento do apelo (f. 136/141).

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Espólio de Roberto Silva Pereira e Julia Rocha Cavalieri Pereira contra a sentença proferia pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nestes autos de ação de cobrança de aluguéis e encargos ajuizada por Valdir da Costa Guimarães.

O magistrado julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os demandados ao pagamento dos alugueres mensais vencidos no período de julho a outubro de 2009, no valor de R$ 8.405,00 cada, sendo o último proporcional no importe de R$ 5.323,00, acrescidos de correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos incidentes desde a data do vencimento de cada aluguel mensal, bem como à importância de R$ 8.420,00 referente ao orçamento de reparos e multa contratual de R$ 8.405,00.

Como relatado, os requeridos-recorrentes afirmam que há excesso de cobrança e ausência de comprovação dos valores cobrados a título de aluguel, pois jamais foi notificada do reajuste da verba, razão pela qual a atualização deve ser considerada nula.

Sustentam, ainda, que não há prova das despesas com manutenção dos equipamentos e do estado de conservação dos mesmos, sendo que na data da entrega das chaves estavam em perfeita condição e funcionamento.

Em que pesem os argumentos dos apelantes, a pretensão recursal não merece acolhida.

Primeiramente, registra-se que, analisando a peça de defesa acostada à f. 89/91, os réus não negam que desocuparam o imóvel antes do termo final do contrato, tampouco que deixaram de pagar os alugueres de julho a outubro de 2009.

Logo, é fato incontroverso a inadimplência no período e a rescisão antecipada da locação, cujo término seria julho de 2011 (f. 06).

Comprovada a infringência do contrato, incide a multa contratual, a qual foi prevista na 13ª cláusula, no importe de um mês de aluguel (f. 09).

De outro vértice, é indubitável ao reajuste da locação, uma vez que previsto no pacto que o aluguel seria reajustado anualmente pelo IGPM – cláusula terceira (f. 07).

Ademais, ficou estabelecido que caberia aos locatários restituir os móveis, equipamentos, máquinas e o próprio imóvel em perfeitas condições de uso e conservação, cláusulas essas devidamente previstas no instrumento contratual.

E, conforme documentos acostados à exordial, restaram provados os serviços de conserto que necessitaram ser realizados nos materiais, consoante orçamento de f. 14.

Ainda, havendo a necessidade de reparo do imóvel pelo locador quando da restituição, evidente que este realizará com profissionais de sua confiança, servindo os documentos que circunscrevem o fato como prova líquida do dispêndio, arcando os locatários com referido custo.

Em face destas circunstâncias, cabia aos requeridos impugnar especificamente os documentos juntados e o fatos alegados, sob pena de serem considerados verdadeiros, nos termos do art. 302, caput, do CPC[1].

Ocorre que, na contestação de f. 89/91, os apelantes não se desincumbiram de impugnar especificamente os documentos que atestavam o valor do conserto e nem a necessidade/existência dos reparos, tornando presumidamente verdadeiros tais fatos.

Diante disso, sendo induvidoso o fato de os equipamentos precisarem de reparos, certo é que o orçamento trazido aos autos com a inicial deve ser considerado apto a demonstrar o prejuízo material com o multicitado conserto, mormente porque não impugnados especificamente pela interessada, tudo a autorizar a manutenção da sentença, na parte em que impõe o dever de pagar R$ 8.420,00 ao locador.

Por fim, não prospera a pretensão de alteração do termo inicial de incidência dos juros de mora e correção monetária, uma vez que, em se tratando de obrigação contratual com termo pré-estabelecido, constitui-se em mora o devedor a partir da data prevista para o pagamento, incorrendo, a partir de então, juros de mora e atualização do valor.

Tratando-se do inadimplemento de prestações decorrentes de contrato de locação, há a expressa previsão do termo ad quem para pagamento das mensalidades, ou seja, 5º dia de cada mês (f. 07).

Em sendo assim, o devedor constitui-se em mora à partir do vencimento da dívida (mora ex re), nos termos do art. 397 do Código Civil:

> *Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.*

Estando o devedor em mora, incide sobre a parcela inadimplida a correção e os juros de mora, não havendo que se perscrutar sobre a necessidade de interpelação judicial do credor para só então admitir-se a incidência de tais encargos.

Neste sentido, a posição remansosa da jurisprudência:

> *"RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TESE INCOMPREENSÍVEL. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 284/STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. MECANISMO PARA RECOMPOSIÇÃO DO VALOR DA MOEDA. CONTRATO QUE PREVÊ VALOR E DATA DE PAGAMENTO DAS MENSALIDADES. MORA EX RE. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E PARA INCIDÊNCIA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. A CONTAR DO VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO. ART. 397 DO CÓDIGO CIVIL. 1. "A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual empreende-se a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita". Precedentes. 2. A mora ex re independe de qualquer ato do credor, como interpelação ou citação, porquanto decorre do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, cuja matriz normativa é o art. 960, primeira parte, do Código Civil de 1916, reproduzido no Código Civil atual no caput do art. 397. Dessarte, se o contrato de prestação de serviço educacional especifica o valor da mensalidade e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações, a teor do artigo 397 do Código Civil. 3. Com efeito, incidem atualização*

1 Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial.
Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados (...).

monetária e juros de mora a partir do vencimento de cada prestação - ocasião (termo) em que, por decorrência do inadimplemento contratual, a credora ficou privada do valor especificado no contrato ao qual fazia jus. 4. Recurso especial não provido. (STJ – Resp 1.192.326/MG, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 08/04/2014, T4 - Quarta Turma)"

"LOCAÇÃO. MULTA MORATÓRIA. RAZÃO DE 10%. LICITUDE. JUSTIÇA GRATUITA. EFEITOS. JUROS E CORREÇÃO. DÍVIDA LÍQUIDA CERTA E EXIGÍVEL. TERMO INICIAL. VENCIMENTO. Em contrato de locação é licita a cobrança de multa moratória na razão de 10%. A concessão da justiça gratuita gera efeitos ex nunc e não ex tunc. O termo inicial da correção monetária e juros moratórios de dívida certa, liquida e exigível é a data do vencimento da obrigação. (TJ-MG – C: 10024101567121001 MG , Relator: Cabral da Silva, Data de Julgamento: 18/06/2013, Câmaras Cíveis / 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/07/2013)"

"JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA LOCAÇÃO TERMO INICIAL - VENCIMENTO DE CADA ALUGUEL RECURSO NÃO PROVIDO. Em se tratando de obrigação positiva e líquida o devedor é constituído em mora na data do inadimplemento, incidindo os juros moratórios desde o vencimento de cada obrigação "ex vi" dos artigos 397 e 406 do Código Civil, assim como a correção monetária, que não é pena, e sim mera recomposição do poder aquisitivo da moeda. (TJ-SP - APL: 02119942320098260100 SP 0211994-23.2009.8.26.0100, Relator: Clóvis Castelo, Data de Julgamento: 08/04/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/04/2013)"

"APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL. LOCADORES. FIANÇA. PERMANECE VÁLIDA A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELOS FIADORES. MULTA CONTRATUAL DE 10% MANTIDA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO DE CADA LOCATÍVO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70039635982, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 13/12/2012) (TJ-RS - AC: 70039635982 RS , Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Data de Julgamento: 13/12/2012, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/12/2012)"

Logo, 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. Vilson Bertelli e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0363584-77.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL – IMÓVEL RURAL – ARTIGO 1.239 DO CÓDIGO CIVIL – REQUISITOS NÃO COMPROVADOS – DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONTRATO VERBAL DE COMODATO – IMPROCEDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A comprovação de existência de contrato verbal de comodato repele a posse mansa e pacífica, como ânimo de dono, necessária ao reconhecimento da usucapião.

Não satisfeitos os requisitos previstos na legislação, a improcedência do pedido é à medida que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Pedro Cabreira, nos autos da ação de usucapião de n. 0363584-77.2008.8.12.0001 em que contende com Espólio da Maria Luiza Gregol da Silva, oferece recurso de apelação cível.

O recorrente, em resumo, alega que:

1 – nos termos dos artigos 1.201 e 1.238, ambos do Novo Código Civil, por estarem presentes os requisitos necessários, deve a sentença ser reformada para declarar a aquisição da propriedade em favor do recorrente;

2 – exerceu a posse sobre o imóvel rural denominado "Fazenda Ceroula – Gleba A", com 37 hectares, de forma mansa e pacífica por mais de dez anos, fazendo da área sua habitação e dela tirando o seu sustento e o de sua família;

3 – fora surpreendido com uma ação rescisória c/c reintegração de posse ajuizada pelos herdeiros, por já ter pago os valores contratado com a Sra. Maria Luiza Gregol; e,

4 – alega que não houve a realização da audiência de conciliação, devendo ser anulada ou modificada a sentença.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido para julgar procedente o pedido inicial.

O recurso foi respondido, batendo-se o recorrido pelo improvimento do mesmo.

Em Parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento da súplica, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

VOTO

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

Pedro Cabreira, nos autos da ação de usucapião de n. 0363584-77.2008.8.12.0001 em que contende com Espólio da Maria Luiza Gregol da Silva, oferece recurso de apelação cível.

Conforme se observa dos autos, Pedro Cabreira ajuizou a ação de usucapião contra Espólio de Maria Luiza Gregol da Silva, visando a declaração de propriedade referente ao imóvel rural denominado "Fazenda Ceroula – Gleba A", com 37 hectares, por ter comprovado os requisitos exigidos na legislação.

O magistrado singular julgou improcedente o pedido inicial, porquanto o autor não logrou êxito em demonstrar exercer a posse mansa e pacífica sobre o bem.

Pois bem. Tenho que a súplica recursal não prospera.

Inicialmente, registro que a audiência de conciliação, estabelecida no artigo 331, do CPC, não é obrigatória, uma vez que esta pode ser dispensada pelo julgador, sobretudo quando não se vislumbrar a possibilidade de acordo entre as partes. Além disso, para que os litigantes possam conciliar acerca do objeto em discussão, não é imprescindível que seja em audiência, podendo acontecer em qualquer momento processual.

Assim, não há se falar em nulidade da sentença por ausência da audiência de conciliação.

Quanto ao mérito recursal, busca a parte autora a declaração de seu domínio no imóvel rural em face da usucapião especial. Alega que mantém a posse mansa, pacífica, ininterrupta e como se proprietário fosse em imóvel denominado "Fazenda Ceroula – Gleba A", com 37 hectares.

Em relação à usucapião, dispõe o Código Civil:

> *Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*
>
> *Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.*

Ainda, com relação aos seus requisitos, leciona Francisco Eduardo Loureiro[1]:

> *Dois elementos estão sempre presentes, em qualquer modalidade de usucapião, o tempo e a posse. Não basta a posse normal (ad interdicta), exigindo-se posse ad usucapionem, na qual além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse*

1 **Código Civil Comentado**. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 2. ed. São Paulo: Editora Manole, 2008, p. 1163.

com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do Código Civil: prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica), e ter como seu o imóvel (animus domini).

No caso concreto dos autos, não ficou comprovada a posse mansa e pacífica do autor na área em que pretende usucapir.

De imediato, observo que o autor, na sua petição inicial, aduz que a Sra. Maria Luiza Gregol da Silva, "quando ainda em vida, deixou o autor e sua família morar em sua propriedade sem nenhuma objeção e contraprestação". Assim, não há dúvidas de que houve a expressa autorização da então proprietária para que o requerente ocupasse a área.

Por sua vez, a notícia nos autos de que a ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse movida pelo Espólio (autos n. 0109485-78.2007.8.12.0001), ora apelado, contra Pedro Cabreira, fora julgada procedente, repele a tese de que o ora apelante preencheu os requisitos necessários para o acolhimento de seu pedido inicial.

Por oportuno, registro o dispositivo daquela sentença:

"Posto isso, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, julgo, com resolução do mérito, parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta Ação de Rescisão de Contrato c/c Reintegração de Posse com pedido de Tutela Antecipada ajuizada por Espólio de Maria Luiza Gregol da Silva em face de Pedro Cabreira, para:

- rescindir o contrato verbal de comodato celebrado entre as partes;

- reintegrar o requerente no posse do imóvel, objeto do contrato de comodato, denominado "Fazenda Ceroula" – Gleba "A" remanescente (f. 13);

- condenar o requerido a pagar à título de indenização pela fruição do imóvel, o valor mensal de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), exigível desde a data da notificação (05/03/2007), até a efetiva desocupação do imóvel.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno o requerente no pagamento de 30% e o requerido no pagamento de 70%, do valor das custas e despesas processuais (art. 19 [2] c/c art. 21[3] ambos do CPC).

Condeno, ainda, na proporção de 30% ao requerente e 70% ao requerido, ao pagamento de honorários advocatícios, estes que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), o que faço com fulcro no art. 20, §4º, CPC.

Com relação ao requerido, deverá ser observado o artigo 12 da Lei 1.060/50, por ser beneficiário da justiça gratuita.

Transitada em julgado, arquivem-se os autos".

Ademais, imperioso destacar trecho desta decisão:

"No caso dos autos, o ônus do requerente assenta-se no dever de demonstrar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC), a existência do contrato verbal de arrendamento rural e a inadimplência do requerido na contraprestação mensal, no importe de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

2 Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

3 Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

> *Constata-se, que o requerente não se desincumbiu do ônus que lhe impõe a legislação vigente, qual seja, demonstrar a celebração de contrato verbal de arrendamento rural, em outubro de 2006, com contraprestação mensal no importe de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais) e inadimplência do requerido, não obstante todas as oportunidades que o procedimento lhe proporcionou, mostrando-se frágil e controversa a prova neste sentido (documentos de f. 12 e f. 120-127 e oitiva de testemunhas).*
>
> *Portanto, afastada a tese do requerente de existência do contrato verbal de arrendamento rural, conclue-se que a posse exercida pelo requerido, decorre de contrato verbal de comodato, como confessado na contestação (f. 53), que se constitui em cessão graciosa de um bem infungível para uso em certo tempo, disciplinado nos artigos 579 à 585, do Código Civil, também instituído verbalmente.No caso dos autos, ante a confissão do requerido (f. 53) é inegável a existência do comodato, já que, segundo a contestação houve permissão da proprietária do imóvel (autora da herança), para que o requerido e sua família utilizassem o imóvel, sem a contraprestação".*

Assim, não há dúvidas de que entre o autor e a Sra. Maria Luiza Gregol da Silva existia um contrato verbal de comodato, tanto que a posse do bem foi reintegrada ao seu legítimo possuído e proprietário.

Desta forma, os requisitos da usucapião especial não restaram comprovados nos autos, especialmente, por faltar ao autor o ânimo de dono e, por consequência, não há se falar em exercício da posse mansa e pacífica.

Ressalta-se que a posse precária não autoriza a aquisição da propriedade pela usucapião.

Portanto, não tendo o autor comprovado os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, do CPC), deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Neste sentido, destaco os seguintes julgados:

> *APELAÇÃO CÍVEL -AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE - PROVA PERICIAL CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS –IMÓVEL RURAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA - AQUISIÇÃO REGULAR - AUSÊNCIA DE VÍCIOS NA AVERBAÇÃO DE ÁREA EXCEDENTE -REQUERIDOS QUE OCUPAM IRREGULARMENTE PARTE DO IMÓVEL ADQUIRIDO - AUTORES IMITIDOS NA POSSE – USUCAPIÃO AFASTADA - POSSE PRECÁRIA - AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A prova pericial não vincula o entendimento do julgador, mas serve como elemento de convicção e norteador do seu livre convencimento, nos termos do artigo 436, do CPC. Comprovado nos autos que os réus ocupam irregularmente área adquirida pelos autores e que aqueles se negam a entregar referido bem, deve ser julgado procedente o pedido de imissão na posse. A posse precária exercida pelos detentores do imóvel não autoriza a aquisição do domínio pela usucapião, por faltar o requisito animus domini.* (0000838-77.2008.8.12.0025 – rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – 3ª Câmara Cível – J. 17/09/2013).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – DIREITO DE POSSE – ÁREA LITIGIOSA OBJETO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – POSSE PRECÁRIA – AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Desconfigura-se a posse ad usucapionem, se ausente um dos requisitos exigidos pelo art. 1.242 do Código Civil para a usucapião ordinária, qual seja, o ânimo de dono (animus domini) daquele que exerce a posse de uma área rural, de modo precário, ante a constatação da existência de relação jurídica negocial entre os demandantes, consistente*

em sucessivos contratos de arrendamento rural capazes de denunciar o direito dominial de outrem. (Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2011.000699-6/0000-00 - Deodápolis. Rel. Des. Josué de Oliveira. Quarta Câmara Cível – J. 2.8.2011).

Diante do exposto e com Parecer, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora impugnada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0805878-69.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO NÃO CUMPRIDO – CANCELAMENTO – FATURA DEBITADA EM CONTA – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – INADIMPLEMENTO – DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO – ARBITRADOS POR EQUIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

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.

Nas causas de pequeno valor, ainda que haja condenação, pode o julgador aplicar o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pois a fixação de 10 a 20% sobre o montante condenatório, tão somente como prevista no § 3º do mencionado dispositivo, poderia comprometer deveras o trabalho desenvolvido pelo profissional e desestimular a prestação dos serviços jurídicos em causas semelhantes.

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, 16 de dezembro de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Fernando da Costa Rocha, nestes autos de indenização por danos morais e materiais de n.0805878-69.2014.8.12.0001 em que contende com NET Campo Grande, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

> *1 - sofreu inúmeros transtornos, perdeu horas de trabalho no SAC da ré e no PROCON/MS, sendo que os danos morais sofridos pelo apelante tiveram inicio com a incompetência na prestação do serviço, tendo em vista que sequer fez portabilidade da linha telefônica, portanto, imperiosa a condenação da ré ao pagamento de danos morais;*
>
> *2 - o juízo fixou sucumbência recíproca, custas e despesas processuais na proporção de 50% para cada parte, e e honorários advocatícios de 20% do valor da condenação, porém a apelada foi condenada a ressarcir em dobro a quantia de R$ 98,46, o que importa em verba irrisória.*

Requer o provimento do recurso para condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais e fixar os honorários de sucumbência por equidade.

O recurso foi respondido batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 92/94).

VOTO

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

Conforme relatado, insurge-se o apelo contra a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar a ré Net Campo Grande a restituir ao autor Fernando da Costa Rocha a importância de R$ 98,46, em dobro, e improcedente o pedido de danos morais.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pelo apelante Fernando da Costa Rocha em face da apelada Net Campo Grande, objetivando a condenação da requerida a ressarcir em dobro a quantia de R$ 98,46 e ao de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado.

Infere-se dos autos que o autor firmou contrato de prestação de serviços de telefonia com a ré e autorizou a portabilidade da linha (67) 3043-3030, que possuía com a GVT, tendo a requerida informado que em três dias o número de telefone já estaria funcionando pela NET, sendo os aparelhos receptores instalados em sua residência em 05/11/2013, todavia, a portabilidade não foi efetivada, continuando o serviço a ser prestado pela empresa GVT.

Aduz que entrou em contato em várias oportunidades no serviço de atendimento ao consumidor da ré, sendo comunicado que o motivo para a não concretização da portabilidade era desconhecido e ainda assim foi surpreendido com o envio de uma fatura no importe de R$ 98,46 referente aos serviços que jamais foram prestados.

Afirma que procurou o PROCON e registrou reclamação FA 0113-040.650-9 e a ré assumiu compromisso de não debitar a fatura com vencimento em 08/12/2013, porém, não cumpriu com o avençado.

Pois bem, a insurgência recursal cinge-se à existência de dano moral e ao arbitramento dos honorários de sucumbência por equidade.

Existência de dano moral

Primeiramente, quanto ao pedido de indenização, tenho que o mesmo não prospera.

Em que pese o requerente ter comprovado a não efetivação da portabilidade do terminal telefônico e o débito da fatura em sua conta corrente, apesar de cancelado o contrato e a ré se comprometido a não efetuar o desconto, não vislumbro motivos para condenar a requerida em danos morais.

Isso porque, por mais que a situação tenha gerado um transtorno na vida do autor, a atitude da apelada não causou ao recorrente vexame ou humilhação a ponto de ter sido prejudicada a sua imagem, ou atingido a sua honra ou reputação.

Ressalta-se que o nome do autor não foi, em momento algum, inscrito em órgãos de restrição ao crédito, tampouco ficou sem o serviço de telefonia, de modo que não teve qualquer prejuízo pessoal ou comercial que justificasse tal indenização.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – ASINATURA DE REVISTAS – CANCELAMENTO – ESTORNO DE VALORES COBRADOS EM FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO – DANOS MATERIAS INEXISTENTES – DANOS MORAIS INOCORRENTES – MERO ABORRECIMENTO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* (TJMS, AC de n. 0006360-91.2007.8.12.0002, Dourados, Des. Rel. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j. 02/07/2014).

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – MERO DISSABOR – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MANTIDA A DISTRIBUIÇÃO REALIZADA NA DECISÃO A QUO QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBÊNCIAS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. 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.* (TJMS, AC de n. 0037738-92.2012.8.12.0001, Campo Grande, Des. Rel. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j. 29/04/2014).

Destarte, o aborrecimento sofrido pelo autor, embora desagradável, não se mostra suficiente para alterar-lhe o bem estar psicológico, retirando-lhe a paz de espírito. Não há que se falar em dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, como acima expendido, devendo, portanto, ser afastada a condenação por danos morais.

No caso, o recorrente pode até ter sofrido aborrecimentos pelos fatos em discussão, mas não parece razoável que incômodos justifiquem necessariamente a caracterização de danos morais e o conseqüente dever de indenizar.

A situação narrada nos autos, por si só, não tem o severo condão de gerar danos extrapatrimoniais suscetíveis de reparação pecuniária, mormente ante a inexistência de comprovação destes ou de qualquer conseqüência prejudicial à honra objetiva do apelante.

Isso porque o dano moral indenizável não decorre do mero desconforto, dissabores ou de qualquer outra perturbação ao bem-estar do indivíduo. Mais do que isso, exige violação aos direitos da personalidade.

O desgaste enfrentado pelo apelante com o descumprimento contratual da parte adversa é motivo de aborrecimento e insatisfação. Todavia, situações deste jaez não justificam condenações por danos morais, diante da inarredável ausência de ofensa à honra do autor.

Ademais, o inadimplemento contratual, por si, mostra-se insuficiente para gerar o direito à indenização por danos morais. A condenação só é imposta em situações excepcionalssimas, demonstrado o dano efetivamente ocorrido.

Sobre a caracterização do dano moral, assinala com propriedade o autor Sílvio de Salvo Venosa no sentido de que infortúnios comuns não estão a merecer a configuração de prejuízos ao patrimônio moral da parte, veja-se:

> *"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma*

> *sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal."*[1]

Como cediço, o dano moral se caracteriza pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada, a honra, dentre outros.

Por conseguinte, no caso ora examinado, trata-se de dissabor ou aborrecimento inerente à vida moderna e às relações contratuais que estão sujeitas a descumprimento de uma das partes, já que não comprovou a parte autora ter passado realmente por constrangimento grave. Para haver a indenização pecuniária, a parte deveria ter sofrido um constrangimento relevante, uma situação difícil e inesperada, o que, em verdade, não existiu.

Destaca-se, por oportuno, a lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho nos "Comentários ao Novo Código Civil", Vol. XIII, Ed. Forense, p. 104:

> *"Dano moral e inadimplemento contratual:*
>
> *Outra conclusão que se extrai desse novo enfoque constitucional é de que mero inadimplemento contratual, moral ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos dele decorrentes ficam alcançados pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então poderão configurara dano moral".*

Logo, é pressuposto do dever de indenizar a ocorrência do dano, o que não ocorreu no caso em tela, configurando-se o fato, ao que tudo indica, em transtorno do cotidiano, cuja repercussão ao dito "homem médio" não transcende à contrariedade, não podendo ser acolhido como ofensa a direito subjetivo legalmente tutelado.

Traga-se a propósito, a lição do Mestre Paulo de Tarso Vieira Sanseverino acerca do tema:

> *Alguns fatos da vida não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratempos. São os dissabores ou transtornos normais da vida em sociedade, que não permitem a efetiva identificação da ocorrência de dano moral. Um acidente de trânsito, por exemplo, com danos meramente patrimoniais, constitui um transtorno para os envolvidos, mas, certamente, não permite a identificação, na imensa maioria dos casos, da ocorrência de dano moral para qualquer deles. (...).*
>
> *(...)*
>
> *A dificuldade da doutrina tem sido circunscrever, nos limites de uma definição, os elementos comuns pertinentes à imensa gama de modalidades de danos morais, incluindo os prejuízos resultantes de agressões ao direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à imagem, tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas.*
>
> *Exatamente em função da diversidade de bens jurídicos suscetíveis de serem atingidos, passou-se a classificar os danos morais em subjetivos e objetivos. O dano*

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

moral subjetivo é aquele que atinge a esfera da intimidade psíquica, tendo como efeito os sentimentos de dor, angústia e sofrimento para a pessoa lesada. Em contrapartida, o dano moral objetivo é aquele que atinge a dimensão moral da pessoa na sua esfera social, acarretando prejuízos para a imagem do lesado no meio social, embora também possa provocar dor e sofrimento.

(...).

Os simples transtornos e aborrecimentos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, por si sós, para caracterizarem um dano moral. Deve-se avaliar, no caso concreto, a extensão do fato e suas conseqüências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral. (...). [In Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor; São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226-7].

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Corte:

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C PERDAS E DANOS – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COBRANÇA ABUSIVA DE PULSO EM DESACORDO COM OS TERMOS DO CONTRATO – MERA DISCUSSÃO DE CUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – INADIMPLEMENTO – DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

I – O defeito na prestação dos serviços prestados pelo fornecedor autoriza ao consumidor optar pela rescisão do contrato firmado entre as partes, nos termos dos arts. 51 e 20, II, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

II – A hipossuficiência prevista no CDC não exime o consumidor de demonstrar de forma cabal o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado danoso, a fim de que seja constituído o seu direito. O fato de a responsabilidade civil do fornecedor de serviços ser objetiva e independente da verificação do dolo ou da culpa, não significa que a lei consumerista tenha dispensado a comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado para a caracterização da responsabilidade.

III - Mero aborrecimento por descumprimento de contrato não gera, por si só, danos morais. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.007825-8/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, 7.4.2011)

EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AFASTADA – MÉRITO - RESCISÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE – RECONVENÇÃO – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Se o destinatário da prova é o juiz e este considerou que as provas constantes no caderno processual eram suficientes para o regular julgamento da lide, não há falar em cerceamento do direito de defesa.

Ocorrendo o inadimplemento contratual, devem as partes retornarem à situação anterior, como se não tivesse existido o contrato, cabendo ao vendedor restituir os valores pagos pelo comprador.

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial ou moral; nexo

de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.030567-1/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Terceira Turma Cível, 30.11.2010)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS C.C. LUCROS CESSANTES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FURTO DE AUTOMÓVEL – SUSPEITA DE FRAUDE – INDÍCIOS INSUFICIENTES – AGRAVAMENTO DO RISCO – ÔNUS DA PROVA DA SEGURADORA – RECUSA NO PAGAMENTO – MERO ABORRECIMENTO NÃO INDENIZÁVEL – INDENIZAÇÃO – ABATIMENTO DE PRÊMIO VINCENDO – NÃO DEMONSTRADA PENDÊNCIA – ÔNUS DA PROVA NÃO CUMPRIDO – TRANSFERÊNCIA DO SALVADO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

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

Para que haja dever de indenizar por responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de certos requisitos, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Para caracterização do 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. 2008.032642-7/0000-00 – Iguatemi, Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 3ª Turma Cível, j. 6.7.2009).

Honorários advocatícios

Sustenta o apelante que o Juízo fixou sucumbência recíproca, custas e despesas processuais na proporção de 50% para cada parte, e e honorários advocatícios de 20% do valor da condenação, porém a apelada foi condenada a ressarcir em dobro a quantia de R$ 98,46, o que importa em verba irrisória.

Como cediço, o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelece para as causas de pequeno valor, ou inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, a fixação dos honorários consoante apreciação equitativa do juiz, serão atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior.

Em se tratando a presente de demanda de reduzido montante, a verba honorária necessita de fixação sopesando o trabalho desenvolvido, o tempo despendido e a complexidade da demanda, não se atendo exclusivamente aos limites previstos no § 3º, do referido dispositivo.

A doutrina e a jurisprudência tem apontado como *causas onde não houver condenação* aquelas que culminam com sentença meramente declaratória (incluídas aqui as que julgam improcedente ação condenatória) ou constitutiva, haja vista não existir valor da condenação para servir de base para fixação dos honorários, devendo o magistrado lançar mão dos critérios das alíneas do CPC (art. 20 § 3º) para fixar a verba honorária.[2]

2 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. Ed. RT, 2006, p.193.

Efetivamente trata-se de lide de pequena quantia, de modo que nem mesmo a fixação em 20% a título de honorários advocatícios se revelaria equitativo, aplicando isoladamente o § 3º desse dispostivo, pois receberia o causídico valor irrisório (R$ 39,38), o que não se pode admitir.

Acerca do tema, transcrevo as seguintes jurisprudências, dominantes do Superior Tribunal de Justiça que, em razão do disposto no art. 20, §4º, do CPC, e em função da reduzido montante a ser percebido na condenação, reconhecem a possibilidade fixação da verba de forma diversa:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO EM RECURSO ESPECIAL, EM CASOS DE IRRISORIEDADE. AFASTAMENTO DA SÚMULA 07/STJ. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA MAJORAR A VERBA HONORÁRIA PARA R$ 500,00. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta egrégia Corte Superior já firmou o entendimento de ser inviável a modificação dos critérios de fixação dos valores relativos aos honorários advocatícios, salvo quando a arbitragem mostrar-se manifestamente irrisória ou excessiva. 2. No caso, tem-se que o valor dos honorários advocatícios mesmo irrisório (aproximadamente R$ 100,00), razão pela qual mereceu reforma o julgado para o fim de manter a dignidade da atividade profissional. 3. Nas demandas múltiplas ou aparentemente simples, muito mais razão existe para a fixação da verba honorária em quantum que sirva não só para remunerar dignamente o profissional mas também para desestimular as resistências obstinadas às pretensões sabidamente legítimas, como o são aquelas em que a jurisprudência encontra-se há tempos consolidada. 4. Agravo Regimental desprovido.* (AgRg no Ag 1406294/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 10/02/2012).

> *PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE NO PRESENTE CASO. CONDENAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. AFASTADA A SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os honorários advocatícios são passíveis de modificação na instância especial, tão somente quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes, e "somente se abstraída a situação fática na análise realizada pelo Tribunal de origem" (AgRg no Ag 1.198.911/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 3.5.2010). 2. In casu verifica-se que a condenação na verba honorária no valor aproximado de R$ 110,00 (cento e dez reais) é irrisória, razão pela qual sua majoração é medida que se impõe. 3. Afasta-se, portanto, a incidência da Súmula 7/STJ e, considerando a baixa complexidade da demanda, com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, fixo os honorários advocatícios em R$ 500,00 (quinhentos reais). Precedentes. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 60.176/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda TurmA, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011).

Nessa senda, temos os seguintes julgados da 2ª Câmara:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – REVISÃO TARIFÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CAUSA DE PEQUENO VALOR – APLICAÇÃO DO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Nas causas de pequeno valor (revisão tarifária), ainda que haja condenação, pode o julgador aplicar o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pois a fixação de 10 a 20% sobre o montante condenatório, tão somente como prevista no § 3º do mencionado dispositivo, poderia comprometer deveras o trabalho desenvolvido pelo profissional e desestimular a prestação dos serviços jurídicos em causas semelhantes. Nega-se provimento a agravo regimental que não tenha*

se desincumbido de mostrar a injustiça ou o desacerto da decisão recorrida.(TJMS - 29.5.2012 - Segunda Câmara Cível - Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.010337-2/0001-00 - Nova Andradina - Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges)

(...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM VALOR CERTO - APELO DA CONCESSIONÁRIA PARCIALMENTE PROVIDO E DO CONSUMIDOR PROVIDO. Compete à Justiça Estadual julgar a ação envolvendo repetição de indébito decorrente de revisão tarifária. O CDC é aplicável às relações mantidas entre os usuários e as concessionárias de serviço público. Os valores cobrados a maior deverão ser restituídos de forma simples e em parcela única e imediata, no período compreendido entre abril de 2005 a dezembro de 2007. Honorários advocatícios fixados em valor certo, consoante apreciação equitativa do julgador. (TJMS - 13.3.2012 - Segunda Câmara Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.004527-6/0000-00 - Sete Quedas - Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade)

No caso versando, por se tratar de causa de pequeno valor, deve-se aplicar as regras estabelecidas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, atento ao disposto nas alíneas a, b, e c do § 3º do mesmo dispositivo, sem necessariamente fixar os honorários nos limites determinados no *caput* desse parágrafo (10% a 20%).

Vale lembrar que a fixação dos honorários deve pautar-se 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.

Assim sendo, em especial a pouca complexidade da causa e o tempo de duração da demanda (ajuizada em fevereiro de 2014) e, ainda, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, concluo que os honorários devem ser fixados em R$ 1.000,00 (hum mil reais), nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, mantida a distribuição na forma estabelecida na sentença.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso de apelação interposto por Fernando da Costa Rocha para fixar os honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (hum mil reais), mantida a distribuição na forma estabelecida na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2014.

***

Câmara Cível III - Mutirão
Apelação n. 0071561-28.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SÁUDE – CASSEMS – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – FORNECIMENTO DE PRÓTESE – INVIABILIDADE DO SEGURADO DE ARCAR COM 30% DOS CUSTOS A TÍTULO DE CO-PARTICIPAÇÃO – ABUSIVIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

O fato de se tratar de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, não o exclui do conceito amplo previsto no CDC, art. 3º, logo, a interpretação de qualquer cláusula contratual deve ser favorável ao consumidor.

Prestigiando os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que deve permear toda relação contratual, com mais incidência no que tange aos consumidores, interpretar o contrato no sentido de exigir contraprestação, além da contribuição mensal do segurado, vai de encontro a sistemática protetiva da parte hipossuficiente na relação, o consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível III - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Luiz Gonzaga Mendes Marques, então, Juiz da 4ª Vara Cível, na ação de obrigação de fazer proposta por Celso Luiz Nascimento Matias, que julgou procedente o pedido do apelado para obrigar o apelante a custear a implantação de válvula biológica "EPIC – model E100 Mitral" e eventuais acessórios na cirurgia que se realizou em 06 de dezembro de 2010.

Em razões recursais (f. 184-194), argui que é classificada perante a ANS como operadora de autogestão em assistência à saúde e administra, sem finalidade de lucro, programa ou plano de saúde dos beneficiários, reduzindo os gastos decorrentes com a intermediação de empresas de plano de saúde atuantes no mercado consumidor, com o objetivo de oferecer uma proposta com mínimo de cobertura, pelo regime de autogestão, onde os próprios associados dirigem o plano.

Aduz, outrossim, que autorizou a cirurgia com troca valvar utilizando prótese biológica, mas que o apelado preferiu modalidade diversa, motivo pelo qual deve o apelado arcar com o ônus de sua escolha ou a diferença dos custos entre a prótese autorizada, que dado o sistema de co-participação adotado, ao

associado cabe arcar com percentual de 30% do valor total dos materiais utilizados nos mais diversos procedimentos médicos, conforme previsão na Resolução Normativa 11/03, de 9/5/2003.

Explica que o direito do associado não é absoluto, mas condicionado ao cumprimento das regras estatutárias e o desrespeito acarreta desequilíbrio econômico-financeiro, ao privilegiar o particular em detrimento da coletividade, criando descompasso das receitas e despesas.

Requer seja o apelo provido para que o pedido seja julgado improcedente; alternativamente, reforma parcial da sentença para determinar que o apelado arque com o percentual de 30% devido a título de co-participação nos custos dos materiais utilizados no procedimento médico.

O apelado Celso Luiz Nascimento Matias apresentou contrarrazões de apelação (f. 201-210), pugnando pelo improvimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Assistencia dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juiz da 4ª Vara Cível, na ação de obrigação de fazer proposta por Celso Luiz Nascimento Matias, que julgou procedente o pedido do apelado em obrigar o apelante a custear a implantação de válvula biológica "EPIC – model E100 Mitral" e eventuais acessórios na cirurgia que se realizou em 06 de dezembro de 2010.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 176-178):

> *Posto isso, resolvo o mérito nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de obrigar a requerida a custear a implantação da válvula biológica EPIC - model E-100 Mitral e de eventuais acessórios na cirurgia realizada no dia 06 de dezembro de 2010 no requerente. Confirmo a decisão de f. 61-63, tornando definitiva a tutela concedida. Condeno a requerida, por inteiro, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que fixo no valor correspondente a R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, considerando o grau de zelo profissional, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Não efetuado o pagamento dos honorários advocatícios no prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado, a partir daí o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento, ex vi art. 475-J, do CPC, salvo se houver recurso, hipótese em que referido prazo somente se iniciará após a intimação da parte devedora, através de seu advogado pela imprensa oficial, sobre a devolução dos autos da segunda instância. Publique-se. Registre-se. Intime-se.*

Pois bem.

A saúde, erigida ao *status* constitucional, com previsão na Constituição Federal, no artigo 196, "*é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Corolário do direito à vida, direito fundamental da pessoa (CF, art. 5º, *caput*), maior bem a ser protegido, premissa para viabilizar o exercício de todos os demais direitos, ao Estado cabe garantir a efetiva proteção, promoção e recuperação da saúde.

Negar o tratamento integral ao segurado é condená-lo à morte, vez que a indicação da correta terapêutica cabe ao médico que lhe acompanhou, não sendo dado à empresa seguradora escolher este ou aquele tratamento diverso da indicação profissional, que avalia a casuística e é quem detém conhecimento técnico para tanto.

O caso dos autos, figura nítida relação consumerista, regulada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, inserido o apelante na condição de fornecedor, conforme dispõe o art. 3º:

> *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.*

Nota-se do conceito legal, que o fato de se tratar de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, não o exclui do conceito amplo previsto.

Desta feita, a interpretação de qualquer cláusula contratual deve ser favorável ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, que guarda expectativa de ser atendido integralmente quando se filia a um contrato de prestação de serviço de plano de saúde.

Nesse sentido, o CDC, art. 47:

> *Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*

É pacífico o entendimento no STJ acerca da nulidade da cláusula contratual que exclua a cobertura de órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor (AgRG no Ag 1.341.183/PB, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda e AgRg no Ag 1.088.331/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão).

Outrossim, a Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê em seu artigo 35-C a obrigatoriedade da cobertura do atendimento no caso de emergência, com tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente (inciso I)[1].

A emergência está demonstrada nos exames médicos que instruem a inicial (f. 20/40), bem como solicitação de prótese e internação (f. 41/43), que indicam que a terapêutica adequada, se não adimplida, implicaria na morte do apelado.

As decisões nesta Corte, confirmam a obrigação do plano de saúde em atender o segurado.

Nesse sentido:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DA PRESTADORA DE PRESTAR O SERVIÇO DE SAÚDE - STENT - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DO CDC - RECURSO IMPROVIDO Nos casos de procedimentos de urgência e/ou emergência deve a prestadora de serviço de saúde cobrir as despesas realizadas pelo segurado, ainda que fora da área de abrangência do plano. A recusa na implantação do aparelho stent, sob a alegação de que o paciente deve efetuar o pagamento de um percentual do valor*

1 Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

da prótese necessária à cirurgia de emergência/urgência, lesiona as regras e princípios insculpidos no CDC, sendo que de de acordo com os artigos 47 do Código de Defesa do Consumidor e 423 do CC/02, no contrato de adesão as cláusulas devem ser interpretadas em favor do aderente. "Não é possível a recusa de cobertura de despesas com próteses na hipótese em que for essencial ao sucesso de cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção cirúrgica." (AgRg no REsp 1201998 / RJ - Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 2010/0134945-5 Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino Órgão Julgador: T3 Terceira Turma Data do Julgamento: 14/08/2012 Data da Publicação/ Fonte DJe 20/08/2012) (TJMS. Apelação 0053801-66.2010.8.12.0001. 3ª Câmara. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 16.04/2013).

*EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE PREPARO - AFASTADA - MÉRITO - PLANO DE SAÚDE - CASSEMS - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DE COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO EM 30% DOS CUSTOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAS DE ÓRTESE, PRÓTESE E SEUS ACESSÓRIOS - ABUSIVIDADE - NULIDADE DAS COBRANÇAS E TERMOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - RESTITUIÇÃO DE VALORES - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO (...) É abusiva a norma que imponha ao usuário o pagamento de 30% dos custos de aquisição dos materiais eórtese, prótese e seus acessórios, quando são inerentes ao próprio ato cirúrgico e, por consequência, é nulo todos os Termos de Reconhecimento e Confissão de Dívida por Terceiro garantido por Nota Promissória (art. 51, IV, § 1º, III, do CDC) (...) (*TJMS. 3ª Câmara. Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, j. 2.12.2014).

Assim, prestigiando os princípios da boa-fé objetiva, um dos princípios fundamentais do direito privado, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta entre as partes nas relações obrigacionais e da função social do contrato, relativizando o rigor do pacta sunt servanda e permitindo ao consumidor a revisão do contrato em hipóteses de abuso contemporâneo à contratação ou por onerosidade excessiva derivada de fato superveniente (Teoria da imprevisão), com mais incidência no que tange aos consumidores.

Interpretar o contrato no sentido de exigir contraprestação, além da contribuição mensal do segurado, vai de encontro à sistemática protetiva da parte hipossuficiente na relação, o consumidor.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1404705-61.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – AÇÃO DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA PARA AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL ADQUIRIDO PELA EMBARGANTE – OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – SUSPENSÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL EMBARGADO – DESCABIMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

A oposição dos embargos de terceiro enseja a suspensão do cumprimento provisório de sentença, pois a prejudicialidade é daqueles em relação a este, e não o contrário, conforme o art. 1.052 do CPC. O objeto dos embargos de terceiro é a determinação judicial de expedição de certidão do cumprimento de sentença para averbação na matrícula n. 201.437 do Registro de Imóveis da 1ª CRI desta Comarca, nos termos do art. 615-A, do CPC, cuja análise independe do julgamento definitivo da decisão que declarou a ineficácia da alienação do imóvel embargado, notadamente porque tal declaração não pode ser oposta ao terceiro se comprovada a alegada boa-fé.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Okah Locações de Imóveis - ME interpõe Agravo de Instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos de embargos de terceiro n.º 0070352-24-2010.8.12.0001, movido em desfavor de Construcenter Imóveis Ltda.

A referida decisão determinou que se aguardasse o trânsito em julgado da decisão que declarou a ineficácia do negócio jurídico nos autos apensos aos Embargos de Terceiro, e sob a qual pende análise pelo STJ (fl. 628 – Autos de Origem)

A agravante em suas razões recursais (fls. 02/06), pleiteia, em síntese, a reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo,* para determinar o prosseguimento regular dos embargos de terceiro.

Afirma que os embargos de terceiros que originaram o presente recurso tramitam desde o ano de 2010, tendo como objetivo liberar a constrição que recai sobre o imóvel matriculado sob o nº 201.437, da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campo Grande.

Alega que os presentes embargos não podem ficar a mercê do julgamento definitivo da ação ordinária que originou o processo executivo, pois a discussão entre a agravada e sua devedora, acerca da existência de débito ou da ineficácia da alienação não atinge a agravante, que é terceira naquela relação jurídico-processual, sendo evidente que a suspensão dos embargos de terceiros não pode persistir, uma vez que são os embargos que suspendem a execução, e não o contrário.

Sustenta que não há previsão legal para a suspensão determinada, e que de tal forma, esta é indevida. Acrescenta que a embargante possui o direito de ver conhecida a controvérsia estabelecida nos Embargos de Terceiro, independentemente da situação do processo entre a Agravada e sua devedora.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão recorrida, determinando o prosseguimento regular dos Embargos de Terceiros.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

A parte agravada mesmo intimada a manifestar-se quedou-se silente (fls. 1.122/1.223).

O juízo de origem prestou as informações devidas (fls. 1.130/1.140).

VOTO (EM 24.02.2015)

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

Okah Locações de Imóveis - ME interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos de embargos de terceiro n.º 0070352-24-2010.8.12.0001 movidos em desfavor de Construcenter Imóveis Ltda.

Foi determinado que se aguardasse o trânsito em julgado da decisão que declarou a ineficácia do negócio jurídico nos autos apensos aos embargos de terceiro, e sob a qual pende análise pelo STJ (fl. 628 – Autos de Origem)

A agravante em suas razões recursais (fls. 02/06), pleiteia, em síntese, a reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo,* para determinar o prosseguimento regular dos embargos de terceiro.

Afirma que os embargos de terceiros que originaram o presente recurso tramitam desde o ano de 2010, tendo como objetivo liberar a constrição que recai sobre o imóvel matriculado sob o nº 201.437, da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campo Grande.

Alega que os referidos embargos não podem ficar a mercê do julgamento definitivo da ação ordinária que originou o processo executivo, pois a discussão entre a agravada e sua devedora, acerca da existência de débito ou da ineficácia da alienação não atinge a agravante. Aduz que é terceira naquela relação jurídico-processual, sendo evidente que a suspensão dos embargos de terceiros não pode persistir, uma vez que são os embargos que suspendem a execução, e não o contrário.

Sustenta que não há previsão legal para a suspensão determinada, e que de tal forma, esta é indevida. Acrescenta que a embargante possui o direito de ver conhecida a controvérsia estabelecida nos embargos de terceiro, independentemente da situação do processo entre a agravada e sua devedora.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão recorrida, determinando o prosseguimento regular dos Embargos de Terceiros.

É a síntese do necessário.

A questão em debate no presente recurso limita-se tão somente a aferir a legalidade e correção da decisão que determinou a suspensão dos embargos de terceiro (autos nº 0070352-24.2010.8.12.0001), enquanto pende o julgamento de recurso no Superior Tribunal de Justiça.

Após análise detida dos presentes autos, bem como dos processos que tramitam em primeiro grau e que se relacionam com a matéria aqui em debate, entendo que a decisão agravada não merece qualquer reparo.

Inicialmente é importante destacar que, em que pese constar na decisão agravada que o recurso pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) refere-se a declaração de ineficácia do negócio jurídico relacionado ao imóvel objeto dos embargos supracitados, o recurso ataca na verdade a Sentença proferida nos autos n.º 0024075-28.2002.8.12.0001.

Os embargos de terceiro objeto do presente agravo de instrumento, relaciona-se com a constrição o imóvel matriculado sob o nº 201.437, da 1ª Circunscrição Imobiliária de Campo Grande. Tal constrição foi determinada no cumprimento provisório de sentença n.º 0024075-28.2002.8.12.0001/01, que por sua vez, origina-se do processo de conhecimento de Cumprimento de Obrigação de Fazer.

As partes do processo de cumprimento de obrigação de fazer são Construcenter Imóveis Ltda e Construtora Degrau Ltda, sendo que a última foi condenada ao pagamento de valores referentes a comissão na intermediação das vendas de imóveis de sua propriedade. Antes do trânsito em julgado da referida sentença, Construcenter Imóveis Ltda promoveu o seu cumprimento provisório, no qual o apartamento objeto da celeuma foi constrito.

Frise-se que, em que pese a matéria aqui tratada não se referir ao mérito dos embargos, é importante que se saiba que o imóvel em questão era de propriedade da empresa Construtora Degrau Ltda, e foi transferido para a pessoa de Atílio Magrini Neto, tendo este vendido o imóvel para a agravante.

O fato de Atílio Magrini Neto ser a época da tramitação do processo de conhecimento advogado da empresa executada Construtora Degrau Ltda, aliado a outras caracteristicas, corroborou para que fosse declarada a ineficácia da compra e venda entre Construtora Degrau E Atílio Magrini Neto. A referida declaração de ineficácia operou-se no âmbito dos autos do cumprimento provisório de sentença n.º 0024075-28.2002.8.12.0001.

Toda essa análise faz-se necessária para que seja possível aferir o acerto da decisão agravada.

Resta evidente a dependência existente entre o julgamento final do recurso em trâmite junto ao Superior Tribunal de Justiça e os demais processos que se originaram daquela ação de conhecimento. Isso porque, reformando-se a sentença em grau de recurso poderá existir sensível alteração no cumprimento de sentença, que por sua vez poderá também recair sobre a legalidade da constrição ou declaração de ineficácia do negócio jurídico anteriormente realizado.

A possibilidade de existência de sentenças conflitantes é latente, e de forma a se preservar a segurança jurídica é adequada a suspensão processual.

O Art. 265 do Código de Processo Civil assim dispõe:

> *Art. 265. Suspende-se o processo:*
>
> *(...)*
>
> ***IV - quando a sentença de mérito:***
>
> ***a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente****; (...)*
>
> *(grifei)*

A sentença do processo de conhecimento é o título que embasa o cumprimento de sentença provisório, que por sua vez originou a constrição do bem imóvel objeto dos Embargos de Terceiro. Se a sentença de origem for modificada pelo Recurso pendente de julgamento no STJ, é óbvio que refletirá no julgamento dos embargos, pois o liame jurídico é estreito.

A título exemplificativo, se o julgamento dos embargos forem procedentes e a sentença da qual pende julgamento for confirmada (ratificando-se assim também a declaração de ineficácia do negocio jurídico), teríamos sentenças colidentes e que geraria uma enorme insegurança jurídica.

Havendo prejudicialidade entre as questões postas, acertada a suspensão dos embargos, tal qual como determinou o juízo de origem.

Ainda que não seja comum a suspensão dos embargos de terceiro devido a existência de questão aventada em cumprimento de sentença, as peculiaridades do caso em comento também indicam que a suspensão é adequada. Nesse sentido inclusive já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1.- Comprovada a existência de fato superveniente relevante o bastante para influenciar no julgamento dos embargos de terceiro, consistindo verdadeira questão de prejudicialidade externa, impõe-se a suspensão do processo até até o julgamento da Apelação interposta contra a Sentença de extinção da execução, observando o prazo previsto no art. 265, § 5º do Código de Processo Civil. 2.- Agravo Regimental parcialmente provido para determinar a suspensão do processo. (AgRg no REsp 703384 / SP – Min. Sidinei Beneti – Terceira Turma – Julgamento: 25/10/2011)*

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão do juízo de origem.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Odemilson), após o relator negar provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 10.03.2015)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa (1º Vogal)

Sr. Presidente, pedi vista para analisar com mais cuidado a questão, e peço vênia para divergir do nobre Relator.

A análise do pedido requer breve exposição cronológica dos fatos a justificar a conclusão já anunciada.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Okah Locação De Imóveis Ltda - ME em face decisão que suspendeu os embargos de terceiro opostos pela agravante contra Construcenter Imóveis Ltda., até o julgamento definitivo da decisão que declarou a ineficácia do negócio jurídico nos autos da ação de cumprimento provisório de sentença proferida em ação de cumprimento de obrigação de fazer que Construcenter Imóveis Ltda. moveu contra Construtora Degrau Ltda.

Embora da matrícula n. 201.437, relativa ao imóvel objeto destes autos, conste averbação de penhoras (Av. 7, em 10/11/2010); (Av. 08, em 18.01.2011); (Av.10, em 09/02/2012); (Av. 12, em 26/11/2012) e declaração de ineficácia da venda objeto do R-3 (Av. 11, em 29/11/2012), fato é que todas são posteriores à aquisição da embargante, ocorrida através da escritura pública em 03/09/2010.

Segundo lição de Rodolfo Kronember Hartmann, (in "Curso Completo de Processo Civil", Editora Impetus, p. 721), "Caso o magistrado concorde com os termos da petição inicial e determine a citação do demandado, a execução ou o processo de conhecimento ficarão suspensos, nos termos do art. 1.052."

Confira-se:

> *Art. 1.052. Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.*

Como se vê, são os embargos de terceiro que suspendem a execução, e não o contrário.

Ou seja: a prejudicialidade é dos embargos de terceiro em relação à ação de cumprimento provisório de sentença e não desta em relação àqueles.

Note-se que a agravante, alegando ser adquirente de boa-fé, opôs embargos de terceiro em face da decisão proferida nos autos da ação de cumprimento provisório de sentença n. 001.02.024075-7/00001 que deferiu o pedido de expedição de certidão do cumprimento de sentença para averbação na matrícula n. 201.437 do Registro de Imóveis da 1ª CRI desta Comarca, nos termos do art. 615-A do CPC, que dispõe:

> *"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."*

Tal pretensão, bem como a alegação de aquisição de boa-fé, devem ser analisadas independentemente do julgamento definitivo da decisão que declarou a ineficácia da alienação objeto do R-3, tendo como transmitente Construtora Degrau Ltda e adquirente/vendedor Atílio Magrini Neto, uma vez que tal declaração não pode ser oposta ao terceiro se comprovada a alegada boa-fé, condição que a embargante Okah Locação de Imóveis Ltda. alega possuir.

Não fosse isto, referidos embargos de terceiro já se encontram suspensos a mais de 1 (um) ano, contrariando o disposto no § 5º do art. 265 do CPC[1] e o princípio constitucional da razoável duração do processo[2].

1 Art. 265. Suspende-se o processo:
(...)
§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do inciso IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

2 Art. 5º (...)
LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Posto isso, divirjo do nobre relator, para dar provimento ao agravo de instrumento, a fim de que seja dado prosseguimento aos embargos de terceiro.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o 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. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1413680-72.2014.8.12.0000 - Capital
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE TRIBUTÁRIO ESTADUAL – ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA – IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – MATÉRIA AFETA AO MÉRITO ADMINISTRATIVO – SEGURANÇA DENEGADA.

Em matéria de concurso público, é defeso ao Poder Judiciário adentar no exame do mérito propriamente dito, substituindo-se à banca examinadora, sob pena de invadir esfera de atuação que não é de sua competência. Hipótese em que a impetração visa rediscutir os critérios substantivos da avaliação, o que é inadmissível, notadamente quando respeitados na elaboração das questões e na correção das provas, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

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 e contra o parecer, denegaram a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Sérgio Fernandes Martins, e justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Carlos Henrique Migueis da Silva impetra mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado e Administração, do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e da FAPEC - Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura, consistente no indeferimento dos recursos administrativos interpostos contra as questões de ns. 11, 30, 69 e 77 da Etapa II da Prova Escrita Objetiva do concurso público de provas para provimento do cargo efetivo de agente tributário estadual, o que culminou na eliminação do impetrante na primeira fase do concurso.

Narra ter participado do concurso público de provas para provimento do cargo efetivo de agente tributário do quadro de pessoal da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Groso do Sul, conforme Edital n. 01/2013 - SAD/SEFAZ, de 04/1/2013, que previa duas fases.

Alega ter sido aprovado na primeira etapa e reprovado na segunda em face da ilegalidade na elaboração de algumas questões pela banca examinadora e da arbitrariedade com que julgou os recursos administrativos interpostos contra aludidas questões.

Diz que tal ato causou-lhe grande prejuízo, pois necessário para aprovação na segunda fase a pontuação mínima de 60%, consoante item 8.7 do edital de abertura do certame, o que obteria com a pontuação relativa a apenas uma questão, porém, não a tendo obtido, restou desclassificado.

Assevera que as questões de ns. 11, 30, 69 e 70 da prova objetiva contrariam o disposto no item 8.3 do edital, que estabeleceu que cada questão teria apenas uma assertiva correta e contemplaria, na segunda etapa, apenas as matérias de Direito Constitucional, Direito Tributário, Legislação Tributária do Estado/MS, Processo Administrativo Tributário/MS e Contabilidade Geral.

Aduz ter recorrido administrativamente impugnando o gabarito preliminar, conforme previsto no item 8.17.1.1, sem, contudo, obter êxito, pois foi improvido pela autoridade coatora sem qualquer análise, fundamentação legal ou justificativa que amparasse a decisão.

Menciona que a banca do concurso não pode optar por uma das respostas possíveis e manter a validade da questão quando esta encontra-se eivada de eros grosseiros, perceptíveis de plano, e contrária às regras previstas no edital.

Afirma que, tratando-se de ato omissivo continuado da administração pública, consubstanciado na inércia da não-anulação das questões, o prazo de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado, para impetração do mandado de segurança, protrai-se no tempo, renovando-se mês a mês, enquanto durar a ilegalidade, não havendo falar em decadência.

Ressalta que a banca examinadora agiu em desconformidade com o disposto no edital do concurso, pois a avaliação não respeitou os critérios objetivos nele fixado, qual seja, a existência de única resposta correta por questão e a cobrança de conteúdo programático previsto no edital.

Refere que o erro grosseiro na formulação das questões impugnadas caracteriza verdadeira preterição à ordem classificatória do certame, ferindo os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, impondo-se a sua anulação.

Argumenta que o controle judicial dos atos administrativos decorre do disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF e defende o mandado de segurança como sendo a via correta para resguardar direito líquido e certo.

Aponta que a autoridade coatora não motivou o indeferimento do recurso interposto junto à banca examinadora, ferindo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, decorrência do princípio constitucional da legalidade, na forma do art. 37, caput, da CF/8, segundo o qual o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes.

Sustenta não ser absoluto o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas de concurso público, em respeito ao princípio da separação dos poderes, pois há casos em que se admite a anulação de questões como forma de controle da legalidade.

Informa que a questão de n. 11 deve ser anulada por conter duas alternativas corretas, visto que tanto a alternativa "b" ("Para defesa de direitos ou contra ilegalidade, é assegurado o direito de petição gratuitamente"), indicada no gabarito oficial, quanto a alternativa "e" ("Aos litigantes em processo judicial, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes") estão em conformidade com o disposto nos incisos XXXIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, respectivamente.

Alega que a questão de n. 30, igualmente deve ser anulada, porquanto a alternativa "e", apontada no gabarito oficial como sendo a correta, contém palavra diversa ("essencial") da contida na redação do art. 149, inciso IX,do CTN ("especial"), o que não se pode admitir, pois são termos com significados diversos

formalidade especial traduz a ideia de forma diferente, enquanto que formalidade essencial significa dizer que ela é indispensável.

Indica que a questão de n. 69 versa sobre matéria não prevista no edital de abertura do certame, qual seja, de Contabilidade de Custos e de Matemática Financeira, motivo pelo qual deve ser anulada em face do princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

Assevera que a questão de n. 77 também possui duas respostas corretas, em desconformidade com o instrumento convocatório, quais sejam, as alternativas "c", segundo o gabarito oficial, e a alternativa "a", de acordo com o parecer do especialista José A. Moura Aranha.

Diz que o *fumus boni iuris* evidencia-se pelas flagrantes ilegalidades praticadas pelos impetrados, que prosseguiram com o certame, desconsiderando a apresentação de recursos fundamentados com pareceres de especialistas, os quais indicavam a existência de violação ao edital.

Afirma que o *periculum in mora* está demonstrado pela homologação do resultado final com a classificação geral dos candidatos aprovados, os quais poderão ser chamados para etapas posteriores.

Pugna pela concessão da liminar, "*ordenando aos Réus que procedam a anulação das questões de ns. 11, 30, 69 e 77 da prova objetiva, Etapa I, do certame realizado pela Secretaria de Estado de Administração, com a consequente habilitação do impetrante para participar das etapas subsequentes, sob pena de fixação de multa em caso de descumprimento da ordem*" e "*Subsidiariamente, caso não seja este o entendimento de V. Exa., que seja determinado às autoridades impetradas que permitam ao impetrante prosseguir no concurso público, com a reserva de vaga no cargo de agente tributário estadual, suspendendo quaisquer atos posteriores do processo seletivo*".

Foi determinada a intimação da impetrante para que, no prazo de cinco dias, proceda ao depósito do valor correspondente à diligência necessária para cumprimento do ato do oficial de justiça, sob pena de extinção do mandado de segurança (f. 366).

A diligência foi cumprida à f. 366.

Foram prestadas informações à f. 380-389, alegando as autoridades apontadas como coatoras que os membros da 1ª e da 4ª Seção Cível deste Tribunal recentemente julgaram mandados de segurança de igual teor, atacando questões da prova aplicada no concurso para ingresso no cargo de agente tributário estadual também objeto deste mandado, e denegaram a ordem.

Sustentam que ao Poder Judiciário somente cabe analisar a legalidade dos atos administrativos, sendo competente para anular ou manter questão de prova de concurso público apenas a comissão do concurso que, em juízo discricionário, tomará tal decisão.

Aduzem que permitir que o Judiciário faça as vezes do examinador fere explicitamente o art. 2º da CF, que prevê o princípio da independência dos poderes.

Mencionam que a pretensão do impetrante necessita de dilação probatória, uma vez que a questão de número 77, por exemplo, depende de conhecimentos de contabilidade e, por conseguinte, de perícia contábil, o que não se admite em sede de *mandamus*.

Asseveram que ainda que se pudesse analisar o teor das questões na via judicial, na forma pretendida pelo impetrante, este não encontraria melhor sorte, pois cada questão continha apenas uma opção correta.

Referem que na alternativa "e" da questão de número 11 foi omitido propositadamente o termo "administrativo", pois a submissão a esse processo, e não somente ao judicial, deve se dar com a garantia do contraditório e da ampla defesa, de modo que correto o gabarito ao apontar como correta apenas a assertiva "d".

Alegam que na questão de n. 30 está correta apenas a alternativa "e", devendo ser mantido o gabarito oficial.

Dizem que a questão de n. 69 cobra conteúdo programático exigido no edital, pois a questão elaborada requer a resolução do problema proposto quanto à "Variação do patrimônio líquido: receita, despesa, ganhos e perdas", partindo de uma previsão de vendas, onde consta como item de análise o "Tratamento Contábil dos impostos incidentes em operações de compras e vendas e demais tributos e contribuições incidentes", também previsto no Edital, de maneira que não assiste razão ao impetrante.

Apontam que a alternativa "a" da questão de n. 77 está incorreta, devendo ser mantido o gabarito oficial.

Pugnam pela denegação da segurança e prequestionam os dispositivos legais invocados, quais sejam, os arts. 2º, 5º, 37, *caput*, e incisos I e II, da CF.

A FAPEC – Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura sustenta que o concurso público prestado pelo impetrante observou rigorosamente a lei, em especial as regras do edital de abertura do certame, de modo que imperiosa a denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela concessão parcial da ordem (f. 396-398).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carlos Henrique Migueis da Silva contra ato do Secretário de Estado e Administração, do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e da FAPEC - Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura, consistente no indeferimento dos recursos administrativos interpostos contra as questões de ns. 11, 30, 69 e 77 da Etapa II da prova escrita objetiva do concurso público de provas para provimento do cargo efetivo de agente tributário estadual, o que culminou na eliminação do impetrante na primeira fase do concurso.

O impetrante prestou concurso público de provas, aberto pelo Edital n. 1/2014-SAD/SEFAZ, para provimento de 40 vagas (item 3) para o cargo efetivo de agente tributário estadual, da carreira tributação, arrecadação e fiscalização do quadro permanente de pessoal da Secretaria de Estado Fazenda (f. 24-43), das quais 5% foram reservadas para portadores de deficiência (item 3.1), 10% para negros e 3% para índios (item 3.6).

Consoante o item 7.1 do instrumento convocatório, o certame é composto de duas fases (f. 31):

> *"7.1 - O Concurso Público de Provas - SAD/SEFAZ/2013 constará das seguintes fases:*
>
> *a) 1ª Fase - Prova Escrita Objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, realizada em duas etapas:*
>
> *Etapa I - Prova Escrita Objetiva - Conhecimento Básico;*

Etapa I - Prova Escrita Objetiva - Conhecimento Específico.

b) 2ª Fase - Investigação Social, de caráter eliminatório."

No item 8.5 do Edital consta o Quadro Demonstrativo da Prova Escrita Objetiva (f. 33):

8.6 - **Quadro Demonstrativo da Prova Escrita Objetiva**

Cargo: AGENTE TRIBUTÁRIO ESTADUAL

	Parte	Conhecimento Básico 80 Questões Período Matutino	n. de Questões	Pesos	Total Pontos
Etapa I	P_1	• Língua Portuguesa	20	3	60
	P_2	• Matemática/Raciocínio Lógico	15	2	30
	P_3	• Direito Civil e Empresarial	10	2	20
	P_4	• Direito Penal	10	2	20
	P_5	• Direito Administrativo	10	3	30
	P_6	• Tecnologia da Informação	15	3	45
Total			**80**	-	**205**

	Parte	Conhecimento Específico 80 Questões Período Vespertino	n. de Questões	Pesos	Total Pontos
Etapa II	P_1	• Direito Constitucional	15	4	60
	P_2	• Direito Tributário	15	4	60
	P_3	• Legislação Tributária do Estado/MS	20	5	100
	P_4	• Processo Administrativo Tributário/MS	10	5	50
	P_5	• Contabilidade Geral	20	4	80
Total			**80**	-	**350**

Os itens 8.7 e 8.7.1, por sua vez, dispõem quanto à pontuação necessária para aprovação na primeira fase do certame - Prova Escrita Objetiva (f. 33). Confira-se:

"8.7 Será considerado aprovado na Prova Escrita Objetiva o candidato que obtiver na etapa I, no mínimo, 40% (quarenta porcento) e, na Etapa II, no mínimo 60% (sesenta por cento) do total de pontos ponderados estabelecidos para todas as matérias, sendo que, em cada uma das matérias que compõem as provas, o candidato não poderá obter "0" (zero).

8.7.1 - O candidato será reprovado na Prova Escrita Objetiva se obtiver pontuação inferior a 40% (quarenta por cento) na Etapa I e inferior a 60% (sessenta por cento) na Etapa II, do total de pontos ponderados obtidos nas matérias, e ainda se obtiver "0" (zero) em qualquer das matérias da Prova, ainda que o somatório em cada etapa seja igual ou superior a 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento), respectivamente."

Assim, tem-se que para lograr aprovação na 1ª fase do certame, o candidato que concorre a uma das vagas para o cargo de agente tributário estadual deveria atingir o mínimo de 82 pontos (205x40%) na Etapa I e de 210 pontos (350x40%) na Etapa II.

Segundo se infere da prova documental acostada aos autos, em 03/07/2014, foi publicado no Diário Oficial do Estado, simultaneamente, o resultado do julgamento dos recursos interpostos contra o Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva (f. 77-91), o Gabarito Oficial Definitivo da Prova Escrita Objetiva (Edital n. 36/2014-SAD/SEFAZ - f. 73) e, ainda, a Relação dos candidatos com os pontos ponderados obtidos na Prova Escrita Objetiva Etapas I e I para o cargo de Agente Tributário Estadual (Anexo Único ao Edital n. 37/2014-SAD/SEFAZ f. 173-21), segundo a qual o impetrante obteve 106 pontos na Etapa I e 209 pontos na Etapa II. Não tendo alcançado a pontuação mínima (210) apenas na Etapa I, o impetrante restou eliminado do certame, nos exatos termos do item 8.18.3 do instrumento convocatório. Vejamos:

"O candidato que não atender os critérios de avaliação estabelecidos os subitens 8.7 e 8.7.1 estará automaticamente eliminado do Concurso Público de Provas -SAD/SEFAZ/2013."

O autor impetrou o presente *writ* objetivando a anulação das questões de ns. 11 (duplicidade de alternativa correta), 30 (colocação de palavra com significação diversa daquela constante da redação original do dispositivo legal), 69 (exigência de matéria não prevista no edital) e 77 (duplicidade de alternativa correta) da Etapa II da Prova Escrita Objetiva, forte no argumento de violação aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, notadamente porque necessita de apenas um ponto na Etapa II para ser aprovado na 1ª fase do concurso.

Feita a retrospectiva, cumpre consignar que, sendo o concurso público composto por uma série de atos administrativos, é defeso ao Poder Judiciário adentrar no exame do mérito propriamente dito substituindo-se à banca examinadora, sob pena de invadir esfera de atuação que não é de sua competência.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXV, ao dispor que *"a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, não está autorizando o Poder Judiciário a restabelecer bases de concursos públicos ou de alterar critérios de julgamento quando as bases e os critérios eleitos pela administração pública respeitarem os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput).

Portanto, em matéria de concurso, a atuação do Poder Judiciário deve limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REEXAME DE QUESTÕES DE PROVA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. TEMA PACIFICADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito de anulação de duas questões objetivas de concurso público, bem como ao pedido de ampliação do prazo para entrega dos títulos, em decorrência. A impetrante se insurge contra o teor das avaliações que foram objeto de recurso, devidamente motivado. 2. O acórdão da origem teceu exame acurado dos fatos em relação ao caso (fls. 189-196). A leitura elucida que não há abuso na correção, tampouco na revisão, assim como que a impetração visa rediscutir os critérios substantivos da avaliação feita pela banca examinadora. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara ao indicar a vedação ao refazimento da correção de provas por parte do Poder Judiciário. Precedentes: AgR no AI 805328/CE AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Acórdão Eletrônico publicado no DJe-19 em 10.10.2012; MS 30.860/DF, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Processo Eletrônico publicado no DJe-217 6.1.2012; e AgR no RE 405.964/RS, Relator Min. Dias Tofoli, Primeira Turma, Acórdão Eletrônico publicado no DJe-095 em 16.5.2012. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é pacífica no sentido de que não é possível ao Poder Judiciário imiscuir-se na revisão das provas de concurso público, somente atendo-se à juridicidade. Precedentes: RMS 41.785/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.12.2013; RMS 43.139/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.9.2013; e AgRg no RMS 25.608/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 23.9.2013. Recurso ordinário improvido." (STJ, RMS n. 4560/RS, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, julgado em 19/08/2014).*
>
> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. COMPATIBILIDADE ENTRE AS QUESTÕES E OS CRITÉRIOS DA RESPECTIVA CORREÇÃO E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DO STF. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.*

> *1. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 3043 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 82701 AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; MS 27260/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia). No entanto, admite-se, excepcionalmente, a sindicabilidade em juízo da incompatibilidade entre o conteúdo programático previsto no edital do certame e as questões formuladas ou, ainda, os critérios da respectiva correção adotados pela banca examinadora (v.g., RE 40.35 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, j. 17.06.208; RE 434.708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.06.205).*
>
> *2. Havendo previsão de um determinado tema, cumpre ao candidato estudar e procurar conhecer, de forma global, todos os elementos que possam eventualmente ser exigidos nas provas, o que decerto envolverá o conhecimento dos atos normativos e casos julgados paradigmáticos que sejam pertinentes, mas a isto não se resumirá. Portanto, não é necessária a previsão exaustiva, no edital, das normas e dos casos julgados que poderão ser referidos nas questões do certame." (STF, MS 30860, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 28/08/2012).*

Nos presentes autos, a análise das questões objetivas impugnadas implicaria incursão em matéria - análise de critérios de formulação de questões e de correção de provas - de competência exclusiva da banca examinadora, o que é inadmissível, especialmente quando devidamente arrazoado o indeferimento dos recursos administrativos, consoante se infere das f. 390-395.

De se registrar que o parecer técnico das f. 308-314, mediante o qual o impetrante pretende ver anulada a questão de n. 77, por supostamente conter duas respostas corretas, foi analisado pela banca examinadora por ocasião do indeferimento do respectivo recurso administrativo, não se apresentando, portanto, como prova apta a demonstrar a existência de direito líquido e certo do autor quanto a tal pretensão, notadamente porque não foi produzida judicialmente.

Nesse sentido, cito recente precedente desta Colenda 1ª Seção Cível, de relatoria do e. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 06/10/2014:

> *"EMENTA-MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO QUADRO DE PESSOAL DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA - QUESTÕES DE PROVA - ANULAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO - SEGURANÇA DENEGADA. Ausente, na hipótese dos autos, o direito líquido e certo invocado pela impetrante, pois o direito pleiteado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao requerente. A reapreciação das questões pretendidas pela impetrante escapa ao limite de atuação do Poder Judiciário."*

Ademais, simples leitura das razões do indeferimento do recurso administrativo denotam a inexistência de abuso na correção, pretendendo o impetrante, em verdade, rediscutir os critérios de avaliação, matéria que, repito, extrapola a competência do Poder Judiciário.

Posto isso, denego a segurança.

Sem custas e sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/09 e Súmulas 105/STJ e 512/STF).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade e contra o parecer, denegaram a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Sérgio Fernandes Martins, e justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Claudionor Miguel Abss Duartes e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0010025-21.2009.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

DO RECURSO MANEJADO PELA REQUERIDA

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C LUCRO CESSANTE – PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – MÉRITO – DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA EXCLUSÃO DO NOME DO SERASA – DESOBEDIÊNCIA – ARTIGO 186, DO CC – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL PURO – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Existirá interesse de agir sempre que o jurisdicionado tiver a necessidade de se valer das vias judiciais para a consecução do direito material que reputa ter sido violado e, juntamente com esse interesse de caráter pessoal, utilize-se da via adequada à pretensão deduzida.

Presentes os requisitos do artigo 186, do CC evidencia-se o dever de indenizar.

O descumprimento de decisão judicial que determina exclusão do nome dos devedores dos órgãos de proteção ao crédito caracteriza o ato ilícito que dá ensejo a indenização.

Em casos de negativação indevida do nome, não é necessária a realização de prova do efetivo dano causado ao consumidor, tendo em vista que o dano moral puro independe de comprovação.

A fixação da indenização por danos morais deve respeitar o critério da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Recurso conhecido e não provido.

DO RECURSO MANEJADO PELOS REQUERENTES

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C LUCRO CESSANTE – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – INDENIZAÇÃO PELOS LUCROS CESSANTES – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AOS DANOS SUPORTADOS – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – REDUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A fixação da indenização por danos morais deve respeitar o critério da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Deve ser majorada a indenização arbitrada em primeira instância se não foram considerados o grau da lesividade dos fatos narrados bem como o poderio econômico da instituição financeira.

A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de exigir a comprovação dos prejuízos sofridos pela parte para a concessão de indenização por perdas e danos baseada em lucros cessantes.

Nas causas em que não há condenação, a fixação dos honorários também deve respeitar os parâmetros fixados no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, merecendo redução o *quantum* fixado em primeira instância se foram respeitados os critérios delineados naquele dispositivo legal.

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, negar provimento ao apelo do Banco do Brasil S/A e, por maioria, vencido em parte o Revisor, dar parcial provimento ao recurso de Valdacir Juliani e outra, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Valdacir Juliani e Dorali Kommers Juliani, irresignados com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por dano moral c/c lucro cessante ajuizada em face de Banco Do Brasil S.A., interpõem recurso de apelação.

Nas razões recursais que devolvem a este Sodalício (f. 233-252), os requerentes sustentam que deve ser majorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Destacam que *"esse 'crédito' não é uma simples compra de pequenos valores, nota-se, por exemplo, às f. 25, compras negadas haja vista 'cancelada/serasa/Banco do Brasil' nos valor de R$ 43.100,00 (quarenta e três mil e cem reais); fls. 27 R$ 50.900,00 (cinquenta mil e novecentos reais); fls. 32 R$ 179.500,00 (cento e setenta e nove mil e quinhentos reais); ou seja, não é uma compra qualquer que se possa 'pedir favor a um amigo', são compromissos sérios que não podem ser analisados na aferição do dano moral"* (f. 239).

Justificam que os lucros cessantes ficaram suficientemente demonstrados nos autos.

Relatam que deve haver a redução dos honorários de sucumbência fixados em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do apelo para o fim de reformar a sentença recorrida, majorando o valor da indenização por danos morais, condenando a instituição financeira ao pagamento dos lucros cessantes e reduzindo os honorários de sucumbência.

Intimada, a instituição financeira apresentou contrarrazões (f. 207-213) pedindo o não provimento do recurso.

O requerido Banco do Brasil S.A. também recorreu (f. 254-268) sustentando, preliminarmente, a falta de interesse de agir, considerando que apenas cumpriu rigorosamente as determinações de suas políticas internas.

No mérito, argumenta que não houve a prática de ato ilícito imputável à instituição financeira e que tampouco está provado o alegado dano moral.

Menciona a necessidade de ser reduzido o montante indenizatório.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida nos termos da fundamentação supra.

Em contrarrazões (f. 196-203), os autores pedem o não provimento do recurso.

VOTO (EM 16.12.2014)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos por Valdacir Juliani, Dorali Kommers Juliani e Banco Do Brasil S.A. contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por dano moral c/c lucro cessante que os dois primeiros ajuizaram em face da instituição financeira.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise do recurso interposto por Banco do Brasil S.A.

Do recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A.

Em suas razões recursais (f. 254-268), o requerido sustenta, preliminarmente, a falta de interesse de agir, considerando que apenas cumpriu rigorosamente as determinações de suas políticas internas.

No mérito, argumenta que não houve a prática de ato ilícito imputável à instituição financeira e que tampouco está provado o alegado dano moral.

Menciona a necessidade de ser reduzido o montante indenizatório.

Remata pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida nos termos da fundamentação supra.

Em contrarrazões (f. 196-203), os autores pedem o não provimento do recurso.

Da preliminar

Da ausência de interesse de agir

A casa bancária sustenta a ausência de interesse de agir dos requerentes, considerando que apenas cumpriu rigorosamente as determinações de suas políticas internas.

Conforme a concepção eclética, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa. Mas, para que haja tal julgamento de mérito, é necessário o preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo, quais sejam, legitimidade ad causam, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A ausência de qualquer dessas condições da ação enseja a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Quanto ao exame do interesse de agir, faz-se necessária a verificação de três circunstâncias: utilidade, necessidade e adequação. Haverá utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; haverá necessidade sempre que o proveito buscado pelo requerente somente seja possível por meio da jurisdição; e, por fim, haverá adequação quando a via eleita pelo jurisdicionado for adequada à pretensão deduzida.

A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, por sua natureza, revela-se, em tese, apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente, ou seja, toda vez que a atividade jurisdicional puder dar ao demandante o proveito que espera alcançar.

Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> *"Consiste em uma relação de complementariedade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (Carnelutti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é licito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.*
>
> *(...)*
>
> *Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não obem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem – e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir" (in Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 302-303).*
>
> *Também, Luiz Fux assevera:*
>
> *"O interesse deve ser observado, também, conforme a natureza do processo. Assim, no processo de execução, o interesse de agir está calcado no inadimplemento do devedor, e no processo cautelar, na necessidade de remover uma situação de perigo, para preservar a utilidade de um processo de conhecimento ou de execução.*
>
> *Em todos esses casos, é preciso que tenha "necessidade" da via judicial e que a mesma resulte numa "providência mais útil" do que aquela que obteria por mãos próprias se fosse autorizada a autotutela.*
>
> *Por essa razão é que se afirma que o interesse de agir deve ser composto do binômio necessidade-utilidade da via jurisdicional.*
>
> *Encarta-se no aspecto da utilidade, a escolha correta do procedimento adequado à pretensão deduzida"* (In Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 151-152).

Assim, apenas existirá interesse processual quando o jurisdicionado tiver a necessidade de se valer das vias judiciais para a consecução do direito material que reputa ter sido violado e, juntamente com esse interesse de caráter pessoal, utilize-se da via adequada à pretensão deduzida.

No caso dos autos, está evidenciado o interesse de agir dos autores, uma vez que afirmam ter sofrido danos morais e materiais em razão da negativação indevida de seus nomes.

Vale dizer, não há falar em ausência de interesse de agir, visto que a tutela jurisdicional perseguida apenas pode ser obtida na via judicial.

Assim, afasto esta preliminar.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

Do mérito

Inicialmente, faz-se mister tecer algumas considerações sobre os fatos que deram ensejo à presente demanda.

Segundo relata a exordial, os requerentes são coobrigados na ação declaratória autuada sob o n.º 043.08.011408-6 na qual foi proferida decisão determinando que a instituição financeira se abstivesse de inscrever o nome dos autores nos órgãos de proteção ao crédito ou, caso já houvesse tal inscrição, fosse ela retirada no prazo de 48 horas.

A citação da requerida ocorreu em 11.11.2008, mas manteve-se silente, deixando de acatar a decisão judicial e causando prejuízos aos requerentes. Por tal razão, foi ajuizada a presente demanda.

Após instrução processual, foi proferida sentença de parcial procedência, nos seguintes termos (f. 125):

> *"(...)*
>
> *Pelo exposto julgo parcialmente procedente o pedido de condenação de reparação por dano moral, condenando Banco do Brasil S/A a pagar a R$ 12.000,00 a Valdacir Juliani e R$ 12.000,00 a Dorali Kommers Juliani. Julgo improcedente o pedido de condenação ao pagamento de lucros cessantes. Tais valores serão corrigidos pelo IGPM e juros legais a partir da data da publicação da sentença, sendo que somente a partir desse momento é que foi fixado o valor devido, não podendo, por isso, se falar em incidência de acessórios até então.*
>
> *Considerando especialmente a importância financeira em litígio e a complexidade da causa fixo os honorários advocatícios em R$ 20.000,00, sendo que os autores saíram vencedores em 25% e os réus vencedores em 75%. Dessa forma os autores devem pagar ao advogado réu a título de honorários advocatícios R$ 15.000,00. Já o réu deve pagar ao advogado dos autores a título de advocatícios R$ 5.000,00.*
>
> *(...)".*

Inconformada, a instituição financeira recorreu sustentando: (i) que não restou demonstrada a prática do ato ilícito ensejador do dever de indenizar bem como o efetivo dano moral suportado pelos requerentes; (ii) que deve ser reduzido o valor da indenização.

Do dano moral

Sabe-se bem que em nosso sistema jurídico-processual existe uma regra geral dominante no que diz respeito ao sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua existência para que referido fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosemberg:

> *"(...) 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 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.

In casu, está suficientemente comprovada a prática do ato ilícito ensejador do dever de indenizar.

Conforme adverte o artigo 186, do Código Civil temos que *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

Assim, o direito à reparação do dano depende da concorrência daqueles quatro requisitos acima delineados, quais sejam, (1) fato lesivo voluntário, (2) causado pelo agente, por ação ou omissão, (3) ocorrência de um dano patrimonial ou moral e (4) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Compulsando os autos, verifica-se que nos autos de n.º 043.08.011408-6 (f. 15-17) foi proferida decisão nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *Pelo exposto, com base no art. 798 do CPC, defiro a liminar vindicada, a fim de determinar à(ao) Banco do Brasil S/A que se abstenha, em razão da dívida em questão, de promover a inscrição de Nilson Juliani e dos demais coobrigados pela dívida, listados à f. 29, nos órgãos de proteção ao crédito, tais como SPC, SERASA, SCI/EQUIFAX, CADIN e*

> *outros órgãos correlatos, ou, se já o fez, que promova o cancelamento em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) – art. 461, CPC -, além da configuração do delito de desobediência.*
>
> *(...)".*

A decisão foi proferida em 29.10.2008 e a citação da instituição financeira ocorreu em 12.11.2008 (f. 19). Porém, mesmo ciente da ordem judicial, o extrato do SERASA trazido à f. 20, impresso em 16.02.2009 ainda apontava o registro em nome dos requerentes.

Assim, resta evidenciado o ato ilícito praticado pela casa bancária.

Também o dano moral está evidenciado, eis que o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominado dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre dos simples transtornos suportados pelo autor que ficou impedido de realizar movimentações financeiras e operações de compra em razão da existência da restrição.

Frise-se que a prova do dano moral, desvinculado do dano patrimonial, no ordenamento jurídico pátrio, satisfaz-se com a demonstração da ocorrência do ato ilícito que originou a ofensa extrapatrimonial. Isso porque, sendo a dor moral ocorrida no íntimo dos indivíduos, ou melhor, de caráter subjetivo, é materialmente impossível trazer aos autos provas das diminuições que afrontaram sua honra, sua moral.

Ora, não se pode negar que a negativação do nome causa vários constrangimentos e perda da credibilidade pessoal e negocial à pessoa que passa a ser considerada devedora, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, dano este que resta provado com a simples demonstração do próprio fato.

Nesse caminho, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil dos causadores do ato ilícito, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação de um direito garantido. Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> *"O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta (...)"* (Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, in verbis:

> *"Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido"* (TJMS. Apelação Cível. Proc. 1000.064522-5. Rel. Des. Hamilton Carli. J. 23/06/2003).

Aliás, esta foi a conclusão apontada pelo ilustre julgador *a quo* que afirmou que *"a inscrição indevida no cadastro de maus pagadores gera o que se convencionou chamar de dano moral puro, ou*

seja, o dano moral tão evidente que não necessita de prova da existência dos requisitos da dor moral e da humilhação. O simples fato de inscrever a pessoa indevidamente no cadastro de maus pagadores gera, por si só, a dor moral decorrente da perda da tranquilidade e do abalo emocional que devem ser indenizados" (f. 124-125).

Destarte, mostra-se acertada a sentença que considerou a desnecessidade de prova do efetivo dano moral.

Do valor da indenização

Quanto ao valor da indenização, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina. A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> *"Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva"* (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência e que foram observados pelo douto magistrado que sentenciou fixando o montante indenizatório em R$ 12.000,00 (doze mil reais) para cada uma das partes, montante este que não merece redução.

Vale lembrar que a quantificação do dano deve servir como tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa dos ofendidos, não podendo se apresentar excessiva e nem irrisória.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento.

Passo, agora, a analisar o apelo interposto pelos autores.

Do recurso de apelação manejado por Valdacir Juliani e Dorali Kommers Juliani

Em suas razões recursais, os requerentes sustentam que deve ser majorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Destacam que *"esse 'crédito' não é uma simples compra de pequenos valores, nota-se, por exemplo, às f. 25, compras negadas haja vista 'cancelada/serasa/Banco do Brasil' nos valor de R$ 43.100,00 (quarenta e três mil e cem reais); fls. 27 R$ 50.900,00 (cinquenta mil e novecentos reais); fls. 32 R$ 179.500,00 (cento e setenta e nove mil e quinhentos reais); ou seja, não é uma compra qualquer que se possa 'pedir favor a um amigo', são compromissos sérios que não podem ser analisados na aferição do dano moral"* (f. 239).

Justificam que os lucros cessantes ficaram suficientemente demonstrados nos autos.

Relatam que deve haver a redução dos honorários de sucumbência fixados em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ao final, pedem o conhecimento e o provimento do apelo para o fim de reformar a sentença recorrida, majorando o valor da indenização por danos morais, condenando a instituição financeira ao pagamento dos lucros cessantes e reduzindo os honorários de sucumbência.

Intimada, a instituição financeira apresentou contrarrazões (f. 207-213) pedindo o não provimento do recurso.

Analiso cada uma das argumentações de forma individualizada.

Do valor da indenização por danos morais

Pois bem, como já dito alhures, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> *"Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva"* (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Ademais, deve o julgador levar em conta que a obrigação de reparar dano moral causado a terceiro possibilita a desestimulação de ações lesivas da mesma espécie, até porque não só reparatória é a indenização por danos morais, como também, preventiva, visando a evitar que o agressor pratique futuramente novos atos ilícitos.

Desse modo, ao fixar o valor da indenização deve-se levar em consideração não só o fato em si, mas, também, fatores objetivos e subjetivos de ambas as partes, tais como a extensão do dano, a posição social, a gravidade da culpa, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade etc.

A jurisprudência já pacificou:

> *"A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do quantum e a capacidade econômica do sucumbente"* (STJ - REsp n. 434.970-0 – MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26/11/2002).

Não há dúvida quanto às consequências morais do ato praticado pela instituição financeira, o que é relevante para a fixação da indenização. A indenização em comento deve servir para minorar a dor moral suportada pelo recorrente em razão da sensação de perda da paz e da tranquilidade.

No caso *sub judice*, deve ser considerado que os requerentes foram prejudicados em suas relações negociais, sendo que o erro cometido pela casa bancária inviabilizou as atividades negociais dos requerentes, impedindo a conclusão de diversos negócios jurídicos.

Considerando o poder econômico da instituição financeira, o valor objeto de apontamento junto ao SPC/SERASA (R$ 99.731,08), o tempo em que o registro permaneceu bem como as consequências suportadas pelos requerentes, entendo que a importância fixada em primeira instância não está em consonância com os ditames legais.

A meu ver a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores mostra-se mais adequada para ressarcir com razoabilidade e proporcionalidade os danos por eles suportados, servindo de prevenção para que a conduta do requerido não se reitere no futuro.

Portanto, entendo que a indenização deve ser majorada de R$ 12.000,00 (doze mil reais) para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mormente para adequá-lo à política de desestimulação de ações lesivas da mesma espécie.

Da indenização pelos lucros cessantes

Os requerentes pretendem a condenação da casa bancária à reparar os prejuízos materiais por eles suportados em razão de não terem conseguido concretizar a compra de defensivos agrícolas, sementes ou quaisquer outros produtos para semear sua terra.

Ocorre que cabia aos autores comprovar efetivamente quais foram esses danos.

Alegar e nada provar é o mesmo que nada alegar e, por conseguinte, não tendo apresentado provas suficientes a demonstrar suas alegações, mostra-se descumprido o ônus da prova que lhe tocava (artigo 333, I, do CPC).

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no mesmo sentido, como se infere da leitura do seguinte julgado:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MARCA. USO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. LUCROS CESSANTES. PREJUÍZO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. EXISTÊNCIA AFASTADA PELO TRIBUNAL LOCAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.*
>
> *1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, para a concessão de indenização por perdas e danos com base em lucros cessantes, faz-se necessária a comprovação dos prejuízos sofridos pela parte.*
>
> *2. Rever as conclusões do acórdão impugnado, acerca da ausência de comprovação do prejuízo advindo do uso indevido da marca da autora, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *3. Agravo regimental não provido"* (STJ; AgRg no AREsp 111.842/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013).

Logo, não merece acolhimento a pretensão de condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos lucros cessantes.

Da redução dos honorários de sucumbência

A última tese devolvida pelos requerentes está relacionada à necessidade de redução do valor arbitrado a título de honorários de sucumbência.

Quanto à pretensão de redução dos honorários de sucumbência é cediço que, nas causas em que haja condenação, sua fixação deve respeitar a regra contida no artigo 20, § 4º, do CPC, razão pela qual o magistrado está adstrito aos parâmetros máximo e mínimo trazidos no § 3º do supracitado dispositivo legal.

Todavia, os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O fato de decidir o r. juiz sob uma visão razoável, não significa que tenha que baratear a sucumbência, arbitrando a verba honorária em valor irrisório ou aviltante. A propósito veja-se nota 46 ao artigo 20 do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotônio Negrão, 36ª edição, p. 132:

> *"O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual* (art. 20, §3º do CPC); *e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes" (*RT 509/169).

A fixação dos honorários não se caracteriza como ato de arbítrio, devendo ser considerados pelo magistrado os critérios estabelecidos nas alíneas a, b e c do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior leciona:

> *"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. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pela quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária"* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, p. 313-314).

Dessa forma, a fixação de verba honorária em quantia simbólica e irrisória desatende aos preceitos legais, pois eles devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta as particularidades do processo, o grau de zelo do profissional, e a natureza e a importância da causa, valorizando, assim, o trabalho realizado pelo profissional.

Conforme se extrai dos autos, a ação não apresentou grande complexidade. Soma-se, ainda, ao fato de que o feito encontrava-se em trâmite no Poder Judiciário, quando da prolação da sentença, há cerca de 05 (cinco) anos. Dessa forma, sopesada a dedicação profissional ao atendimento dos interesses de seu cliente, que demonstrou zelo e eficiência profissional, e os fatos anteriormente articulados bem como a pouca complexidade da causa, entendo ser justa a fixação de honorários de sucumbência a ser suportado pelos requerentes no percentual de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Vale destacar que os autores saíram vencidos em parcela de seus pedidos, razão pela qual a verba honorária por eles devida deve ser proporcional àquela parte da demanda.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para, em reformando em parte a sentença recorrida: (i) majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores; (ii) reduzir o valor dos honorários de sucumbência devido pelos requerentes para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Fernando), após o relator dar parcial provimento ao recurso de Valdacir Juliani e outro e negar provimento ao apelo do Banco do Brasil S/A, após afastar a preliminar. O vogal aguarda.

VOTO (EM 27.01.2015)

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelações cíveis interpostos pelo requerido Banco do Brasil S/A e os autores Valdacir Juliani e Dorali Kommers Juliani contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Única da Comarca de São Gabriel do Oeste nos autos da ação de indenização por dano moral c.c. lucros cessantes movida pelos segundos apelantes contra a instituição bancária.

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso da instituição financeira, para manter a decisão objurgada, que de forma correta afastou a preliminar de ausência de interesse de agir, visto que os autores afirmam ter sofrido danos morais e materiais em razão da negativação indevida de seus nomes, além de que como ressaltado, a tutela jurisdicional perseguida apenas pode ser obtida na via judicial.

No mérito, também acompanho as razões de decidir do insigne Relator, já que restou suficientemente comprovada a prática do ato ilícito ensejador do dever de indenizar, não procedendo, ainda, o pedido de redução do *quantum* indenizatório.

Quanto ao recurso dos autores, acompanho em parte o entendimento do Relator, pela reforma da sentença para majorar a indenização por danos morais e reduzir o valor dos honorários de sucumbência devido pelos autores para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

No entanto, divirjo referente ao *quantum* da indenização por danos morais arbitrado pelo E. Relator no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, bem como reconhecer a indenização devida a título de lucros cessantes a ser apurada em liquidação de sentença, por arbitramento.

Primeiramente, exponho minhas razões de fundamentação no tocante ao pedido de majoração da indenização por danos morais.

A instituição financeira, ao praticar o ato ilícito que motivou a obrigação de indenizar, ocasionou prejuízos patrimoniais aos autores, visto que a inscrição dos seus nomes no órgão do SERASA (F. 20) gerou impedimentos de realizações das movimentações financeiras e operações de compra, além de que o apontamento corresponde ao valor de R$ 99.731,08.

Como se constata no processo, as consequências advindas desse ato, não se tratam de valores irrisórios, como afirmados pelos autores e demonstrados nos autos:

> *"Esse crédito" não é uma simples compra de pequenos valores, nota-se, por exemplo, às f. 25, compras negadas haja vista 'cancelada/serasa/Banco do Brasil' no valor de R$ 43.100,00 (quarenta e três mil e cem reais); fls. 27 R$ 50.900,00 (cinquenta mil e novecentos reais); fls. 32 R$ 179.500,00 (cento e setenta e nove mil e quinhentos reais); ou seja, não é uma compra qualquer que se possa 'pedir favor a um amigo', são compromissos sérios que não podem ser analisados na aferição do dano moral"* (f. 239).

Portanto, no caso em análise restaram comprovados que os autores foram prejudicados em suas relações negociais com negativas de créditos no valor de R$ 273.500,00, impossibilitando-os a conclusão de diversos negócios, como exploração da atividade rural no ano de 2009.

Convém colacionar a citação doutrinária de João de Lima Teixeira Filho citada por Pablo Stolze Gagliano[1] sobre a matéria da quantificação de indenização por danos morais:

Conforme observa João de Lima Teixeira Filho, "não há negar que a compensação pecuniária domina nas condenações judiciais, seja por influxos do cenário econômico, antes instável e agora em fase de estabilização, seja pela maior liberdade do juiz em fixar o *quantum debeatur*. Deve fazê-lo embanhado em prudência e norteado por algumas premissas, tais como: a extensão do fato inquinado (número de pessoas atingidas, de assistentes ou de conhecedoras por efeito de repercussão); permanência temporal (o sofrimento é efêmero, pode ser atenuado ou tende a se prolongar no tempo por razão plausível); intensidade (o ato ilícito foi venial ou grave, doloso ou culposo); antecedentes do agente (a reincidência do infrator deve agravar a reparação a ser prestada ao ofendido); situação econômica do ofensor e razoabilidade do valor.

Esclarece linhas adiante na citada obra[2]:

O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de "justiça no caso concreto". Nesse sentido, ensina Washington de Barros Monteiro que "*inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um 'quantum', maior ou menor, tendo em vista o grau de culpa e a condição social do ofendido*".

Sobre a matéria já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao referir-se que a indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, consoante o voto do Excelentíssimo Ministro Ricardo Villas Boas Cueva no julgamento do agravo regimental no agravo em recurso especial nº AREsp 263386/RJ, julgado em 07/10/2014:

> *EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE.*
>
> *1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.*
>
> *2. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, e somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi fixado em R$ 100.000,00 (cem mil reais).*
>
> *3. Agravo regimental não provido.* (Processo AgRg no AREsp 263386/RJ Agravo regimental no agravo em recurso especial 2012/0251503-9 Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (1147) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma Data do Julgamento 07/10/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 10/10/2014).

Dessa forma, considerando as peculiaridades da causa e os efeitos da restrição demonstrados, eis que os autores tiveram negado créditos nos comércios da cidade de São Gabriel do Oeste, inclusive, para manter as atividades agrícolas de plantações na propriedade rural, impedindo-os da produção agrícola, sendo que o valor de R$ 100.000,00 para cada um dos autores mostra-se mais adequado para ressarcir com

1 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil.** Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 449. v. 3..

2 Obra citada, p. 450.

razoabilidade e proporcionalidade os danos por eles suportados, servindo de prevenção para que a conduta do requerido não se reitere no futuro.

Referente ao pedido de indenização por lucros cessantes passo à análise.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma, em seus incisos I e II, que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco esclarece sobre o ônus da prova :

> *"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 alegata 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. 7 ed. São Paulo: RT, 190, p. 312).

Os lucros cessantes se traduzem em compensação devida em razão do que se deixou de lucrar pelo ato de terceiro, não podendo ser uma mera conjectura, devendo, assim, decorrer de uma expectativa aceita como razoável defluente do natural fluir das coisas, consoante previsto no art. 402 cumulado com o art. 944 do Código Civil.

> *Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*
>
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Assim extrai a lição doutrinária citada no Código Civil Comentado (Coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva)[3] sobre o artigo 402:

> *Entende-se por perdas e danos a indenização imposta ao devedor que não cumpriu a obrigação, total ou parcialmente.*
>
> *O dispositivo estabelece a extensão das perdas e danos, que devem abranger:*
>
> *a) Dano emergente: é a diminuição patrimonial sofrida pelo credor; é aquilo que ele efetivamente perde, seja porque teve depreciado o seu patrimônio, seja porque aumentou o seu passivo.*
>
> *b) Lucros cessantes: consistem na diminuição potencial do patrimônio do credor, pelo lucro que deixou de auferir, dado o inadimplemento do devedor.*

3 FIUZA, Ricarco. **Código Civil Comentado**. Coordenadora Atual Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo, 2012. p. 469.

> *c) Os lucros cessantes só são devidos quando previstos ou previsíveis no momento em que a obrigação foi contraída.*

Enquanto no comentário sobre o artigo 944 explica[4]:

> *O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. Já que o evento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos, a reparação de danos deve provocar um novo estado de coisas que se aproxime tanto quanto possível da situação frustrada, ou seja, daquela situação que, segundo a experiência humana, em caráter imaginário, seria a existente se não tivesse ocorrido o dano* (v. José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 2, p. 407).

Como bem interpretados os contextos legais pelas doutrinas citadas, o caso amolda-se nas normas, visto que os autores pretendem a indenização por dano material referente aos lucros cessantes, ou seja, o que efetivamente deixou de ganhar com base no impedimento da aquisição de insumos para produção agrícola, pois se tivesse concretizado o crédito para compras destes materiais (sementes e defensivos) teria havido o plantio dos grãos de soja, milho e surgo, tendo como consequência os rendimentos da safra de 2009/2010.

Verifica-se que a anotação perante o órgão de restrição de crédito do SERASA pelo Banco do Brasil referente ao contrato nº 00000150 no valor de R$ 99.731,08 permaneceu nos meses de janeiro e fevereiro de 2009, conforme se constata nos documentos de f. 20, 23, 24, 31 e 33, em desobediência à ordem judicial deferida na medida liminar datada de 29/10/2008.

Há comprovação das consultas efetuadas no CPF nº 211.100.180-53 em nome do autor pelas empresas comerciais da cidade de São Gabriel do Oeste no período de 03 a 05/02/2009: Franciosi & Assmann Ltda-ME, ADM do Brasil Ltda, Merko Agrop. Ltda, COOASGO – Cooperativa Agrop. São Gabriel Oeste (f. 20/21); AGROESTE Sementes S/A, Cincal Pneus Ltda, e COOASGO no período de 08 a 29/01/2009 (f. 31).

Dessa forma, as recusas das empresas comerciais citadas nos pedidos de compras de insumos agrícolas (f. 22, 25, 27, 28, 32) mesmo escritas de forma particular foram demonstradas pelos documentos de consultas realizadas pelas citadas empresas (f. 20/21 e 31), o que efetivamente, deve ser afastada a ausência de provas das alegações dos autores, conforme entendido pelo nobre Magistrado.

De acordo com os documentos apresentados nos autos, os autores lograram êxito em demonstrar que os pedidos de compras dos produtos no comércio da cidade de São Gabriel do Oeste foram recusados pelas empresas COASGO, FOLHA AGRO, OESTE FÉRTIL e FRANCIOSI 7 ASSMANN.

As declarações fornecidas pelas empresas COOASGO – Cooperativa Agropecuária São Gabriel do Oeste (f. 112) e ADM DO BRASIL LTDA (f. 113) relatam que o autor não entregou para depósito e nem para comercialização produtos referentes as safras de 2008/2009 e 2009/2009 nos armazéns da cooperativa, comprovando a ausência de colhimento dos frutos do plantio agrícola conforme informados na inicial.

Assim resta concluir que os autores ficaram impossibilitados de exercerem a atividade agrícola devido à restrição na praça comercial por terem havido os impedimentos de compras dos insumos agrícolas para o custeio da produção agrícola da safra de 2009.

Ademais, a instituição financeira sequer impugnaram as declarações feitas pelas empresas de cooperativa de que não houve a entrega para depósito a colheita do ano de 2009, demonstrando a veracidade daqueles documentos juntados.

4 Obra citada, p. 947.

Quanto ao valor da indenização por lucros cessantes os autores dimensionaram os prejuízos sofridos, tendo como base o montante da compra dos produtos usados na lavoura da safra de 2008 na quantia de R$ 381.234,38, pois em decorrência obtiveram com as vendas dos produtos armazenados da colheita o rendimento de R$ 857.632,50 (f. 05/06), como demonstrados pelos extratos dos contratos feitos com as empresas ADM do Brasil Ltda e COOASGO – Cooperativa Agropecuária de São Gabriel do Oeste, o qual é cooperado (fls. 35/55).

Ora, no caso não se trata de simples expectativa do autor sobre os frutos não colhidos na safra de 2009, conforme afirmado pelo banco recorrido, visto que as notas fiscais de aquisição de fertilizantes (f. 22), sementes de milho e sorgo (f. 25, 27/28), sementes de milho e produtos químicos (f. 32) estão especificados como produtos que seriam comercializados para o preparo da safra 2009/2010, documentos estes que não foram impugnados especificamente pelo banco recorrido.

Há de ser ressaltado que o conceito doutrinário e jurisprudencial do instituto de lucro cessante é o *quantum* que deixou de ganhar caso a colheita da produção agrícola tivesse se efetivada.

Portanto, com base nos pedidos de insumos agrícolas que deixaram de serem adquiridos para a produção agrícola de 2009, os autores poderão apresentar uma média daquilo que deixaram de lucrar, abatendo-se as despesas de produção, com a possível venda da colheita que não se efetivou, o que pode ser dimensionada na fase de liquidação de sentença.

A possibilidade de se auferir os rendimentos dos lucros cessantes em sede de liquidação de sentença já vem decidindo os tribunais pátrios, inclusive nessa Câmara.

Assim vejamos os seguintes julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRECLUSÃO – MÉRITO – BENFEITORIAS – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 33, 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 33, 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 pose 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.* (Apelação -Nº 080915-52.2013.8.12.001 - Campo Grande. Relator – Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 07/10/2014).
>
> *APELAÇÕES CÍVEIS. REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL E LUCROS CESSANTES. CAMINHÃO ZERO QUILÔMETRO QUE APRESENTA DEFEITO. VEÍCULO DESTINADO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PARA A REDE DE SUPERMERCADOS. CONCESSIONÁRIA QUE SE NEGOU A EFETUAR O REPARO ATRAVÉS DA GARANTIA, SOB ARGUMENTO DE QUE O DEFEITO APRESENTADO ERA DECORRENTE DA MÁ QUALIDADE DO COMBUSTÍVEL UTILIZADO. LAUDO*

PERICIAL QUE, NÃO CONSTATANDO CORROSÃO NA BOMBA DE ALTA PRESSÃO DE COMBUSTÍVEL, NÃO PÔDE AFIRMAR QUE A CAUSA DO DEFEITO FOI A ADIÇÃO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO AS RÉS A REALIZAREM OS REPAROS NECESSÁRIOS NO CAMINHÃO, BEM COMO PARA INDENIZAR A AUTORA ACERCA DO VALOR DOS LUCROS CESSANTES A PARTIR DE JANEIRO/05, A SER APURADO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. (Processo: APL 00092761520058190054 RJ 0009276-15.2005.8.19.0054 -Relator(a): Des. Juarez Fernandes Folhes – Julgamento: 12/03/2014. Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível. Publicação:31/03/2014 11:59).

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL DE PRODUTOS MÉDICOS E HOSPITALARES - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DECORRENTES DE DENÚNCIA UNILATERAL DO CONTRATO PELA FORNECEDORA, APESAR DE FIRMADO POR PRAZO DETERMINADO INSTRUÇÃO DO FEITO COM FARTA PROVA DOCUMENTAL E PERÍCIA CONTÁBIL - PROVA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DA FORNECEDORA, QUE VIOLOU FRONTALMENTE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL PACTUADA EM FAVOR DA DISTRIBUIDORA QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL, CARACTERIZADA CONCORRÊNCIA DESLEAL PERANTE A PARCEIRA COMERCIAL SENTENÇA CONFIRMADA COMINAÇÃO DE MULTA PREVISTA EM CLÁUSULA PENAL PARA A HIPÓTESE DE QUALQUER DAS PARTES AMEAÇAR A CONTINUIDADE DA RELAÇÃO CONTRATUAL MULTA CALCULADA EM CONFORMIDADE COM O CONTRATO NO IMPORTE EQUIVALENTE A 40% DOS PEDIDOS DE PRODUTOS EFETUADOS PELA DISTRIBUIDORA NOS ÚLTIMOS MESES CLÁUSULA PENAL QUE PERMITE CUMULAÇÃO DA MULTA COM A INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES POSTULADA NA INICIAL, CUJO VALOR SERÁ APURADO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO PARA CÁLCULO DAS COMISSÕES DEVIDAS NAS VENDAS REALIZADAS DIRETAMENTE PELA FORNECEDORA CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PAGUE AS CUSTAS, HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS DE 20% DA CONDENAÇÃO, POR TER DADO CAUSA AO PROCESSO E SUCUMBIDO EM LARGA EXTENSÃO. -Apelação da autora provida. -Apelação da ré desprovida. (TJ-SP- Processo:- APL 00462977620108260564 -SP 0046297-76.2010.8.26.0564. Relator : Edgard Rosa. Julgamento: 17/09/2014.Órgão Julgador: 11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Publicação:18/09/2014).

APELAÇÃO CÍVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - LUCROS CESSANTES. 1. PROVADO O DANO MATERIAL E A MORA, DIANTE DO ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DO IMÓVEL PELA CONSTRUTORA, O CONSUMIDOR DEVE RECEBER O VALOR RELATIVO AOS LUCROS CESSANTES, QUE SERÃO CALCULADOS PELO VALOR DO ALUGUEL DO IMÓVEL, A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. 2. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (TJ-DF Processo: APC 20120110698676 DF 0019475-50.2012.8.07.0001. Relator(a): Sérgio Rocha. Julgamento: 22/01/2014. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: Publicado no DJE : 27/01/2014. Pág.: 83).

Portanto, a indenização por lucros cessantes pode ser apurado por meio de liquidação de sentença, por arbitramento, cabendo ao perito averiguar a média aproximada da quantificação dos prejuízos decorrentes do impedimento de produção da safra anual de 2009/2010.

Desse modo, o que deve ser declarado na ação, neste momento processual, é o reconhecimento da responsabilidade civil de indenização pelos lucros cessantes em razão do impedimento da aquisição

de insumos para produção agrícola ocorrida durante o período de preparação para a safra de 2009/2010 pelos autores.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação dos autores para acompanhar o e. relator no tocante à redução dos honorários de sucumbência devido pelos requerentes para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Outrossim, divirjo do e. relator para, reformando em parte a sentença, majorar a indenização por danos morais ao valor de R$ 100.000,00 para cada um dos autores, bem como declarar o reconhecimento da condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por lucros cessantes a ser apurado por meio de liquidação, por arbitramento, onde o perito realizará os cálculos devidos de acordo com os pedidos de insumos agrícolas demonstrados nos autos, abatendo as despesas de produção.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidde, negaram provimento ao apelo do Banco do Brasil s/a e, por maioria, vencido em parte o revisor, deram parcial provimento ao recurso de Valdacir Juliani e outra, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0076031-10.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO CORPO MÉDICO – PRECEDENTES DO STJ – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PACIENTE EM TRABALHO DE PARTO TRANSFERIDA DE OUTRA CIDADE – MÉDICO QUE RECEBEU A PACIENTE NÃO ATENTOU PARA A GRAVIDADE DA SITUAÇÃO E, ASSIM, TEVE RESPONSABILIDADE NO AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DA CRIANÇA, FATO QUE RESULTOU EM PARALISIA CEREBRAL – DEVER DE INDENIZAR – PENSIONAMENTO VITALÍCIO – DANOS MORAIS – VALOR MANTIDO – PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS – MANTIDOS CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – TERMO *A QUO* – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ART. 730 DO CPC – RECURSO DE LUIS ABRAHAM TALENO OROZCO CONHECIDO E IMPROVIDO E RECURSO DE GUSTAVO DE LIMA SOARES E OUTRO E FUNSAU CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

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. O cumprimento de sentença, em relação à FUNSAU, deve observar o disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

6. Mantém-se os honorários advocatícios fixados na sentença se a fixação bem atendeu ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso de Luis Abraham Taleno Orozco e dar parcial provimento ao recurso de Gustavo de Lima Soares e outra, ao recurso da FUNSAU e ao reexame necessário , nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Trata-se de recursos interpostos por Gustavo de Lima Soares, menor representado por sua mãe, Marcia Pereira de Lima, Luis Abraham Taleno Orozco e Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU em face da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pelos primeiros recorrentes em face dos últimos, condenando os réus Fundação Serviços de Mato Grosso do Sul FUNSAU e Luis Abraham Taleno Orozco ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada um dos autores, de forma solidária, e ao pagamento de indenização por danos materiais, consistente no valor do exame de ressonância magnética, ressarcimento das despesas comprovadas no processo e demais gastos com o tratamento do primeiro autor até o momento, além do pagamento de um salário-mínimo ao primeiro autor enquanto perdurar sua enfermidade, com constituição de capital, cuja renda assegure a adimplência destes pagamentos.

Os vencidos foram condenados, ainda, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 13% (treze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Restou consignado, ainda, que a inércia do devedor pelo prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado e a respectiva intimação para cumprimento, fará incidir multa de 10% (dez por cento) e novos honorários de advogado.

Os recorrentes Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, em suas razões (f. 827-853), requerem: I) que o médico Odilei Antonio Cavalcante Braga também seja incluído na condenação; II) a majoração dos danos morais para o valor equivalente a 200 salários mínimos para cada um dos apelantes; III) a incidência de juros moratórios, a partir da data da citação, de 1% ao mês (artigo 406 do Código Civil c/c artigo 161 do Código Tributário Nacional) para o recorrido Luis Abraham Taleno Orozco e, para a recorrida FUNSAU, de 1% ao mês até a data da vigência da Lei nº 11.960/2009, incidindo, a partir daí, uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, e de correção monetária, a partir do arbitramento (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça); e IV) a fixação da periodicidade mensal ao pagamento do salário-mínimo ao primeiro recorrente, bem como que o termo a quo corresponda à data do evento danoso.

O recorrente Luis Abraham Taleno Orozco, por seu turno, sustenta (f. 855-863), que a culpa pelo ocorrido não pode ser atribuída a ele; que não constou na guia de encaminhamento vinda de Rio Verde a recomendação de que era necessário submeter a paciente à cesárea, e que o encaminhamento só se deu por falta de anestesista e pediatra naquela localidade; que as complicações apresentadas estão descritas

pela literatura médica como possíveis de ocorrer em parto normal, não podendo ser atribuídas ao médico; que não houve erro em qualquer decisão tomada, pois a paciente apresentava totais condições para o parto normal e a utilização de fórceps é natural nessas ocasiões, inexistindo nexo causal entre o atendimento e os resultados danosos.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU também recorre da sentença (f. 872-897), sustentando, em suma, que o procedimento realizado ocorreu de acordo com os manuais médicos, não havendo negligência, o que impõe a reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos iniciais; que os médicos agiram com acerto ao adotar o parto normal em vez de realizar cirurgia cesariana para a extração do feto, até mesmo porque aquele procedimento é muito mais benéfico tanto para a mãe como para a criança; que o fato de a criança ter nascido com paralisia cerebral não indica, necessariamente, que foi decorrente da demora do parto, porquanto, apesar das precauções, algumas crianças deixam de respirar espontaneamente ao nascer, levando a lesões no sistema nervoso central, o que ocorre mesmo em partos cesarianos; que a tese trazida na sentença, no sentido de imputar à apelante responsabilidade objetiva por ato omissivo, contraria diretamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e que ainda que se admita a responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, §6º, da Constituição Federal), a inexistência de erro médico, no caso concreto, por parte do corpo profissional do Hospital Regional, rompe o nexo causal, não havendo responsabilidade do Estado quanto ao ocorrido; que os danos morais foram fixados em valor desproporcional à condição econômica do apelado e às possibilidades do apelante, merecendo redução; no tocante aos danos materiais, alega que o apelado já vem recebendo atendimento especializado fornecido pelo Poder Público e que o mesmo recebe o benefício social previsto na LOAS, não fazendo jus à pensão vitalícia; que inexiste provas nos autos acerca dos gastos com o tratamento do apelado. Requer, ainda, a redução dos honorários advocatícios, bem como a fixação de juros e correção monetária sobre os valores indenizatórios, aplicando-se os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (artigo 1º-F Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009). Questiona as cominações relativas ao cumprimento de sentença. Afirma que é pessoa jurídica de direito público, de modo que o aludido procedimento deveria seguir as regras delineadas no artigo 730 do Código de Processo Civil.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU apresentou contrarrazões às fls. 900-914, Odilei Antonio Cavalcante Braga às fls. 917-939 e os recorridos Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima às fls. 941-952 e 954-965, cada qual pugnando pelo não provimento do recurso interposto pela parte adversa.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto por Luis Abraham Taleno Orozco; pelo parcial provimento ao recurso interposto por Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira Lima e pelo parcial provimento ao recurso interposto pela FUNSAU (f. 983-1003).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de recursos interpostos por Gustavo de Lima Soares, menor representado por sua mãe, Marcia Pereira de Lima, Luis Abraham Taleno Orozco e Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU em face da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pelos primeiros recorrentes em face dos últimos, condenando os réus Fundação Serviços de Mato Grosso do Sul FUNSAU e Luis Abraham Taleno Orozco ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada um dos autores, de forma solidária, e ao

pagamento de indenização por danos materiais, consistente no valor do exame de ressonância magnética, ressarcimento das despesas comprovadas no processo e demais gastos com o tratamento do primeiro autor até o momento, além do pagamento de um salário-mínimo ao primeiro autor enquanto perdurar sua enfermidade, com constituição de capital, cuja renda assegure a adimplência destes pagamentos.

Os vencidos foram condenados, ainda, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 13% (treze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Restou consignado, ainda, que a inércia do devedor pelo prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado e a respectiva intimação para cumprimento, fará incidir multa de 10% (dez por cento) e novos honorários de advogado.

Os recorrentes Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, em suas razões (f. 827-853), requerem: I) que o médico Odilei Antonio Cavalcante Braga também seja incluído na condenação; II) a majoração dos danos morais para o valor equivalente a 200 salários mínimos para cada um dos apelantes; III) a incidência de juros moratórios, a partir da data da citação, de 1% ao mês (artigo 406 do Código Civil c/c artigo 161 do Código Tributário Nacional) para o recorrido Luis Abraham Taleno Orozco e, para a recorrida FUNSAU, de 1% ao mês até a data da vigência da Lei nº 11.960/2009, incidindo, a partir daí, uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, e de correção monetária, a partir do arbitramento (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça); e IV) a fixação da periodicidade mensal ao pagamento do salário-mínimo ao primeiro recorrente, bem como que o termo a quo corresponda à data do evento danoso.

O recorrente Luis Abraham Taleno Orozco, por seu turno, sustenta (f. 855-863), que a culpa pelo ocorrido não pode ser atribuída a ele; que não constou na guia de encaminhamento vinda de Rio Verde a recomendação de que era necessário submeter a paciente à cesárea, e que o encaminhamento só se deu por falta de anestesista e pediatra naquela localidade; que as complicações apresentadas estão descritas pela literatura médica como possíveis de ocorrer em parto normal, não podendo ser atribuídas ao médico; que não houve erro em qualquer decisão tomada, pois a paciente apresentava totais condições para o parto normal e a utilização de fórceps é natural nessas ocasiões, inexistindo nexo causal entre o atendimento e os resultados danosos.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU também recorre da sentença (f. 872-897), sustentando, em suma, que o procedimento realizado ocorreu de acordo com os manuais médicos, não havendo negligência, o que impõe a reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos iniciais; que os médicos agiram com acerto ao adotar o parto normal em vez de realizar cirurgia cesariana para a extração do feto, até mesmo porque aquele procedimento é muito mais benéfico tanto para a mãe como para a criança; que o fato de a criança ter nascido com paralisia cerebral não indica, necessariamente, que foi decorrente da demora do parto, porquanto, apesar das precauções, algumas crianças deixam de respirar espontaneamente ao nascer, levando a lesões no sistema nervoso central, o que ocorre mesmo em partos cesarianos; que a tese trazida na sentença, no sentido de imputar à apelante responsabilidade objetiva por ato omissivo, contraria diretamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e que ainda que se admita a responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, §6º, da Constituição Federal), a inexistência de erro médico, no caso concreto, por parte do corpo profissional do Hospital Regional, rompe o nexo causal, não havendo responsabilidade do Estado quanto ao ocorrido; que os danos morais foram fixados em valor desproporcional à condição econômica do apelado e às possibilidades do apelante, merecendo redução; no tocante aos danos materiais, alega que o apelado já vem recebendo atendimento especializado fornecido pelo Poder Público e que o mesmo recebe o benefício social previsto na LOAS, não fazendo jus à pensão vitalícia; que inexiste provas nos autos acerca dos gastos com o tratamento do apelado. Requer, ainda, a redução dos honorários advocatícios, bem como a fixação de juros e correção monetária

sobre os valores indenizatórios, aplicando-se os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (artigo 1º-F Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009). Questiona as cominações relativas ao cumprimento de sentença. Afirma que é pessoa jurídica de direito público, de modo que o aludido procedimento deveria seguir as regras delineadas no artigo 730 do Código de Processo Civil.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU apresentou contrarrazões às fls. 900-914, Odilei Antonio Cavalcante Braga às fls. 917-939 e os recorridos Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima às fls. 941-952 e 954-965, cada qual pugnando pelo não provimento do recurso interposto pela parte adversa.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto por Luis Abraham Taleno Orozco; pelo parcial provimento ao recurso interposto por Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira Lima e pelo parcial provimento ao recurso interposto pela FUNSAU (f. 983-1003).

Pois bem. Trata-se, ainda, de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante bem pontuou o parecer ministerial.

Em suma, Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira da Lima apelam para que o médico Odilei Antônio Cavalcante Braga também seja responsabilizado pelos danos que lhes foram causados, ao passo que o médico Luis Abraham Taleno Orozco e a Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul FUNSAU, defendem que não tiveram qualquer responsabilidade no evento danoso, pugnando, assim, pela total improcedência da ação indenizatória.

Dada a amplitude da matéria devolvida, inclusive com o reexame necessário, faz-se mesmo necessário examinar a responsabilidade de cada um dos integrantes do polo passivo da ação.

Recurso de Luis Abraham Taleno Orozco

Por pertinente, reproduzo o relato feito pelo Procurador de Justiça, verbis:

> *"Fazendo-se um retrospecto, restou demonstrado nos autos que a apelante Márcia Pereira de Lima entrou em trabalho de parto na cidade de Rio Verde de Mato Grosso no dia 07 de setembro de 2006. Após cerca de 8 horas de monitoramento sem apresentar evolução satisfatória, e considerando que naquela localidade não havia anestesista e pediatra, o médico que a acompanhava entendeu por bem encaminhá-la ao Hospital Regional, em Campo Grande (fl. 46), o que ocorreu às 04h40min do dia 08 de setembro.*
>
> *Ao que consta, a apelante Márcia chegou a Campo Grande, no Hospital Regional, por volta das 8h, onde foi internada e assistida pelo médico Luis Abraham Taleno Orozco que, decidindo pelo parto normal, passou a acompanhar a evolução da paciente.*
>
> *Às 13h do dia 08 de setembro, encerrado o plantão do médico Luis Abraham Taleno Orozco, este passou a paciente aos cuidados do então plantonista Dr. Odilei Antônio Cavalcante Braga. Após longo e penoso processo de evolução do parto, às 14h30min iniciou-se o período expulsivo, que perdurou até às 15h15min, com o nascimento da criança.*
>
> *Ocorre que, em virtude de complicações no parto - parto prolongado, cordão curto, circular de cordão no pescoço e parada cardiorrespiratória (fl. 56) -, o feto apresentou anoxia perinatal grave, fazendo com que a criança nascesse com graves problemas de saúde (paralisia cerebral), o que se denota do documento de fl. 84."*

Este o quadro fático a ser examinado.

Complementando tal quadro, temos que a apelante Márcia Pereira de Lima, às 04h40min do dia 08 de setembro de 2006, quando foi encaminhada da cidade de Rio Verde de Mato Grosso para Campo Grande, já estava em trabalho de parto há cerca de 8 horas (guia de encaminhamento de fl. 46). O médico Luis Abraham Taleno Orozco passou o plantão para o médico Odilei Antonio Cavalcante Braga às 13h do dia 08 de setembro, ou seja, quando aquele médico deixou o plantão a paciente já estava há mais de 16 horas em trabalho de parto, tempo muito superior ao que normalmente se aguarda para a dilatação do colo uterino.

Colhe-se, do depoimento pessoal do médico/apelante/apelado Luiz Abraham Taleno Orozco, *verbis*:

> *"[...] O parto normal depende de 10cm de dilatação, até 12 horas aguarda-se a evolução, por isso o partograma é importante. O tempo que ela ficou aguardando em Rio Verde não foi levado em consideração porque a dilatação foi só de 1cm [...]"* (f. 716-718).

Extrai-se do depoimento que o depoente, consoante bem pontuou o parecer ministerial, desprezou a informação vinda na guia de encaminhamento de f. 46, visto que o tempo máximo de aguardo do período de dilatação do colo uterino já havia exaurido.

Daí pode-se afirmar que agiu com culpa o referido médico.

Agir com culpa, conforme a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, *"significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo (...) o critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do homo medius, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo."* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 490).

Comungo, aqui, do entendimento do parecer, ao expor, verbis:

> *"Ademais, o simples fato de a apelante Márcia Pereira de Lima ter sido encaminhada de outra localidade, em razão da 'falta de anestesista e pediatra na cidade', com trabalho de parto que já durava cerca de 8 horas sem evolução satisfatória (fl. 46), já indicava que a situação não transcorria normalmente, exigindo do médico que a recebeu no Hospital Regional de Campo Grande uma atenção redobrada, o que não ocorreu na espécie."* (f. 991).

Responsabilidade do médico Odilei Antônio Cavalcante Braga

O recurso de Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, em suas razões (f. 827-853), requerem que o médico Odilei Antonio Cavalcante Braga também seja incluído na condenação.

Contudo, tenho que não restou demonstrado que ele tenha incorrido em culpa, no caso.

Pelo que se extrai dos autos o apelado Odilei iniciou o seu plantão às 13h00min do dia 08 de setembro de 2006, quando recebeu do médico Luis Abraham as informações do estado de saúde de Márcia, dispondo de pouco tempo para tomar qualquer medida ou mudar o curso da situação dela, mesmo porque a paciente estava prestes a entrar no período de expulsão.

O apelado apenas deu continuidade ao atendimento que já havia sido feito e, ao que consta, fez o que era possível, diante do quadro que se apresentava.

Por esse motivo, tenho que não se mostra possível a responsabilização de Odilei Antônio Cavalcante Braga.

Responsabilidade da FUNSAU – Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU, segundo consta, foi instituída pelo Decreto n. 10.204/2001, com fulcro na Lei n. 2.153/2000. Trata-se de uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito público, integrante da administração indireta do Poder Executivo, sem fins lucrativos, com patrimônio próprio, com a finalidade de promover e executar as atividades de prevenção, proteção e recuperação da saúde no território do Estado e a administração do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul e outras unidades de saúde do Estado.

Consoante bem pontuou o parecer, *"a teor do disposto no artigo 37, §6º, 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 nos casos de dolo ou culpa"*.

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, *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.*
>
> *Por seu turno, o art. 14, caput, também do CDC dispõe, verbis:*
>
> *"[...]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."*

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 3º, vejamos:

> *"§ 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 fáticoprobatório 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."

Outrossim, a responsabilidade da FUNSAU ressai do defeito na prestação do serviço, na medida em que, não obstante a gravidade do quadro clínico apresentado pelo recém-nascido, não disponibilizou, de imediato, vaga na UTI, o que também concorreu para as seqüelas causadas ao infante.

Como bem detectou o parecer ministerial, no documento de fl. 55 (relatório de enfermagem), concernente ao dia do parto, consta a anotação de que "não tem vagas na UTI neo e CTI pediatra".

O depoimento pessoal do médico Odilei Antônio Cavalcante Braga foi esclarecedor nesse sentido, senão vejamos:

> *"[...] O recém nascido ficou com ventilação mecânica, ele esperou um dia para ir para a UTI porque não havia vaga [...] A anoxia pode ser a causa da paralisia cerebral, ou pode ser o um dia que a criança aguardou a vaga para ir ao UTI [...]"* (f. 719-721).

Outro defeito relativo à prestação do serviço do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul consiste no fato de que não foi informado à genitora o estado de saúde em que o menor se encontrava. Tal omissão foi mencionada pelo médico Odilei Antônio Cavalcante Braga em seu depoimento pessoal (f. 719-721):

> *"[...] No prontuário eu não vi sobre problemas com paralisia cerebral, porque isso constaria do relatório na alta hospitalar da UTI e pelo que vi lá não constava qualquer indicação sobre paralisia cerebral, eu fui ver esses documentos depois por causa desse processo [...]".*

Por conta dessa omissão do corpo clínico do Hospital Regional, a paralisia cerebral somente foi diagnosticada quando o infante já contava com seis meses de vida, o que, obviamente, contribuiu para o agravamento de seu estado de saúde.

Pelo exposto até aqui, de antemão já se nega provimento ao recurso de Luis Abraham Taleno Orozco e, ainda, não se reconhece a responsabilidade de Odilei Antonio Cavalcante Braga e, ainda, é afastada a alegação de ausência de responsabilidade da FUNSAU.

Danos morais.

Em relação aos danos morais, os apelantes Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima alegam que foram fixados em valor muito baixo, requerendo a majoração, ao passo que a Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul FUNSAU pugna pela redução do *quantum*, ao argumento de que foi arbitrado de forma desproporcional à condição econômica dos primeiros apelante e às possibilidades da fundação.

No que tange ao *quantum* indenizatório, é notório que o magistrado, ao fixar o valor devido a título de indenização por danos morais, deve agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso, de tal sorte que, o valor não seja baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado, nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

Ademais, deve o julgador levar em conta que a obrigação de reparar dano moral causado a terceiro possibilita a desestimulação de ações lesivas da mesma espécie, até porque não só reparatória é a indenização por danos morais, como também, preventiva, visando a evitar que o agressor pratique futuramente novos atos ilícitos.

Desse modo, ao fixar o valor da indenização considera-se não só o fato em si, mas, também, caracteres objetivos e subjetivos de ambas as partes, tais como a extensão do dano, a posição social, a gravidade da culpa, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade etc.

A jurisprudência já pacificou:

> *"A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do quantum e a capacidade econômica do sucumbente."* (STJ - REsp n. 434.970-0 – MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26/11/2002).

Além disso, não se pode olvidar que o caráter punitivo da indenização por dano moral tem a função de desestimular o ofensor no sentido de demonstrar a este que sua conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de forma que não volte a reincidir no ato ilícito. Assim estar-se-á dando aplicação máxima à teoria do valor do desestímulo.

Considerando tais parâmetros, inclusive no tocante à função de desestímulo, os fatos ocorridos, entendo que a indenização no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais) apresenta-se razoável e proporcional para reparar o dano propalado na exordial.

Logo, a sentença não merece reforma no tocante à verba indenizatória.

Danos materiais.

Quanto aos danos materiais, os apelantes Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima requerem a fixação da periodicidade mensal ao pagamento do salário mínimo, bem como que o termo *a quo* corresponda à data do evento danoso.

No que tange ao termo *a quo* da pensão vitalícia fixada em favor do menor, consoante bem detectou o parecer ministerial, a sentença foi omissa, nada dizendo a respeito. Entretanto, por questão de economia e celebridade processual, estando a causa madura, impõe-se o exame da questão desde já.

O salário-mínimo fixado em favor do menor deve ser pago a partir do evento danoso, e não a partir do momento em que o mesmo completar 14 anos de idade (quando estaria legalmente autorizado a trabalhar, ainda que na condição de aprendiz), como sustentou a recorrida FUNSAU em suas contrarrazões.

O grave problema de saúde que acomete o menor (paralisia cerebral), além de impedir que ele exerça qualquer atividade laborativa, tornou-o totalmente dependente de terceiros para as atividades cotidianas. Logo, a genitora, sua responsável legal, terá que dedicar integralmente seu tempo aos cuidados do menor, impedindo-a, assim, de exercer uma atividade que possa garantir o sustento do infante.

Nesse passo, tanto o menor como sua genitora estão impossibilitados de exercer atividade laborativa, impondo-se o pagamento da pensão no valor de um salário mínimo já a partir do evento danoso.

Em relação à periodicidade da pensão, apesar de não constar expressamente na sentença, é evidente que o pagamento deve se dar mensalmente.

Desse modo, o recurso merece provimento para que seja determinado o pagamento mensal da pensão fixada em favor do menor Gustavo de Lima Soares.

Por outro lado, a FUNSAU pugna pela reforma da sentença para que seja afastada a condenação ao pagamento de pensão vitalícia, haja vista que o primeiro apelante já recebe o benefício previsto na LOAS.

Todavia, o fato de o apelante Gustavo de Lima Soares ser beneficiário do LOAS (conforme depoimento de fls. 712-715) não impede, de forma alguma, o recebimento cumulativo da pensão fixada nos presentes autos.

Trata-se de benefícios com fatos geradores distintos e, por isso, não se confundem. O primeiro, no valor de um salário-mínimo mensal, é pago à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (artigo 20 da Lei n. 8.742/93), ao passo que o segundo decorre da responsabilidade civil do médico e do hospital pelos danos causados ao menor.

Desse modo, considerando que os benefícios não decorrem do mesmo fato gerador, não há impedimento legal para que sejam recebimentos cumulativamente.

Dos juros e correção monetária.

O juízo origem também foi omisso em relação aos juros moratórios e ao índice de correção monetária incidentes sobre o valor da condenação. Com efeito, o recurso de apelação interposto pelos apelantes Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima merece provimento, nesse ponto, a fim de integrar o julgado.

Considerando que o caso em epígrafe a condenação se estendeu à Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul FUNSAU, fundação de direito público, aplica-se o regramento previsto no artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.

A respeito da correção monetária, tem-se que a Lei n.º 11.960/09, nos exatos termos da redação que alterou o artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97, estabeleceu que "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".

Portanto, nos termos do disposto no artigo 1º - F da Lei n.º 9.494/97, após a data de 29/06/09 – quando da entrada em vigor da supracitada Lei n.º 11.960/09 - (princípio *tempus regit actum*), deverá ser

aplicado o novo regramento, independentemente da natureza da demanda, ou seja, não incide mais apenas nas hipóteses de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas aos servidores e empregados públicos.

Sendo assim, transportando tais conceitos para o caso em epígrafe, tem-se que, a partir da entrada em vigor da Lei n.° 9.494/97, a quantia devida, para fins de atualização monetária sofrerá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Neste sentido, colhem-se julgados:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA, SEM EFEITO RETROATIVO. MATÉRIA DECIDIDA PELA CORTE ESPECIAL, NO RESP 1.205.946/SP, MIN. BENEDITO GONÇALVES, JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO.*
>
> *1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.205.946/SP, Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20/10/2011, sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento segundo o qual as disposições do art. 5º da Lei 11.960/09, sobre juros e correção monetária, têm sua aplicação sujeita ao princípio tempus regit actum, a significar que: (a) são aplicáveis para cálculo de juros e correção monetária incidentes em relação ao período de tempo a partir de sua vigência, inclusive aos processos em curso; e (b) relativamente ao período anterior, tais acessórios devem ser apurados segundo as normas então vigentes.*
>
> *2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes".* (STJ; EDcl no AgRg no REsp 831.044/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 23/02/2012).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. DIFERENÇAS RELATIVAS AO REAJUSTE DE 3,17%. INCIDÊNCIA DO ÍNDICE. REMUNERAÇÃO COMO BASE DE CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/2009, QUE ALTEROU O ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.205.946/SP, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.*
>
> *1. Esta Corte tem entendimento pacífico de que, quanto à base de cálculo do percentual de 3,17%, tal índice deve incidir sobre o total da remuneração, e não apenas sobre o vencimento básico.*
>
> *Precedentes: AgRg no REsp 1.262.847/CE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 25/10/11; AgRg no Ag 1.357.725/RS, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 16/9/2011; AgRg no REsp 1.218.416/RS, Ministro Humberto Martins, DJe de 4/3/11; AgRg no REsp 972.571/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 09/08/2010.*
>
> *2. A Corte Especial, quando do julgamento do REsp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, de minha relatoria, na assentada de 19/10/2011, firmou entendimento segundo o qual "a Lei 11.960/09 é norma de natureza eminentemente processual, que deve*

ser aplicada de imediato aos processos pendentes", e que "é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública".

3. Agravo regimental parcialmente provido, somente para determinar a incidência dos juros moratórios nos termos acima expostos" (STJ; AgRg no Ag 1394398/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 23/02/2012).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – AUXÍLIO ACIDENTE - TERMO INICIAL - CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA - INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A CONDENAÇÃO – LEI N. 9.494/97 ALTERADA PELA LEI N. 11.960/09 – APLICABILIDADE A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA – JUROS APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DE ACORDO COM O PARECER ORAL.

O termo inicial do benefício auxílio-acidente, se o segurado estava em gozo de auxílio-doença, é o dia imediato à cessação deste benefício, nos termos do artigo 86, § 2º, da Lei n. 8.213/1991.

Sobre o valor da condenação contra a fazenda pública, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.960/2009, aplicar-se-á o índice da correção da poupança a título de correção monetária e juros de mora.

Recurso parcialmente provido. De acordo com o parecer oral" (TJMS; Apelação Cível n.º 2010.019786-1; Órgão Julgador: Terceira Turma Cível; Relator: Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho; julgado em 17.08.2010).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO EM RELAÇÃO AO TERMO INICIAL DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO RELACIONADA À MANUTENÇÃO DO IGPM/FGV COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – SENTENÇA PUBLICADA QUANDO JÁ EM VIGOR A LEI 11.960/09 – VÍCIO SANADO – RECURSO PROVIDO PARA O FIM DE ESCLARECER QUE SOBRE OS VALORES DEVIDOS, PARA FIM DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, REMUNERAÇÃO DE CAPITAL E COMPENSAÇÃO DE MORA (JUROS), HAVERÁ A INCIDÊNCIA UMA ÚNICA VEZ, ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO, DOS ÍNDICES OFICIAIS DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E JUROS APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA. RECURSO PROVIDO. Demonstrado que o embargante não interpôs recurso de apelação contra a parte do decisum que estipulou a data da publicação da sentença como sendo o termo inicial dos juros e da correção monetária do valor da condenação, não se há falar em omissão do acórdão que apenas reduziu o valor dos danos morais e honorários advocatícios.

Tendo a sentença sido publicada em data em que já estava em vigor a Lei 11.960/09, não se há falar em aplicação do IGPM/FGV como índice de correção monetária, motivo pelo qual dá-se provimento ao recurso de embargos de declaração para esclarecer que sobre os valores devidos, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora (juros), haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança" (TJMS; Embargos de declaração em apelação cível - Ordinário - N. 2009.033206-9; Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Quinta Turma Cível; julgado em 27.5.2010).

Sendo assim, assiste razão ao agravante, devendo-se aplicar, com relação à correção monetária, a regra do artigo 1°-F, da Lei n.º 11.960/97. Porém, tal dispositivo somente incidirá a partir da data da vigência desta lei, sem, contudo, retroagir ao período anterior à sua vigência.

Oportuno, ainda, destacar que apesar de ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do supracitado dispositivo legal, no julgamento das ADIn's 4357/DF e 4425/DF, não houve o pronunciamento da Suprema Corte acerca dos efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade.

Por tal motivo, nos autos da ADIn 4425/DF, o Relator, Ministro Luiz Fux, em despacho datado de 11.04.2013, determinou *"ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro. Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País"*.

Portanto, deve continuar sendo aplicada a regra do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/1997 até ulterior determinação do STF.

Do cumprimento de sentença.

A Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU insurge-se, ainda, contra a parte da sentença em que constou, *verbis*:

> *"A inércia do devedor pelo prazo de 15 dias, observada a personalidade jurídica de cada réu e suas limitações, após o trânsito em julgado e respectiva intimação para cumprimento, fará incidir multa de 10% e novos honorários de advogado conforme Art. 20, §4º, do CPC"*.

O recurso, nesse ponto, deve ser provido.

Isto porque, em se tratando a FUNSAU de uma fundação pública, aplica-se a ela, no tocante ao cumprimento da sentença, o regramento previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil (execução contra a Fazenda Pública), não havendo que se falar, assim, em incidência da multa prevista no artigo 475-J do mesmo *codex*.

Desse modo, em relação à FUNSAU, a execução de sentença deverá observar o procedimento previsto no artigo 730 do Código de Processo.

Dos honorários advocatícios.

No que tange aos honorários advocatícios, a sentença fixou da seguinte forma, *verbis*:

> *"Pelo princípio da causalidade, condenam-se os vencidos ao pagamento das custas processuais e de honorários de advogado, estes, arbitrados em R$ 13% dobre o valor da condenação, nos termos do Código de Processo Civil, Art. 20, § 3º, atendidos o grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."* (F. 821-822).

Diante disso, a FUNSAU recorre pretendendo a redução dos honorários fixados, argumentando que *"a presente demanda não apresentou grande complexidade, ao ponto de fixar honorários tão elevado."* (F. 892).

Tenho, contudo, que o *quantum* de 13% (treze por cento) do valor da condenação bem atende aos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC, já que está mais próximo do mínimo e, ainda, tendo em vista o grau de complexidade e o tempo da ação, que foi ajuizada em 2007, ou seja, há 07 (sete) anos já.

Mantenho, pois, os honorários advocatícios tal como fixados.

Conclusão.

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos recursos e nego provimento ao recurso interposto por Luis Abraham Taleno Orozco; dou parcial provimento ao recurso interposto por Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, apenas para o fim de determinar que a pensão de 01 salário-mínimo seja paga mensalmente, desde o evento danoso, e para fins de atualização monetária sofrerá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97; e dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pela FUNSAU, para o fim de determinar que o cumprimento de sentença, em relação à referida fundação, observe o disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Gustavo de Lima Soares, Luis Abraham Taleno Orozco e Marcia Pereira de Lima contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizadas em face da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU.

Acompanho o relator, para conhecer dos recursos e negar provimento ao apelo interposto por Luis Abraham Taleno Orozco. E dar parcial provimento ao aviado por Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, apenas para o fim de determinar que a pensão de 01 salário-mínimo seja paga mensalmente, desde o evento danoso e para fins de atualização monetária sofrerá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Por fim dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pela FUNSAU, para o fim de determinar que o cumprimento de sentença, em relação à referida fundação, observe o disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

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.

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.

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.

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.

O cumprimento de sentença, em relação à FUNSAU, deve observar o disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

Mantém-se os honorários advocatícios fixados na sentença se a fixação bem atendeu ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Posto isso, acompanho o relator, para conhecer dos recursos e negar provimento ao recurso interposto por Luis Abraham Taleno Orozco. Dar parcial provimento ao recurso interposto por Gustavo de Lima Soares e Márcia Pereira de Lima, apenas para o fim de determinar que a pensão de 01 salário-mínimo seja paga mensalmente, desde o evento danoso e para fins de atualização monetária sofrerá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97. E por fim dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pela FUNSAU, para o fim de determinar que o cumprimento de sentença, em relação à referida fundação, observe o disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso de Luis Abraham Taleno Orozco e deram parcial provimento ao recurso de Gustavo de Lima Soares e outra, ao recurso da FUNSAU e ao Reexame Necessário , nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0844735-24.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

DO RECURSO MANEJADO PELOS REQUERIDOS

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL VERIFICADA – DANO MORAL PURO – REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Em se tratando de pretensão de reparação dos danos morais, o surgimento do dever de indenizar depende do preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 186, do Código Civil.

É cediço que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência.

O dano indenizável aqui exposto é daqueles denominados "dano moral puro", ou seja, a ofensa decorre dos transtornos suportados pela vítima, que teve sua moral, honra e dignidade injustamente agredidas, por conta negligência do vendedor que não se limitou em não transferir o bem imóvel, mas, pior, colocou o consumidor nesta condição de buscar, incansavelmente, ter acesso a um direito que se mostra tão claro.

No que tange ao *quantum* indenizatório, é notório que o magistrado, ao fixar o valor devido a título de indenização por danos morais, deve agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso, de tal sorte que, o valor não seja baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado, nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

Recurso conhecido e não provido.

DO RECURSO MANEJADO PELO REQUERENTE

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL – MULTA COMINATÓRIA – *QUANTUM* E TEMPO – VALOR DOS DANOS MORAIS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A multa cominatória a ser fixada para coibir que o devedor se abstenha de cumprir a determinação ou para que este pratique determinada ação estabelecida na decisão, não pode ser arbitrada em valor ínfimo ou limitada a curto período, sob pena de não cumprir a finalidade pela qual a mesma foi instituída.

Não existem critérios uniformes para a quantificação do dano moral. Por isso, tal montante deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, grau de culpa e ao porte econômico das partes.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rossi Residencial S/A, Santo Estanislau Empreendimentos Imobiliários Ltda, Aglaonema Empreendimento S/A contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral ajuizada por Thomaz de Souza Delvizio.

Os requeridos aduzem que já tomaram todas as providências necessárias para promoção da baixa da hipoteca e a outorga da escritura, porém, a efetivação de tais procedimentos não depende apenas das requeridas, mas também do Cartório de Registro de Imóveis, razão pela qual não podem fixar uma data exata para o cumprimento do que foi solicitado pelo requerente.

Afirmam que a hipoteca gravada é da empreendedora, razão pela qual, no ato da escritura, ocorrerá, automaticamente, a baixa do gravame. Destacam que o requerente não procedeu aos trâmites necessários para promoção da escrituração do contrato de compra e venda firmado entre as partes, sendo que a escritura depende da entrega de toda documentação do autor no tabelionato responsável pela escrituração.

Dizem que o autor da ação não demonstrou a ocorrência de dano, que é condição básica para o surgimento da possibilidade de ressarcimento, sendo certo que o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano do homem médio e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana, não conduzindo à responsabilização por danos morais.

Insurgem-se contra o valor da indenização, dizendo que a verba foi fixada em quantia exorbitante, já que "*e o apelado não enfrentou um transtorno capaz de ensejar o recebimento do valor arbitrado, principalmente porque, se houve atraso na entrega da obra, este foi plenamente justificado e contratualmente previsto*" (f. 143).

Pedem, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença vergastada, declarando indevida a condenação para indenizar o requerente.

Intimado, o requerente apresentou contrarrazões (f. 164-177), pedindo o não provimento do recurso dos réus.

O requerente, Thomaz de Souza Delvizio, também recorre (f. 149-160), pedindo a majoração do valor da multa diária para a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) ou para R$ 500,00 (quinhentos reais), para fazer os requeridos cumprirem com sua obrigação de transferência do imóvel.

Reclama da limitação do valor da multa diária em 90 (noventa) dias, porque "*está-se incutindo no devedor a expectativa de que sua renitência será agravada por determinada demora, e não mais será*

levada em conta no período posterior a isso, pois é bem possível que o magistrado, se solicitado pelo autor a impor dias de multa a mais (escoados os 90 dias-multa iniciais), entenda que o valor da multa diária acumulado nos 90 dias não mereça ser aumentado. Nessa hipótese, a estagnação do valor da multa diária será extremamente perniciosa à efetividade do processo, valor este que vem diuturnamente, e com intensidade crescente, impregnando a interpretação e aplicação das normas processuais" (f. 157).

Pretende ver majorada a quantia fixada a título de danos morais, indicando o valor apontado na inicial, qual seja, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ao fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, para (a) aumentar o valor da multa diária para R$1.000,00 (mil reais) ou R$ 500,00 (quinhentos reais); (b) excluir a limitação da multa diária de 90 (noventa) dias, ampliando-se para 12 (doze) meses ou 6 (seis) meses e (c) majorar o valor dos danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ou R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Intimado, os requeridos não ofertaram contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos por Rossi Residencial S/A, Santo Estanislau Empreendimentos Imobiliários Ltda., Aglaonema Empreendimento S/A e Thomaz de Souza Delvizio contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral que o último ajuizou em face dos primeiros.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise do recurso de apelação manejado pelos requeridos Rossi Residencial S/A, Santo Estanislau Empreendimentos Imobiliários Ltda, Aglaonema Empreendimento S/A.

Do recurso manejado por Rossi Residencial S/A, Santo Estanislau Empreendimentos Imobiliários Ltda, Aglaonema Empreendimento S/A.

Em suas razões recursais (f. 131-144), os requeridos aduzem que já tomaram todas as providências necessárias para promoção da baixa da hipoteca e a outorga da escritura, porém, a efetivação de tais procedimentos não depende apenas das requeridas, mas também do Cartório de Registro de Imóveis, razão pela qual não podem fixar uma data exata para o cumprimento do que foi solicitado pelo requerente.

Afirmam que a hipoteca gravada é da empreendedora, razão pela qual, no ato da escritura, ocorrerá, automaticamente, a baixa do gravame. Destacam que o requerente não procedeu aos trâmites necessários para promoção da escrituração do contrato de compra e venda firmado entre as partes, sendo que a escritura depende da entrega de toda documentação do autor no tabelionato responsável pela escrituração.

Dizem que o autor da ação não demonstrou a ocorrência de dano, que é condição básica para o surgimento da possibilidade de ressarcimento, sendo certo que o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano do homem médio e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana, não conduzindo à responsabilização por danos morais.

Insurgem-se contra o valor da indenização, dizendo que a verba foi fixada em quantia exorbitante, já que "*e o apelado não enfrentou um transtorno capaz de ensejar o recebimento do valor arbitrado, principalmente porque, se houve atraso na entrega da obra, este foi plenamente justificado e contratualmente previsto*" (f. 143).

Pedem, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença vergastada, declarando indevida a condenação para indenizar o requerente.

Intimado, o requerente apresentou contrarrazões (f. 164-177), pedindo o não provimento do recurso dos réus.

Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessário tecer algumas considerações.

Consta dos autos que, em 05.12.2010, as partes celebraram contrato de promessa de compra e venda de uma unidade de moradia no Residencial Rossi ideal Três Barras 2. Tal contrato culminou na aquisição da casa 224 do referido condomínio. O débito foi totalmente quitado em dezembro/2011, tendo o requerente obtido o recibo de quitação em janeiro/2012. Contudo, passados dois anos, contados até a data do ajuizamento da ação, e com várias tentativas de resolução do problema, os requeridos ainda não tomaram as providências para transferência da titularidade do imóvel. Com isso, o requerente ajuizou a presente ação, objetivando sejam tomadas pelos réus todas as providências necessárias para possibilitar que o autor transfira para si a propriedade do bem em discussão, sob pena de multa diária em caso de descumprimento ou demora. Quer ainda a baixa da hipoteca constituída pelos réus sobre o imóvel. E, por derradeiro, busca ser reparado pelos danos morais sofridos, indicando a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O juiz singular prolatou sentença julgando procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> *"a) determinar aos réus que, em 30 dias, contados da intimação desta sentença, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada inicialmente a 90 dias-multa: 1) forneçam ao cartório do 1º ofício do CRI de Campo Grande-MS toda a documentação constante da relação de fls. 27/28, de sorte a possibilitar ao requerente a escrituração em seu nome do imóvel objeto da matrícula 239.557; 2) promovam, no mesmo prazo e sob a mesma pena, a baixa das restrições existentes na matrícula do imóvel. b) condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais ao requerente, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). c) condenar as requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios à parte adversa que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação" (f. 128).*

No caso posto à apreciação, resta claro que estamos diante de uma relação de consumo, e nos moldes do que preconiza o artigo 6º, VIII e o artigo 14, *caput* e § 3º, do CDC, caberia às empresa requeridas demonstrarem a presteza e eficiência na prestação de seus serviços, especialmente no tocante à sua contraprestação, de entrega do bem, devidamente regularizado no Cartório, após o pagamento integral do seu valor.

Assim, se os requeridos não cumpriram integralmente com sua parte no contrato, resolvendo os entraves para, definitivamente, transferirem o bem para o comprador que pagou a integralidade do valor do bem, resta mais do que justa a pretensão do requerente neste sentido.

Pois bem, constatado que os réus têm o dever de promover os atos necessários à transferência do imóvel, em cumprimento a sua contraprestação contratual, tem-se que a inércia é suscetível sim de gerar a reparação de eventuais danos suportados pelo consumidor.

E, em se tratando de pretensão de reparação dos danos morais, o surgimento do dever de indenizar depende do preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 186, do Código Civil. Reza o diploma civilista:

> *"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".*

E, para verificação desses requisitos, socorro-me às regras do ônus da prova. É cediço que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus 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. 5ª ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 345).

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 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 o ônus suma importância.

Compulsando os autos, restou claro que os requeridos não demonstraram a entrega da documentação necessária no Cartório para viabilização do ato de transferência do imóvel. Por outro lado, o requerente demonstrou as diversas manobras para alcançar um direito que lhe é garantido, qual seja, o de ter registrado em seu nome o imóvel por ele adquirido. Lembre-se que a compra e venda de bem imóvel somente se perfaz com a escritura pública, único documento hábil para o registro e a transferência da propriedade.

Portanto, os danos morais emergem claros dos autos, tendo em vista a negligência dos requeridos em promover, no registro do imóvel, a transferência para o requerente.

E nem se diga que os fatos experimentados pelo requerente não passaram de meros aborrecimentos normais do cotidiano.

Como bem destacou o juiz *a quo "o ato ilícito é confesso, e consiste não somente no descumprimento do contrato, mas no verdadeiro calvário pelo qual se fez passar o requerente para obter direito contratualmente reconhecido, consistente em ter o imóvel em seu nome, livre e desembaraçado"* (f. 125).

Ora, o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominados "dano moral puro", ou seja, a ofensa decorre dos transtornos suportados pela vítima, que teve sua moral, honra e dignidade injustamente

agredidas, por conta negligência dos requeridos, que não se limitou em não transferir o bem imóvel, mas, pior, em colocar o consumidor nesta condição de buscar, incansavelmente, ter acesso a um direito que se mostra tão claro. Veja que a situação não é de mero atraso na transferência. Bem verdade, o requerente enfrenta o problema há anos, sem uma solução digna.

O atraso demasiado na transferência do imóvel para o nome do comprador, além de causar indiscutíveis prejuízos de ordem financeira, tendo em vista todas as medidas que tiveram que ser adotadas pelo comprador para alcançar seu objetivo (inclusive intentando a presente ação), acarreta, de modo evidente, um dano moral que decorre da grave frustração advinda do fato de se ter quitado um imóvel, confiando na idoneidade da empresa construtora, e depois ter que passar por um verdadeiro calvário para conseguir a transferência do bem.

Não remanescem dúvidas de que tais fatos causaram vários constrangimentos ao requerente, tudo com sérios reflexos em sua honra e dignidade.

Nesse caminho, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação. Como já dito, trata-se do dano moral puro.

Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> *"O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. (...)"* (Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

> *"Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido".* (TJMS. Apelação Cível. Proc. 1000.064522-5. Rel. Des. Hamilton Carli. J. 23/06/2003).

Portanto, restou comprovada nos autos a conduta lesiva dos requeridos, o dano moral suportado pelo requerente e o nexo de causalidade entre um e outro.

Devida a indenização, passa-se à discussão sobre sua quantificação, tendo em vista que o juiz fixou a verba indenizatória em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), pretendendo os requeridos a redução da quantia.

No que tange ao *quantum* indenizatório, é notório que o magistrado, ao fixar o valor devido a título de indenização por danos morais, deve agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso, de tal sorte que, o valor não seja baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado, nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

Ademais, deve o julgador levar em conta que a obrigação de reparar o dano moral causado a terceiro possibilita a desestimulação de ações lesivas da mesma espécie, até porque, não só reparatória

é a indenização por danos morais, como também, preventiva, visando a evitar que o agressor pratique futuramente novos atos ilícitos.

Desse modo, ao fixar o valor da indenização considera-se não só o fato em si mesmo, mas, também, caracteres objetivos e subjetivos de ambas as partes, tais como a extensão do dano, a posição social, a gravidade da culpa, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade etc.

A jurisprudência já pacificou:

> *"A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do quantum e a capacidade econômica do sucumbente"* (STJ - REsp n. 434.970-0 – MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26/11/2002).

Além disso, não se pode olvidar que o caráter punitivo da indenização por dano moral tem a função de desestimular o ofensor no sentido de demonstrar a este que sua conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico, de forma que não volte a reincidir no ato ilícito. Assim estar-se-á dando aplicação máxima à teoria do valor do desestímulo.

Considerando tais parâmetros, inclusive no tocante à função de desestímulo, o demasiado tempo para a promoção do ato (transferência do imóvel), bem como o grande potencial financeiro dos requeridos, entendo não ser o caso de reduzir o *quantum* indenizatório.

Da conclusão

Ante ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

Passo, então, à análise do recurso manejado pelo requerente.

Do Recurso manejado pela parte autora Thomaz De Souza Delvizio

Em suas razões recursais (f. 149-160), o autor da ação, Thomaz de Souza Delvizio, pede a majoração do valor da multa diária para a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) ou para R$ 500,00 (quinhentos reais), para fazer os requeridos cumprirem com sua obrigação de transferência do imóvel.

Reclama da limitação do valor da multa diária em 90 (noventa) dias, porque "*está-se incutindo no devedor a expectativa de que sua renitência será agravada por determinada demora, e não mais será levada em conta no período posterior a isso, pois é bem possível que o magistrado, se solicitado pelo autor a impor dias de multa a mais (escoados os 90 dias-multa iniciais), entenda que o valor da multa diária acumulado nos 90 dias não mereça ser aumentado. Nessa hipótese, a estagnação do valor da multa diária será extremamente perniciosa à efetividade do processo, valor este que vem diuturnamente, e com intensidade crescente, impregnando a interpretação e aplicação das normas processuais*" (f. 157).

Pretende ver majorada a quantia fixada a título de danos morais, indicando o valor apontado na inicial, qual seja, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ao fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, para (a) aumentar o valor da multa diária para R$ 1.000,00 (mil reais) ou R$ 500,00 (quinhentos reais); (b) excluir a limitação da multa diária de 90 (noventa) dias, ampliando-se para 12 (doze) meses ou 6 (seis) meses e (c) majorar o valor dos danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ou R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Intimado, os requeridos não ofertaram contrarrazões.

Quanto ao pedido de majoração do valor fixado a título de multa cominatória em R$ 200,00 (duzentos reais), faz-se mister observar que esta tem caráter sancionatório-coercitivo, ou seja, intimidar ou constranger o devedor a cumprir a obrigação constante na decisão pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.

Conforme destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o ato valor da multa fixada pelo juiz"* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 858).

Por essa razão, a multa cominatória a ser fixada para coibir que o devedor se abstenha de cumprir a determinação ou para que este pratique determinada ação estabelecida na decisão, não pode ser arbitrada em valor ínfimo, sob pena de não cumprir a finalidade pela qual a mesma foi instituída.

Discorrendo sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara leciona:

> *"Discute-se a possibilidade de imposição das astreintes quando o devedor da obrigação é a Fazenda Pública. Parece-nos perfeitamente possível a incidência, in casu, do meio de coerção, sob pena de se inviabilizar a tutela jurisdicional específica do credor, pelo fato de ser devedor o Estado. Distinção odiável, não poder admitida, sob pena de violação do princípio da isonomia"* (Lições de Direito Processual Civil. 8 ed. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, P. 263).

Cabe mencionar que a multa tem incidência desde o momento de sua imposição ou da data fixada pelo juiz, adquirindo, desde logo, aptidão para coagir o réu a se comportar da maneira que exige a lei ou o contrato, satisfazendo o direito pleiteado, prescindindo-se da formação de relação jurídica processual distinta.

Assim, entendo que o *quantum* fixado pelo juiz *a quo* - R$ 200,00 (duzentos reais) - atende a finalidade precípua de coagir os requeridos a cumprirem com a ordem judicial. Lembrando que tal quantia foi limitada, inicialmente, para 90 (noventa) dias, período que aparentemente é suficiente para os fins a que se presta e que poderá ser alterado, caso os réus insistam em não cumprirem com a ordem determinada. Neste sentido, colhe-se julgado:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ASTREINTES. REVISÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Constata-se que a Corte Federal analisou detidamente as teses postas para exame, fundamentando satisfatoriamente seu entendimento, inexistindo obrigação do acórdão recorrido em refutar todos os argumentos suscitados pelas partes.*
>
> *2. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que as astreintes podem ser modificadas a qualquer tempo no processo, inclusive na fase de execução, por não fazerem coisa julgada material. Precedentes.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento". (STJ; AgRg no REsp 1164156/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014).

Por fim, no tocante ao valor da indenização, em que o requerente pretende a majoração da quantia fixada em 20.000,00 (vinte mil reais), como já dito alhures, não existem critérios uniformes para a quantificação do dano moral. Por isso, tal montante deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, grau de culpa e ao porte econômico das partes.

E, ainda, não se pode perder de vista o caráter punitivo que deve ter tal indenização, sem implicar, todavia, o enriquecimento sem causa da parte a ser reparada.

Neste contexto, entendo que a indenização, no caso dos autos, deve ser mantida em 20.000,00 (vinte mil reais), nos exatos termos da decisão vergastada, importância que não se apresenta excessiva ou desproporcional para reparar o dano propalado na exordial.

Por essa razão, a sentença combatida deve ser mantida.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e, nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

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

Acompanho o preclaro relator para negar provimento ao apelo interposto por Aglaonema Empreendimentos S/A, Rossi Residencial S/A, Santo Estanislau Empreendimentos Imobiliários Ltda, bem como ao recurso manejado pelo autor, Thomaz de Souza Delvizio, uma vez que o valor fixado a título de indenização por danos morais mostra-se compatível com o abalo sofrido.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal):

De acordo com o voto do Relator.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 16 de dezembro de 2014.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0010066-83.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – IMPOSTO *CAUSA MORTIS* (ITCMD) – BASE DE CÁLCULO – DISPENSA DA REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO JUDICIAL DO IMÓVEL RURAL – VALOR VENAL APURADO PELO ESTADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O valor do bem, para fins de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis,* deve ser o valor de mercado ou aquele que mais dele se aproxima e não o valor declarado para fins de recolhimento do ITR.

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, 27 de janeiro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Olivia José Garcia Nogueira e outros contra a sentença que julgou improcedente a ação declaratória cumulada com cominatória promovida em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Os apelantes alegam em síntese que:

> *Utilizar base de cálculo que não o valor venal do imóvel, isto é, base de cálculo com presunções de valores, sem estudos técnicos, apenas em meras estimativas, bem como levando-se em considerações "boatos", é o mesmo que cobrar 10% de alíquota, quando a alíquota legal é 4%. Há vício do ato da mesma natureza, sendo ele nulo de pleno direito (f. 191).*
>
> *(...) o valor venal deve refletir o valor que seria vendido o imóvel em uma situação comum, ou seja, que não seja uma época de crise ou qualquer outro fator apto a gerar uma diferença substancial momentânea do preço de mercado (f. 193).*
>
> *A valoração do imóvel deve ser a mais precisa possível. Assim, no caso de duas amostragens de valor venal para o mesmo imóvel, cabe ao julgador considerar aquela que tiver a maior precisão, que certamente é o da Prefeitura de Três Lagoas (f. 193).*
>
> *(...) o valor venal que deve ser utilizado para o cálculo do ITCMD, em estrita*

> *obediência ao artigo 38 do CTN, é o que mais se aproxima da realidade do valor de mercado do bem em questão, e esse valor venal arbitrado pelo município de Três Lagoas, conclusão essa que culmina na imperiosidade do provimento integral deste recurso* (f. 198).

Requerem, por fim, o conhecimento e provimento do recurso, "*com a consequente decretação e declaração da ilegalidade na cobrança do ITCMD com base de cálculo apresentada como 'Pauta' pelo Estado, fora totalmente da realidade, além de ilegal e inconstitucional sua cobrança no patamar exigido, e, posteriormente, ratificar como devido o já recolhido ITCMD com base de cálculo sobre o valor venal do imóvel fixado pela Prefeitura de Três Lagoas - MS, invertendo-se o ônus da sucumbência*".

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões (fls. 208-217), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por José Garcia Nogueira e outros contra a sentença que julgou improcedente a ação declaratória cumulada com cominatória promovida em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes moldes:

> *(...) Em verdade, pretende o autor simplesmente que o juízo declare que a base de cálculo do ITCMD não deve ser calculada com base na pauta elaborada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mas sim a partir dos valores apurados pelo Município de Três Lagoas para cobrança do ITBI ou dos valores por ele próprio declarado ao fisco federal para fins de ITR.*
>
> *Após analisar detidamente estes autos, tenho que o pedido inicial não comporta acolhimento.*
>
> *(...)*
>
> *Note-se que a Lei Estadual é clara no sentido de que, em se tratando de doação, ainda que com instituição de usufruto, a base de cálculo deve ser apurada por avaliação administrativa ou estimativa fiscal.*
>
> *(...)*
>
> *Anoto que constituiria flagrante e inadmissível violação ao princípio federativo colocar nas mãos dos municípios a fixação da base de cálculo de um tributo estadual, daí porque, diante das normas constitucionais e legais aplicáveis à matéria, não se vislumbra qualquer fundamento jurídico para impor ao Estado de Mato Grosso do Sul a obrigação de adotar, na cobrança do ITCMD, a pauta utilizada pelo Município de Três Lagoas na arrecadação do ITBI.*
>
> *Da mesma forma, caracterizaria inadmissível ilegalidade transmutar o ITCMD em tributo sujeito ao auto-lançamento, à míngua de previsão expressa em lei emanada do próprio ente federativo com competência para instituir e cobrar o aludido tributo, ao contrário do que ocorre com o ITR.*

> *Ante o exposto, hei por bem julgar improcedente o pedido contido na inicial, com o que resolvo o mérito desta ação, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC* (fls. 179-184).

Os ora apelantes insurgem-se contra a sentença supratranscrita, alegando, em suma, que a base de cálculo para o ITCMD deve ser apurada de acordo com a cobrança do ITBI ou dos valores declarados ao fisco federal para fins de recolhimento do ITR.

O recurso não merece provimento.

Como se vê, a pretensão dos autores, ora apelantes, é a adoção de critério juridicamente mais adequado a seus interesses para a obtenção da base de cálculo do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* (ITCMD).

Sobre o tema em debate, o art. 38 do Código Tributário Nacional dispõe que: *"Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos."*

O Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul, por seu turno, na parte que rege a matéria em epígrafe, dispõe o seguinte:

> *127. A base de cálculo do ITCD é o valor venal dos bens ou direitos objeto de transmissão legítima ou testamentária ou de doação, apurada e calculada nas formas a seguir especificadas:*
>
> *VI - na instituição do usufruto, por ato não oneroso, bem como no seu retorno ao nu-proprietário, 1/3 (um terço) do valor do imóvel, apurado por avaliação administrativa;*

Decorre dos dispositivos legais supratranscritos, destarte, que o valor do bem, para fins de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis,* deve ser o valor de mercado, ou aquele que mais dele se aproxima.

No caso dos autos, os apelantes dispensaram a avaliação judicial do imóvel rural descrito na prefacial, o que demandaria a produção de prova pericial para determinar com precisão o valor de mercado do bem, razão pela qual deve ser obrigatoriamente levado em consideração o valor apurado pelo Estado para fins de cobrança do ITCMD.

Em casos semelhantes, este Tribunal já decidiu que:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DOAÇÃO – ITCD – BASE DE CÁLCULO – ATO DA FAZENDA PÚBLICA – PAUTA FISCAL – RECURSO PROVIDO. O recolhimento do ITCD – Imposto sobre Transmissão de Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, possui como base de cálculo o valor estabelecido e previsto pela Fazenda Pública e não o valor que a parte entende devido. Inteligência do art. 127, III do Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul.*[1]
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ITCD – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – BASE DE CÁLCULO – BENS IMÓVEIS – APLICAÇÃO DO ART. 38 DO CTN – VALOR VENAL – AVALIAÇÃO DO ESTADO QUE SE APROXIMA AO VALOR DE MERCADO DO BEM – RECURSO DAS AUTORAS CONHECIDO E IMPROVIDO.*

1 Apelação Cível - Ordinário - n. 2010.015976-8/0000-00 - Costa Rica, Segunda Turma Cível, Relator: Des. Luiz Carlos Santini, Publicação: 01/09/2010, Nº Diário: 2268

(...)

II- O recolhimento do ITCD - Imposto sobre Transmissão de Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, possui como base de cálculo o valor estabelecido e previsto pela Fazenda Pública e não o valor que a parte entende devido. Inteligência do art. 127 do Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul.[2]

Ante o exposto, nego provimento ao 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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2 Apelação - Nº 0800001-96.2012.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo. Relator – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível.

Câmara Cível III - Mutirão
Apelação n. 0053915-68.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DUPLICATAS SEM ACEITE – VALIDADE – *CAUSA DEBENDI* – COMPROVADA. RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS – ENTREGA NA RESIDÊNCIA DO DEVEDOR – ASSINATURA DE TERCEIRO NO RECIBO – IRRELEVÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que julgou procedente a ação monitória instruida com duplicata sem aceite, desde que provada a entrega das mercadorias descritas no título de crédito no endereço apontado pelo sacado como sendo o de sua residência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Câmara Cível III - Mutirão do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de apelação cível interposta por Milton Moreira Trindade contra a sentença que converteu o mandado monitório em mandado executivo na ação monitória ajuizada por Smaff Automóveis Ltda.

O apelante busca a reforma da sentença hostilizada, asseverando, em síntese, que:

> *(i) "Ocorre que referido débito não pode ser imputado ao apelante, uma vez que, os documentos de fls. 15 a 19 não foram assinados pelo mesmo, ou seja, foi assinada por 3ª (terceira) pessoa, assim, a ação não pode ser dirigida ao Sr. Milton Moreira Trindade, visto não constar a sua assinatura em documento hábil a embasar a ação monitória" (f. 123); (ii) "Destarte, indene de dúvidas que os documentos que embasam a presente não são hábeis a propositura da ação monitória, por estar assinado por 3ª (terceira) pessoa, assim, o apelante não pode ser acionado pela via eleita referente à relação comercial entabulada, uma vez que, tais documentos nãos constam da sua assinatura, devendo ser reformada a sentença combatida, para julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial. (f. 125)"; (iii) "A existência de dúvida em relação à regularidade da emissão do título afeta inclusive a eficácia monitória que a apelada insiste em afirmar existente no caso. Essa incerteza permite concluir que o título pode ter sido emitido unilateralmente pela apelada, não legitimando, portanto, o manejo de monitória." (f. 125); e (iv) (...) necessária se faz que a apelada demonstre a causa que originou seu suposto crédito, sendo prova esta indispensável, pois, se os títulos dados em pagamento de prestação de serviço e/ou entrega de mercadoria, perderam a exigibilidade porque não foi realizado pelo apelante, e, a*

ausência de prova hábil a caracterizar a obrigação com este, evidencia-se a improcedência da cobrança perante o suposto emitente" (f. 127).

Por fim, requer "*seja reformada a r sentença, para o fim de que seja totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial, e procedentes as afirmações apresentadas nos embargos monitórios, uma vez que as alegações da prefacial estão divorciadas da realidade fática e das provas juntadas*." (f. 127)

Devidamente intimada, a empresa apelada apresentou contrarrazões (fls. 136-138).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Milton Moreira Trindade contra a sentença que converteu o mandado monitório em mandado executivo na ação monitória ajuizada por Smaff Automóveis Ltda.

O juízo de piso, examinando a questão, em razão dos elementos contidos nos autos e de sua convicção, entendeu por bem converter o mandado monitório em mandado executivo nos seguintes termos:

(...) o embargante não negou a prestação dos serviços em seu automóvel, mas apenas se limitou a afirmar que o responsável pela dívida seria o terceiro que assinou os comprovantes de entrega que acompanham as duplicatas, qual seja, Ademilson P. Trindade.

Entretanto, em consulta ao SAJ, este Magistrado verificou que tanto o embargante, quanto o Sr. Ademilson Pereira Trindade, além de possuírem o mesmo sobrenome, residem no mesmo endereço – Rua Jacy Maria de Azevedo Moro, n.º 220, Jardim Vida Nova I, Campo Grande/MS, CEP: 79.017-785, presumindo-se, portanto, que são parentes ou, no mínimo, pessoas muito próximas.

Desta forma, não resta dúvidas de que os serviços foram prestados pela embargada e a mercadoria entregue ao embargante por meio de pessoa capacitada para a prática de tal ato.

Logo, embora não há aceite expresso do embargante nas referidas duplicatas, verifica-se que este ocorreu na forma presumida, eis que, conforme acima mencionado, as mercadorias foram entregues, conferindo aos títulos, assim, validade jurídica. (...)

Portanto, sendo nítida a causa debendi dos títulos, a validade jurídica destes e o aceite presumido por parte do embargante ante a entrega das mercadorias, não há como dar guarida às teses defensivas por ele apresentadas, sendo a procedência da demanda a medida que se impõe.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem converter o mandado monitório em mandado executivo, o que faço com esteio no artigo 1102-c, segunda parte do Código de Processo Civil, nos valores originários das duplicatas emitidas, quais sejam:

a) R$ 1.540,70 (um mil, quinhentos e quarenta reais e setenta centavos), devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos contados de 24/05/2010 (fl. 15);

b) R$ 1.540,70 (um mil, quinhentos e quarenta reais e setenta centavos), devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos contados de 23/06/2010 (fl. 16);

> *c) R$ 1.540,70 (um mil, quinhentos e quarenta reais e setenta centavos), devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos contados de 23/07/2010 (fl. 17);*
>
> *d) R$ 1.540,70 (um mil, quinhentos e quarenta reais e setenta centavos), devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos contados de 22/08/2010 (fl. 18);*
>
> *e) R$ 1.540,70 (um mil, quinhentos e quarenta reais e setenta centavos), devidamente corrigido pelo índice IGP-M/FGV e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos contados de 21/09/2010 (fl. 19).*
>
> *Condeno o requerido/embargante, outrossim, ao pagamento integral das custas e demais despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios ao patrono da requerente embargada, que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação (itens "a", "b", "c", "d" e "e" acima), nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.* (f. 103-105)

A sentença ora combatida não merece censura.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

Com efeito, consta dos autos que Smaff Automóveis Ltda ajuizou a presente ação monitória em face de Milton Moreira Trindade, alegando em síntese que "*é credora do requerido na importância líquida de R$ 7.703,44, representada pelas 05 duplicatas abaixo discriminadas. A dívida é resultante da revisão mecânica realizada pela requerente no veículo de propriedade do requerido, tendo sido efetuada a troca de peças do automóvel, conforme demonstra a nota fiscal eletrônica*" (f. 3)

Sustenta o apelante que "*a dívida representada pelas duplicatas sem aceite (fls. 15-19), não foram contraídas por ele, mas sim por 3º (terceiro) indicado no comprovante de entrega em que acompanha as duplicatas, não há como impor ao mesmo o ônus de arcar com o respectivo pagamento*". (f. 126)

No tocante à insurgência, quando se afirma que as duplicatas não são válidas, haja vista que não possuem aceite e foram assinadas por terceiro, insta esclarecer que, nada obstante tais ponderações, resta demonstrado que o negócio jurídico epigrafado ocorreu, visto que a mercadoria foi entregue para o apelante conforme comprovam os documentos de fls. 15-19.

De início, não se pode ignorar que, no caso em exame, os comprovantes de entrega e suas respectivas notas fiscais correspondem inclusive exatamente aos valores das duplicatas mercantis que embasam o pedido monitório.

Nesse sentido, os Tribunais têm pacificado o entendimento de que, ainda que o titulo não tenha sido aceito pelo sacado, no caso, o ora apelante, o comprovante de entrega das mercadorias-serviço confere-lhe validade jurídica. Veja-se:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DUPLICATA SEM ACEITE COM COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIA – FALSIDADE NÃO COMPROVADA – CONVERSÃO EM TÍTULO EXECUTIVO – DEMAIS DUPLICATAS SEM ACEITE E SEM COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIAS – PROTESTO REALIZADO POR EDITAL – EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REPRESENTADO POR ESTES DOCUMENTOS NÃO DEMONSTRADO – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO RÉU/EMBARGANTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

> *Tratando-se de demanda visando cobrança de duplicata mercantil, título eminentemente causal, a procedência do pedido depende da comprovação do negócio jurídico que lhe é subjacente. Em regra, basta a constatação da oposição do aceite por parte do sacado, ou, na ausência deste, da comprovação do recebimento das mercadorias pelo devedor. Nos termos do artigo 333 do CPC, incumbe ao autor da demanda demonstrar o fato constitutivo de seu direito e ao réu fato impeditivo. Comprovado o respectivo recebimento de mercadorias em relação a apenas uma das 29 duplicatas apresentadas, cuja falsidade não foi sequer arguida, o pedido deve ser julgado parcialmente procedente. Diante da sucumbência mínima do embargante, que logrou êxito em ínfima parte do seu pedido, fica mantida a sucumbência em seu desfavor na forma declarada na sentença, inclusive no que se refere aos honorários.*[1] (Grifei)

Ora, se a prestação de serviços foi efetivada, não há como não haver comprovação do negócio jurídico e, por conseguinte, a emissão de duplicatas é perfeitamente plausível, sendo suficientes referidos documentos para interposição da monitória, porquanto servem os mesmos de início de prova, nos moldes do que dispõe o art. 1.102-A do Código de Processo Civil, veja-se:

> *Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.*

Na hipótese, nada obstante sustente o apelante que o responsável pela dívida seria o terceiro que assinou os comprovantes de entrega que acompanham as duplicatas, isto é, Ademilson Pereira Trindade, deve ser destacado que, conforme bem ressaltou o magistrado sentenciante, juiz Marcelo Andrade Campos Silva, em consulta ao SAJ – Sistema de Automação do Judiciário, consta a informação que tanto o apelante Milton Moreira Trindade quanto Ademilson Pereira Trindade residem no mesmo endereço, na Rua Jacy Maria de Azevedo Moro, n. 220, Jardim Vida Nova I, Campo Grande-MS, conforme dados obtidos nos autos n. 0359127-02.2008.8.12.0001, o que permite presumir tratar-se de pessoas muito próximas ou quiçá parentes.

Desta forma, a alusão à ausência de assinatura do apelante como recebedor da mercadoria não tem o condão de modificar o direito da empresa apelada, isto porque a entrega da mesma no local apontado como sendo a moradia do recorrente na declaração de hipossuficiência de f. 62 efetivamente ocorreu.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – SENTENÇA COM EXPRESSA REFERENCIA ÀS TESES DA AUTORA E DA RÉ, FEITAS EM EMBARGOS – NULIDADE DA SENTENÇA INEXISTENTE – PRELIMINAR AFASTADA – NOTAS FISCAIS DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIA – ENTREGA NA RESIDÊNCIA DA DEVEDORA – ASSINATURA DE TERCEIRO – IRRELEVANTE – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DIREITO EXTINTIVO E/OU MODIFICATIVO DO AUTOR – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *O fato da parte dispositiva da sentença não exprimir a rejeição dos embargos monitórios expressamente, não a nulifica, em razão de fazê-lo quanto ao pleito contido na inicial da monitória, após digressão das teses da defesa articuladas nos embargos.*
>
> *Em se tratando de débito representado por notas fiscais de compra e venda de mercadorias, acompanhada de documentos comprobatórios da entrega para terceiros, e sem prova do direito modificativo do autor, a condenação da devedora ao valor cobrado é imperiosa.*[2] (Grifei)

1 TJMS. Apelação n. 0202790-61.2009.8.12.0029. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. 5ª Câmara cível. J. 29.11.2012.

2 TJMS. Apelação n. 0014535-06.2009.8.12.0002. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. 5ª Câmara Cível. J. 3.10.2013.

Destarte, extreme de dúvidas que o conjunto probatório demonstra a existência da *causa debendi* dos títulos, a validade jurídica dos mesmos e o aceite presumido em razão de ter havido a entrega das mercadorias, razão pela qual a sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0805522-74.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – *OVERBOOKING* – ALTERAÇÃO DE VÔO – DANO CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO FIXADA EM R$ 5.000,00 – RECURSO PROVIDO.

A responsabilidade da empresa de transporte aéreo, em caso de *overbooking*, é puramente objetiva, ou seja, independe da ocorrência de culpa, bastando a existência do nexo causal e a ocorrência do efeito danoso, para que a mesma seja obrigada a reparar o dano moral causado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Frederico Luiz Gonçalves contra a sentença (fls. 117-121) que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. e outro.

O apelante alega, em síntese, que:

> *(...) não resta dúvida de que a empresa GOL, ora apelada, não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inocorrência de overbooking. Noutros dizeres, restou nos autos consagrado que a GOL alterou unilateralmente o trecho contratado sob o argumento de que o voo adquirido estaria lotado, fato que, já neste átimo se verifica a necessidade da reforma da sentença atacada. (f. 127).*
>
> *(...) superado o fato que houve a má prestação de serviço, fácil constatar que a questão recursal repousa em saber se essa má prestação de serviço é considerada mero dissabor ou se está afeta à reparação por meio de indenização por danos morais. (f. 127).*
>
> *Todavia, consoante se denota da sentença, o magistrado apenas se apegou, equivocadamente, no fato de não ter o autor comprovado a existência da reunião, deixando de valorar a displicência da GOL que praticou indubitavelmente overbooking. (f. 127).*
>
> *Para fortalecer seu entendimento, o Magistrado da instância singela colaciona no bojo da sentença jurisprudências que remetem a fatos totalmente diversos a dos autos,*

revelando que inexiste danos morais pelo atraso inferior a quatro horas. Nota-se que não traz relação alguma com o caso em tela. (f. 128).

Tudo a demonstrar que jurisprudência é amplamente majoritária em corrigir atos dessa natureza condenando invariavelmente o negligente a reparação de danos morais, visando tanto à reparação do dano propriamente dita como a finalidade pedagógica aplicada a quem de outra forma continuaria disposta a agredir quem quer que se insurja contra suas arbitrariedades. (f. 130).

Ao final, requer "(...) *a Vossa Excelência conheça do recurso interposto e lhe dê total provimento para que seja reformada a sentença objurgada, culminando com o julgamento totalmente procedente dos pedidos, condenando o apelado a indenizar o apelante, pelos danos morais sofridos, na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), atendendo ao caráter punitivo/pedagógico da condenação.* (...)." (fls. 131-132).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelação cível interposta por Frederico Luiz Gonçalves contra a sentença (fls. 117-121) que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. e outro.

A sentença atacada tem a seguinte dicção:

(...)

Ao caso em tela aplicam-se as disposições do CDC, por tratar-se de relação de consumo, conforme expressa disposição do art. 3º, § 2º do CDC, que a este respeito estabelece:

"Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista."

Desta forma, estabelecida a incidência do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se a requerida a prova de que não procedeu conforme o relatado na inicial.

Todavia, a inversão do ônus da prova não afasta a comprovação mínima do direito pelo autor, no tocante aos danos morais alegados, eis que a causa de pedir que fundamenta a inicial situa-se no fato que, por ter ocorrido "overboking", foi o requerente remanejado para outro voo, o que implicou em não comparecimento em reunião de suma importância que seria realizada na cidade de Cuiabá, local onde realizaria conexão de voos.

Ocorre que a afirmação constante da exordial é um tanto quanto inverossímil, pois verificando os bilhetes aéreos juntados no processo, nota-se que estava previsto que a aeronave chegaria na cidade de Cuiabá às 10:46 hs e o próximo voo do autor se daria às 13:28 horas tendo como destino Brasília, e considerando que, em regra, o embarque ocorre quarenta minutos antes do horário de decolagem, no caso o requerente deveria embarcar por volta de 12:45.

Se assim é, teria um intervalo em torno de uma hora e meia para desembarcar, apanhar bagagem, deslocar-se do aeroporto até o local da reunião, participar da reunião, o que de certo levaria tempo considerável, face a importância do pleito pretendido.

> *Além disso, observo que não foi juntada qualquer comprovação da existência da aludida reunião em Cuiabá, o que poderia ter sido facilmente apresentado pelo autor, por meio de extrato de e-mails trocados com os clientes, narração de conversas telefônicas, inquirição de testemunhas, documentos convocatórios ou agendamentos, dentre outros meios de comprovação, sendo insuficiente a mera alegação e afirmação de existência de "overboking" e da frustração da reunião.*
>
> *(...)*
>
> *Posto isso, com fulcro no art. 269, I, do CPC, julgo, com resolução do mérito, improcedentes os pedidos formulados por Frederico Luiz Gonçalves nesta ação movida em face de GOL Linhas Aéreas Inteligentes S/A. Arcará o requerente com o pagamento das despesas processuais e com os honorários advocatícios, estes que fixo em R$ 1.00,0 (mil reais), o que faço com fulcro no art. 20, § 4º do CPC.*
>
> *(...).*

Entrementes, nada obstante os fundamentos utilizados pelo magistrado na decisão ora atacada, verifico que a sentença supratranscrita merece reforma.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

Com efeito, vê-se que o ora recorrente adquiriu passagem aérea, partindo de Campo Grande, MS, com destino final previsto para Goiânia, GO. O voo previa uma conexão em Cuiabá, MT. O autor recorrente alega que tinha o costume de fazer o referido trajeto, optando sempre pela conexão em Cuiabá com a finalidade de atender clientes naquela localidade, pois é advogado.

Na data e horário previstos para o embarque, o autor apelante aduz que dirigiu-se ao aeroporto para realizar o *check in*, momento em que foi informado que seu vôo encontrava-se lotado e ele seria remanejado para outro vôo. Ou seja, ocorreu um caso típico de *overbooking*, fato este, inclusive, que não foi rebatido pela empresa aérea recorrida.

Com o referido remanejamento unilateral, o recorrente não pode realizar a conexão na capital mato-grossense, o que lhe ocasionou, como consequência, o cancelamento de uma reunião profissional. Afirma, outrossim, o apelante, que os clientes com os quais realizaria a dita reunião não residem na cidade de Cuiabá, razão pela qual os mesmos se deslocaram mais de 300 quilômetros para o encontro.

No caso, a toda evidência, não trata-se de mero aborrecimento. Aliás, a companhia aérea ora apelada, como afirmado, não nega a ocorrência de *overbooking*.

Destarte, impõe-se a condenação da apelada a ressarcir o apelante pelo dano moral sofrido, em decorrência da má prestação do serviço.

Não resta dúvida, no caso, que aplicam-se aqui as regras do Código de Defesa do Consumidor, vez que o presente feito versa sobre relações de consumo, regidas, como cediço, pelos arts. 2º e 3º da legislação consumerista.

A afirmação contida na sentença de que o pouco tempo, em torno de 2 horas, que o apelante passaria na cidade de Cuiabá não seria suficiente para realização da reunião noticiada não pode prevalecer, isto porque, em certos casos, menos de 30 minutos são suficientes para que um advogado se encontre com clientes e assuntos de extrema importância sejam tratados.

Devido ao remanejamento ocorrido, por culpa exclusiva da apelada, houve quebra do contrato de prestação de serviço firmado entre as partes, razão pela qual o autor recorrente foi obrigado a cancelar compromissos e outras atividades que tinha com clientes e parceiros na referida cidade onde realizaria a conexão.

A responsabilidade da empresa de transporte aéreo, no caso, é puramente objetiva, ou seja, independe da ocorrência de culpa, bastando a existência do nexo causal e a ocorrência do efeito danoso, que entendo plenamente caracterizados na hipótese.

A propósito, dispõe o art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor, que:

> *São direitos básicos do consumidor:*
>
> *VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;*

Ora, cediço que todo aquele que se disponha a exercer atividade nos campos de fornecimento de bens ou serviços responde civilmente pelos danos resultantes do vício do empreendimento.

No que tange ao dano moral, a sua ocorrência dá-se *in re ipsa,* o que dispensa a comprovação da extensão dos mesmos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias, seja pelo fato da realocação de vôo propriamente dito, seja pela prática corriqueira de *overbooking,* com intuito de aumentar a lucratividade das empresas aéreas.

Neste sentido, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é firme quanto à responsabilidade do fornecedor de serviços. Veja-se:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Nesse passo, restaram demonstrados os elementos ensejadores da reparação civil – ato ilícito, nexo causal e dano -, pois com o remanejamento do vôo, o ora apelante foi, de fato, prejudicado, em virtude do cancelamento de reunião marcada com bastante antecedência.

Eis a jurisprudência:

> *EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. ALTERAÇÃO DE ROTA. OVERBOOKING. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAS E MORAIS PROVADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL. MAJORADA DE R$ 5.000,00 PARA R$ 15.000,00. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO E DA RÉ CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *I - A relação jurídica (contrato de transporte aéreo) mantida entre as parte litigantes é regida pelas normas que permeiam o CDC, vez que se amolda em típica relação de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º daquele Codex, sendo, por isto, de responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa do ofensor, bastando, para sua caracterização, do evento danoso e do nexo causal respectivo.*
>
> *II - Ausente qualquer hipótese de excludente de ilicitude, tem-se que o atraso do vôo contratado, em razão de overbooking, caracteriza-se como ato ilícito e enseja*

a responsabilização da empresa aérea demandada sobre eventuais danos suportados pelo autor.

III - 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 empresa ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito[1].

Assim, dou provimento ao recurso, condenando a empresa aérea recorrida a pagar danos morais ao recorrente, os quais fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

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. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

1 Apelação Cível n. 005372-68.2010.8.12.001. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. DJe: 19.12.2012.

Câmara Cível I - Mutirão
Apelação n. 0203132-11.2009.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA DEFESA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO – ATRASO NO TRASLADO DOS RESTOS MORTAIS DO CÔNJUGE DA VÍTIMA – CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDIU A REALIZAÇÃO DE RITUAIS FÚNEBRES – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – MITIGAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – REJEITADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O dano moral, no caso de responsabilidade pelo transporte de pessoas e/ou seus pertences, é caracterizado pela Teoria do Risco, não sendo necessário a ocorrência de culpa para ocorrer o ato ilícito. 2. A falha na prestação de serviços de transporte aéreo que culminou no atraso da entrega dos restos mortais do cônjuge do ofendido, impedindo a realização de rituais fúnebres, é circunstância apta a caracterizar dano moral indenizável. 3. Rejeita-se a pretensão recursal tendente à redução do valor da indenização, seja arbitrada em valores pouco expressivos, considerando as circunstâncias constantes dos autos e, em especial, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL AUTORAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO E VERBA HONORÁRIA – MAJORAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Tratando-se de indenização por danos morais, onde inexistem critérios objetivos para a fixação do *quantum*, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado. Assim, diante das circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, considerando a impossibilidade de realização de rituais fúnebres do ente querido, em razão da falha na prestação dos serviços de transporte aéreo, entendo que o valor fixado na sentença no importe de R$ 15.000,00 revela-se insuficiente, merecendo reajuste para R$ 30.000,00. 2. A fixação do valor dos honorários advocatícios deve levar em consideração os parâmetros fixados no art. 20, § 3º, do CPC, merecendo reajuste a verba arbitrada em desconformidade com esses paradigmas.

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, negar provimento ao recurso da Gol Transportes Aéreos S/A e dar provimento ao recurso de Elvira Gonçalves Padilha, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A e Elvira Gonçalves Padilha apelam da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais em que litigam, julgando parcialmente procedente a pretensão inicial, condenando a primeira recorrente/requerida ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em R$15.000,00 (quinze mil reais). Em suas razões, a companhia aérea alega que não houve dano moral, tendo em vista que apesar do atraso na prestação dos serviços de transporte dos restos mortais do cônjuge da vítima, em razão do envio para destino diverso do contratado (Campina Grande/PB, invés de Campo Grande/MS), houve regular cumprimento da obrigação. Aduz que o atraso causado não produziu danos, posto que realizados os rituais do enterro. Derradeiramente, sustenta que o valor da indenização seria excessivo e desarrazoado, causando enriquecimento sem causa da parte autora. Com isso, requer o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos ou para diminuir o *quantum* indenizatório.

Elvira Gonçalves Padilha também apela, alegando que o dano moral ocorreu, já que houve ato lesivo (a não entrega do corpo do seu falecido ente querido no local contratado) com reflexos na seara psíquica da ora apelante. Sustenta que o valor da indenização seria irrisório em face do poder econômico da companhia aérea, além de insuficiente para atingir seu caráter pedagógico. Pleiteia, assim, a majoração do *quantum* indenizatório para, no mínimo, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como honorários advocatícios no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

As partes apresentaram contrarrazões pugnando pelo improvimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Elvira Gonçalves Padilha ajuizou ação de indenização por danos morais contra Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A alegando prejuízos de ordem moral em decorrência de falha na prestação de serviços de transporte aéreo (demora no translado dos restos mortais do seu cônjuge em razão da remessa para local diverso do contratado – Campina Grande/PB ao invés de Campo Grande/MS). Os pedidos foram julgados procedentes em primeiro grau de jurisdição, com a condenação da requerida ao pagamento R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de reparação por danos morais.

As partes apresentaram recurso de apelação.

A autora insurge-se contra o valor da indenização e da verba honorária, almejando sua majoração. A parte requerida, ao seu turno, defende que estariam ausentes os requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil (dano e nexo de causalidade), insurgindo-se também contra o valor da indenização arbitrada, que reputa excessiva.

Tendo em vista a abrangência dos recursos e a identidade de temas, analiso-os conjuntamente.

O acolhimento do pleito indenizatório depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexo de causalidade entre eles e da culpa ou dolo do ofensor. Tratando-se de relação jurídica de natureza consumerista, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, dispensa-se o requisito volitivo do agente (dolo ou culpa), por força do disposto no seu art. 14 (responsabilidade objetiva).

Considerando verdadeiros os fatos alegados na inicial, tem-se por verificada a conduta do ofensor, consubstanciada na prestação defeituosa dos serviços de transporte aéreo. Segundo consta dos autos, a companhia aérea requerida, contratada para transportar os restos mortais do cônjuge da autora de São Paulo/SP para Campo Grande/MS, de onde seria transportado de carro para o Município de Nova Andradina/MS, onde seriam realizados os rituais religiosos, últimas homenagens de amigos e familiares e o enterro, por equívoco endereçou o corpo do "de cujus" para Campina Grande/PB. Uma vez verificada a falha, providenciou-se novo transporte, com a efetiva entrega do corpo às 14:00h do dia seguinte ao contratado.

Disso resultou a impossibilidade de realização daqueles rituais religiosos costumeiros e que os familiares invariavelmente não abrem mão, obrigando imediato enterro. Tais fatos, ressalta-se, restaram incontroversos. Dessas circunstâncias experimentou a autora constrangimento, angústia e sofrimento exacerbado.

Pois bem.

O dano moral exsurge das circunstâncias fáticas aptas a evidenciar distúrbio anormal na vida da vítima. Quando se fala em distúrbio anormal, afasta-se a idéia de mero dissabor cotidiano, conforme esclarece Sílvio Venosa:

> *"(...) Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. (...) Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. (...) O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso."* (Direito Civil, vol IV, 8ª ed., Atlas 2008, p. 42).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS MERO DISSABOR E ABORRECIMENTO NÃO COMPROVAÇÃO INDENIZAÇÃO INDEVIDA SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. Aborrecimentos, mero dissabor, mágoa ou irritação como o insucesso do negócio realizado ou inadimplemento contratual não são passíveis de indenização a título de dano moral, por não configurar agressão à dignidade humana."* (Apelação Cível 2006.002114-3, Dourados, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, 3ª Turma, j. 15.3.2006).

Na espécie dos autos, em que pese a insurgência da defesa, entendo suficientemente caracterizado o dano moral indenizável. É bem verdade que o simples extravio de carga ou bagagem não é circunstância apta a caracterizar dor moral, não indo além do mero dissabor. Por outro lado, o atraso de um dia no transporte aéreo dos restos mortais de uma pessoa, privando seu cônjuge (ofendido), seus familiares e amigos de receber as últimas homenagens e cumprir dos rituais fúnebres amplamente praticados pelos brasileiros, de natureza cristã, caracteriza grave violação moral, apta a incutir nas pessoas mais próximas ao falecido o sentido de dor moral, agravado pela fragilidade momentânea decorrente do falecimento do ente querido. Impossível, ademais, postergar a realização do ritual.

O livre exercício dos cultos religiosos, a exemplo dos rituais fúnebres, constituem direito inviolável e garantia fundamental, nos termos do art. 5º, VI, da Constituição Federal.

Veja bem, a cultura brasileira entende o referido ritual como um meio simbólico, público e tradicional para expressar os sentimentos e convicções acerca da morte, além de reconhecer sua realidade, dar valor

ao falecido e rememorar seus atos vividos. A conduta ilícita verificada nesse caso não é tão somente o transporte errôneo da esquife, mas também a violação do direito de exercer sua religião e velar o corpo.

Não se trata, portanto, de mero dissabor, mas de relevante abalo moral apto a caracterizar o dano indenizável.

Assentadas essas premissas, o nexo de causalidade entre a conduta lesiva (falha na prestação dos serviços de transporte aéreo) e o abalo moral experimentado pela vítima é evidente, posto que nenhum prejuízo haveria se a requerida cumprisse satisfatoriamente as obrigações assumidas.

Reputo inarredável, assim, o dever de indenizar, tendo em vista a presença dos requisitos legais.

Quanto ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição. De fato, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LANÇAMENTO INDEVIDO DE NOMES EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SERASA - DANO MORAL - ARBITRAMENTO - DISSABOR CARACTERIZADO - MAJORAÇÃO - DESCABIDA - RECURSOS IMPROVIDOS - Constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação por danos morais, o lançamento indevido do nome de cliente no órgão de restrição ao crédito (SERASA), por erro da instituição financeira. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional entre a lesão experimentada pelas vítimas e a situação econômica do ofensor.* (TJMS - AC-O 2004.004211-6/0000-00 - Campo Grande - 1ª T.Cív. - Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto - J. 14.12.2004) destaquei.

Assim, em se tratando de ação de indenização por danos morais, onde inexistem critérios objetivos para a fixação do *quantum*, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo que o valor fixado na sentença no importe de R$ 15.000,00 se apresenta insuficiente, merecendo reajuste.

Considerando aqueles parâmetros, tenho que o *quantum* deve ser majorado para R$ 30.000,00, montante que se apresenta mais justo e adequado às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação. Lembrando que na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Superada essa questão, no que concerne ao valor dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação pelo Juízo *a quo*, entendo que assiste razão à autora/recorrente.

De fato, para sentenças condenatórios o Código de Processo Civil estabelece o mínimo de 10% e o máximo de 20% para os honorários de sucumbência, considerando como parâmetros o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Na hipótese, a fixação no mínimo legal (10%) não respeita estes parâmetros, posto que a lide demorou mais de 3 anos para julgamento em primeiro grau de jurisdição, com realização de audiência e apresentação de recurso.

Assim, entendo que a verba honorária deve ser majorada para 15%, valor mais adequado ao caso dos autos.

Pelas razões expostas, conheço e dou parcial provimento ao presente recurso de apelação interposto pela parte autora (Elvira Gonçalves Padilha) para majorar o valor da condenação ao pagamento de indenização por danos morais para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), que deverá ser atualizado monetariamente a partir deste julgamento (Súmula 340 do STJ), majorando, também, a verba honorária para 15% do valor da condenação, mantendo-se a sentença em seus demais termos e efeitos, inclusive quanto à sucumbência. Noutro vértice, conheço e nego provimento ao apelo da defesa (Gol Transportes Aéreos S/A).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso da Gol Transportes Aéreos S/A e deram provimento ao recurso de Elvira Gonçalves Padilha, 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. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800582-45.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, C/C REPARAÇÃO DE DANOS – COBRANÇA DE ISSQN – MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE HOUVE UTILIZAÇÃO NA OBRA – INCIDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços. A apelada, no entanto, não se desincumbiu do ônus de provar que empregou os materiais de construção na obra para a qual foi contratada, não fazendo jus à dedução pleiteada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Município de Corumbá/MS interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Repetição de Indébito que lhe promove VBC Engenharia Ltda. Alega que a apelada ajuizou a ação alegando que foi contratada para a reforma da CETEC SENAI Corumbá e que após a quarta medição para esta reforma o Município passou a cobrar imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) de forma indevida sobre o valor total da nota fiscal, razão pela qual pleiteou a repetição de indébito e indenização por perdas e danos materiais ante a contratação de advogado, o que foi combatido em contestação. Afirma que o juízo *a quo* julgou procedente o pedido de repetição de indébito e improcedente a pretensão indenizatória. Recorre sustentando que é competência do Município instituir impostos sobre serviços e que a lista inserta na Lei Complementar Municipal n. 100/2006 prevê no anexo II, item 7, subitens 7.02 a 7.05 a incidência de ISSQN sobre execução de construção civil, além de reformas de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres. Defende que a legislação municipal ainda prevê a possibilidade de dedução dos materiais na construção civil. Argumenta que, muito embora a apelada afirme que o Município tenha tributado ISSQN sobre o total na nota e por isso tenha havido tributação indevida, não demonstrou que de fato empregou os materiais, tampouco a quantidade e quais materiais foram utilizados desta medição em diante. Chama a atenção para o fato de que não constam dos autos as notas fiscais dos materiais empregados por ela no serviço de reforma, documentos imprescindíveis, visto que a ação tem como pressuposto a cobrança indevida porque a apelada teria usado só 50% do valor da nota

fiscal na obra. Conclui que o fato gerador do ISSQN ocorreu e este deve ser tributado. Cita jurisprudência. Pugna pelo provimento para total improcedência do pedido inicial.

A apelada apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 25.11.2014)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Município de Corumbá/MS interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de repetição de indébito que lhe promove VBC Engenharia Ltda.

Trata-se de ação proposta pela apelada alegando ter sido indevidamente cobrada em ISSQN sobre o valor total de nota fiscal emitida em serviço de reforma, na qual também estaria inserto o material de construção, sobre o qual não incide o imposto.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial afastando a cobrança do tributo e negando indenização por danos materiais pela contratação de advogado.

O Município recorre sustentando que é sua competência instituir impostos sobre serviços e que a lista inserta na Lei Complementar Municipal n. 100/2006 prevê no anexo II, item 7, subitens 7.02 a 7.05, a incidência de ISSQN sobre execução de construção civil, além de reformas de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres. Defende que a legislação municipal ainda prevê a possibilidade de dedução dos materiais na construção civil. Argumenta que, muito embora a apelada afirme que o Município tenha tributado ISSQN sobre o total na nota e por isso tenha havido tributação indevida, não demonstrou que de fato empregou os materiais, tampouco a quantidade e quais materiais foram utilizados desta medição em diante. Chama a atenção para o fato de que não constam dos autos as notas fiscais dos materiais empregados por ela no serviço de reforma, documentos imprescindíveis, visto que a ação tem como pressuposto a cobrança indevida porque a apelada teria usado só 50% do valor da nota fiscal na obra. Conclui que o fato gerador do ISSQN ocorreu e este deve ser tributado. Cita jurisprudência. Pugna pelo provimento para total improcedência do pedido inicial.

Pois bem.

De fato a competência tributário do ISSQN é do Município, nos termos do art. 156, III, da Constituição Federal, *in verbis:*

> *"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar."*

Logo, a própria Constituição remete à Lei Complementar os serviços não compreendidos pelo imposto.

A Lei Complementar n. 116/2003, estabelece os parâmetros, de modo que a Lei Municipal deve estar em consonância com esta.

Dispõe o art. 7º da Lei Complementar n. 116/2003:

> *"Art. 7º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:*
>
> *I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar"*

Enquanto os referidos itens 7.02 e 7.05 prevêem:

> *"7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).*
>
> *(...)*
>
> *7.05 - Reparação, conservação e* ***reforma*** *de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)."* - destaquei

Sendo assim, sobre a reforma incide ISSQN. O material utilizado na obra de reforma compõe o valor do serviço sobre o qual incide ISSQN e não está sujeito ao tributo, sob pena de ocorrer bitributação.

Nesse sentido recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, adotando entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *"TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES GASTOS COM* ***MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO*** *CIVIL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTES. 1. "Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/04/2014) *2. Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 13/08/2014) destaquei.

Logo, não são tributados com ISSQN os materiais de construção empregados na reforma.

A autora/apelada, porém, não comprovou que os materiais tributados foram de fato empregados na obra. Em contrarrazões, limita-se a afirmar que se trata de fato notório e que a documentação está em seu escritório, cabendo à Fazenda Pública à fiscalização.

Sem razão, no entanto.

Se ajuizou a demanda alegando que empregou os materiais na obra e por isso estes não devem sofrer tributação, incumbe a ela o ônus de provar tal fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Assim, não tendo a apelada desincumbindo-se do ônus de provar que empregou os materiais de construção no serviço de reforma para o qual foi contratada, correta a cobrança e improcedente a pretensão de repetição de indébito.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso para julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais, atribuindo à autora/apelada o ônus da sucumbência, devendo arcar integralmente com as custas e honorários fixados na sentença no valor de R$ 4.000,00.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 09/12/2014 em face do pedido de vista do revisor (Des. Vladimir), após o relator dar provimento ao recurso. o vogal aguarda.

VOTO (EM 09.12.2014)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor):

Pedi vista dos autos para melhor análise do feito.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Corumbá, MS, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Corumbá, MS, que julgou procedente o pedido de repetição de indébito a fim de "*condenar o Município de Corumbá a restituir ao autor as quantias recolhidas a maior referentes a diferença da alíquota do imposto ISSQN, conforme valores relacionados à f. 57, neles incidindo a taxa SELIC, consoante fundamentação; e julgo improcedente o pedido de reparação do dano material consistente no valor gasto com a contratação de advogado*".

Aduz, em suas razões recursais, que o Município está autorizada a cobrar o ISS, conforme artigo 156, III, do Código Tributário, além da lista de serviços constantes da Lei Complementar 116/2003 e 100/2006.

Argumenta que o artigo 77 dessa última lei dispões que o ISS deve ser calculado "*sobre a receita bruta ou o movimento econômico resultante da prestação desses serviços*", sendo que diferentemente do alegado pela apelada, a legislação municipal prevê a possibilidade de dedução dos materiais na construção civil.

Alega que muito embora a recorrida tenha afirmado que o Município tributou o ISS sobre o total da nota fiscal, em nenhum momento, demonstrou que, de fato, empregou os materiais, tampouco quantidade e quais materiais utilizados desta medição em diante.

Assevera, ainda que não constam dos autos as notas fiscais dos materiais empregados por ela no serviço de reforma, documentos imprescindíveis, visto que a ação tem como pressuposto a cobrança indevida porque a apelada teria usado só 50% do valor da nota fiscal na obra.

Ao fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso a fim de julgar improcedente o pedido de repetição de indébito formulado na inicial.

O Relator, em seu voto, conheceu e deu provimento ao recurso "*para julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais, atribuindo à autora/apelada o ônus da sucumbência, devendo arcar integralmente com as custas e honorários fixados na sentença no valor de R$ 4.000,00*".

Entendeu que embora não sejam tributados com ISSQN os materiais de construção empregados na reforma, a autora/apelada não comprovou que os materiais tributados foram de fato empregados na obra, limitando-se a afirmar que se trata de fato notório e que a documentação estaria em seu escritório, cabendo à Fazenda Pública proceder à fiscalização, quando, em verdade, era seu ônus probatório demonstrar o emprego dos materiais na obra.

De fato, hei de manifestar concordância com relação à dedução do ISS, questão pacificada pelo Supremo Tribunal Federal proferida em sede de repercussão geral no RE 603.497/MG, vejamos[1]:

> *TRIBUTÁRIO – ISS – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – MATERIAL EMPREGADO – DEDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte. Agravo regimental improvido. 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min.Cármen Lúcia, 1a. Turma, DJe 27.09.2007; RE 362.666-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2a. Turma, DJe 27.03.2008; RE 239.360-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2a. Turma, DJe 31.07.2008; RE 438.166-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1a. Turma, DJ 28.04.2006; AI 619.095-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1a. Turma, DJ 17.08.2007; RE 214.414-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2a. Turma, DJ 29.11.2002; AI 675.163, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.09.2007; RE 575.684, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 15.09.2009; AI 720.338, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.02.2009; RE 602.618, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2009. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. Restabeleço os ônus fixados na sentença. Julgo prejudicado o pedido de ingresso como amicus curiae formulado pela Confederação Nacional dos Municípios – CNM (Petição STF 42.520/2010 – fls. 524-541), bem como o recurso interposto pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF (fls. 505-521), em face da presente decisão. (DJ 16.09.2010).*

Nessa mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça vem seguindo a orientação do STF:

> *RECURSO ESPECIAL SOBRESTADO NA FORMA DO ART. 543 - B, § 1°. DO CPC. DECISÃO DO STF PROFERIDA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESE DE RETRATAÇÃO (ART. 543 - B, § 3O. DO CPC). TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. RE 603.497/MG, REL. MIN. ELLEN GRACIE (DJ 16.09.2010). RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O STF, em recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral (re 603.497/MG, Rel. Min. Ellen Gracie) firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. 2. Necessidade de retratação do acórdão desta corte que decidiu em sentido contrário, na forma do art. 543 - B, 3º. Do CPC. 3. Recurso Especial desprovido.* (Superior Tribunal de Justiça STJ; Resp 1.050.405; Proc. 2008/0088305-4; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Julg. 14/02/2012; DJE 01/03/2012).

1 Apelação Cível - Lei Especial - N. 2012.019136-0/0000-00 - Água Clara. Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quinta Câmara Cível. Julgamento: 12/07/2012.

> *TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE VALORES REFERENTES A MATERIAIS EMPREGADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. 1. Conforme consignado no acórdão embargado, o "Supremo Tribunal Federal, no RE 603.497/MG, interposto contra acórdão desta Corte, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento, nos temos do art. 543 - B do CPC, e exarou decisão publicada em 16.9.2010, reformando o acórdão recorrido (...) A base de cálculo do ISS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima, portanto, revejo o entendimento anterior a fim de realinhar-me com a orientação fixada pela Corte Suprema, para reconhecer a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil". 2. O embargante, inconformado, busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese. 3. A inteligência do art. 535 do CPC é no sentido de que a contradição, omissão ou obscuridade, porventura existentes, só ocorre entre os termos do próprio acórdão, ou seja, entre a ementa e o voto, entre o voto e o relatório etc., o que não ocorreu no presente caso. Embargos de declaração rejeitados.* (Superior Tribunal de Justiça STJ; Edcl-AgRg-AgRg-Resp 1.228.175; Proc. 2010/0209534-2; MG; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; Julg. 18/10/2011; DJE 26/10/2011).

Contudo, hei de manifestar discordância com o voto do e. Relator com relação ao ônus da prova no tocante à demonstração de que os materiais foram efetivamente empregados na construção civil.

Isso porque é da natureza deste contrato o fornecimento de materiais para seu adimplemento, como bem pontua Marçal Justen Filho[2] ao comentar o art. 6º da lei nº 8.666/93, que "*na empreitada, o terceiro executará a prestação (obra ou serviço) com o* ***dever de fornecer os materiais necessários*** *e arcar com as despesas necessárias ao cumprimento da prestação*" (g.n.), situação que termina por refletir em ônus ao Fisco Municipal de provar que os materiais lançados na nota fiscal não são pertinentes à obra contratada posto que, mais uma vez, a ideia de que houve efetivamente o emprego de materiais no serviço é inerente ao próprio contrato administrativo em evidência.

Aliás, em outra oportunidade, nesse sentido, já decidiu a Quinta Câmara Cível, nos autos 0802131-70.2012.8.12.0005, em acórdão de minha relatoria, *in verbis*:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ISSQN INCIDENTE SOBRE A CONSTRUÇÃO CIVIL – AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE DO RECOLHIMENTO A MENOR DO TRIBUTO – SENTEÇA CITRA PETITA - PRELIMINAR AFASTADA – CONTRATO DE EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA – FORNECIMENTO DE MATERIAIS INERENTE AO CONTRATO - INCLUSÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA BASE DE CÁLCULO – IMPOSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL - RECURSO PROVIDO.*
>
> *Não possui a qualidade de sentença citra petita a decisão que não apreciou pedido subsidiário por concluir pela total impertinência da pretensão inicial.*
>
> *Nos contratos de empreitada celebrado com a Administração Indireta, é da essência do termo o fornecimento de materiais para a conclusão da obra, de modo que compete a Fazenda Pública Municipal superar tal presunção, comprovando que os materiais discriminados na nota fiscal não foram empregados na obra.*
>
> *Não incide na base de cálculo do ISSQN sobre serviço de construção civil o valor dos materiais empregados na obra, na esteira do entedimento exarado pela Suprema Corte no RE 603.497/MG em sede de repercussão geral.*

2 **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p.136.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Vogal):

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

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. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2014.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0820226-63.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE EM VEÍCULO – VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Na hipótese como a dos autos, a responsabilidade civil do ente público é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, tendo em vista que a omissão do Município na fiscalização e poda/remoção da árvore foi a causa direta e imediata do evento danoso. Com efeito, a prova produzida pelo autor demonstrou os danos causados no veículo de sua propriedade (orçamento e fotografias a fls. 17/25), bem como o nexo causal entre a queda da árvore e os danos. O fato é que o ente municipal deixou de tomar as devidas providências para a prevenção da queda. Ademais, a obrigação de conservação e manutenção não está diretamente ligada à solicitação de moradores, que deve constituir tarefa rotineira, pré-programada.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Cuida-se de reexame de sentença e recurso de apelação manejado pelo Município de Campo Grande, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que lhe move José Carlos Borro de Oliveira. Alega, em síntese, que o cotejo probatório carreado aos autos não evidenciou nexo causal entre os prejuízos e alguma ação/omissão municipal. Aduz que não há qualquer prova técnica e cabal de que a árvore que caiu sobre o veículo do autor encontrava-se doente ou já estivesse em situação precária. Argumenta que ao Município não compete suportar eventual ônus pelo acidente, visto estabelecer a lei processual cível e o Código Civil que, em casos de força maior, caso fortuito e fato de terceiro inexiste ônus passível de atribuição ao Poder Público Municipal. Posição esta confirmada por orientação majoritária dos tribunais pátrios e instâncias máximas. Salienta não existir prova dos danos materiais sofridos e decorrentes do alegado fato. Ao final, roga pelo provimento do recurso. Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Cuida-se de reexame de sentença e recurso de apelação manejado pelo Município de Campo Grande, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que lhe move José Carlos Borro de Oliveira.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

O autor ajuizou a presente demanda buscando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da queda de um galho de árvore sobre o veículo automotor de sua propriedade, que estava estacionado em via pública.

Em hipóteses como a dos autos, tenho entendimento de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, tendo em vista que a omissão do Município na fiscalização e poda/remoção da árvore foi a causa direta e imediata do evento danoso.

Analisado os autos, predomina a prova produzida pelo autor demonstrando os danos causados no veículo de sua propriedade (orçamento e fotografias a f. 17/25), bem como o nexo causal entre a queda da árvore e os danos. Além do mais, observo a existência do requerimento trazido à f. 16, demonstrando que os moradores do bairro já haviam solicitado a poda e remoção da árvore que causou o sinistro. Com isso, releva o fato de que o ente municipal deixou de tomar as devidas providências para a prevenção da queda.

Por outro lado, a obrigação de conservação e manutenção não está diretamente ligada à solicitação de moradores, deve constituir tarefa rotineira, pré-programada.

Leciona Yussef Said Cahali que "*as árvores plantadas ou existentes nas vias públicas integram o patrimônio urbanístico da cidade: competem às autoridades municipais a sua fiscalização e conservação, cuidando dos cortes oportunos para evitar que a queda de galhos, ou da própria árvore, possa causar danos aos particulares.Essa obrigação insere-se na regra geral: quem tem a obrigação de guarda em relação a uma árvore é responsável pelos danos causados pela queda de seus galhos, resultante de apodrecimento. Tal responsabilidade objetiva daquele que tem a guarda da coisa é reconhecida até mesmo no plano do direito comum"* (Responsabilidade Civil do Estado, 3ª edição, página 242, RT, 2007).

Por sua vez, o requerido não demonstrou a presença de qualquer das excludentes do dever de indenizar, ônus que lhe competia, tendo em vista a prova produzida pelo autor e a circunstância de tratar-se de responsabilidade civil objetiva.

Neste sentido a jurisprudência pátria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. QUEDA DE ÁRVORE EM VEÍCULO ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA DEVER DE INDENIZAR DO MUNICÍPIO. OCORRÊNCIA. Sendo o Município demandado responsável pela conservação de árvores localizadas nos passeios, vias e logradouros públicos da cidade, resta evidente o dever do réu de indenizar os danos decorrentes da queda de galho de árvore no veículo automotor do autor. Caso fortuito ou força maior incomprovado. Responsabilidade do município reconhecida. Sentença mantida. Quantum indenizatório. Manutenção. O dano material, ao contrário do que ocorre com o dano extrapatrimonial, não deriva do próprio ilícito, sendo necessária a comprovação do efetivo prejuízo experimentado. Hipótese em que o autor logrou êxito em comprovar as despesas referentes ao conserto do veículo. Montante indenizatório fixado em R$ 3.490,00 (três mil, quatrocentos e noventa reais), consoante orçamento de menor valor colacionado*

aos autos que vai mantido. Hipótese em que se nega seguimento à apelação. (Apelação Cível Nº70037852209, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 03/02/2011).

"APELAÇÃO INDENIZAÇÃO QUEDA DE ÁRVORE EM VIA PÚBLICA RESPONSABILIDADE CARACTERIZAÇÃO PROCEDÊNCIA. A queda de árvore localizada em via pública é da responsabilidade da municipalidade, em face da sua incumbência de conservação, que integra o contexto do serviço público, resultando na obrigação de indenizar aquele que tiver seu carro danificado pelo resultado de tal queda. Decisão mantida. Recurso negado". (TJSP; APL 0001138-42.2011.8.26.0252; Ac. 7172538; Ipaussu; Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Danilo Panizza; Julg. 12/11/2013; DJESP 22/11/2013).

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, conheço e nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0000051-40.2011.8.12.0026/50000 - Bataguassu
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVOS REGIMENTAIS EM APELAÇÃO CÍVEL – EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DO JUÍZO FALIMENTAR – RECURSO DOS RÉUS – CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em possibilidade de realizar acordo em sede trabalhista, estando em curso ação de recuperação judicial, uma vez que prevalece a competência do juízo universal. Assim sendo, os valores trabalhistas, ainda que possuam preferência, devem ser executados no juízo falimentar.

Nega-se provimento a agravo regimental que não tenha desincumbido de mostrar a injustiça ou desacerto da decisão recorrida.

RECURSO DO TRABALHADOR – LIMITAÇÃO TEMPORAL DA MULTA COMINATÓRIA – NECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Faz-se necessária a limitação temporal das astreintes, uma vez que, caso ilimitada, resta desconfigurada sua finalidade, bem como caracterizado o enriquecimento ilícito da parte contrária.

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, megar provimento ao recurso de Ricardo Bandeira Villela e outro e dar parcial provimento ao de Carlos Oliveira da Silva, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 17 de março de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Ricardo Bandeira Villela, Celso Rui Corte e Carlos Oliveira da Silva, inconformados com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos da ação declaratória de ineficácia c/c nulidade de ato jurídico, que lhe moveu Fadel Agroindustrial Ltda e Brasamid Agroindustrial Ltda, interpõe os presentes regimentais.

Recorrem Ricardo Bandeira Villela e Celso Rui Corte aduzindo, sem síntese, que o caso em comento não se amolda ao artigo 557 do Código de Processo Civil, o que não autoriza a emissão de decisão monocrática.

Preliminarmente, alegam que houve o trânsito em julgado do acordo trabalhista; ocorre o conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e o Juízo falimentar, e há a ilegitimidade passiva de Ricardo Villela para figurar no feito.

No mérito, asseveram que o credor no processo trabalhista não foi acionado, não podendo os agravantes sofrer ônus em razão da inércia do administrador judicial, e que o crédito trabalhista pago no acordo é verba alimentar, possuindo, portanto, preferência.

Prequestiona toda a matéria devolvida.

Carlos Oliveira da Silva assevera, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, bem como a ilegitimidade ativa das empresas agravadas, estando o julgado em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, alega que o bem utilizado para dação em pagamento, em sede trabalhista, não faz parte do ativo permanente das empresas, uma vez que não realizam qualquer atividade ligada ao plantio ou agricultura.

Aduz que o crédito foi adimplido em período anterior ao deferimento da recuperação judicial, não estando a ação suspensa, portanto válidos e eficazes os atos nela praticados.

Argumenta que a transferência de propriedade não pode ser desconsiderada, uma vez que foi homologada por autoridade judicial e não há provas da ocorrência de fraude.

Explicita que houve omissão na decisão monocrática que, ao arbitrar multa diária, não impôs limitação temporal, tornando-se assim cominação eterna.

Ao final, os agravantes postulam a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Ricardo Bandeira Villela, Celso Rui Corte e Carlos Oliveira da Silva, irresignados com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, interpõe os presentes regimentais.

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> *"(...)Em razão da paridade das matérias, passo à análise conjunta dos recursos.*
>
> *1 – Preliminares:*
>
> *1.1 – Ilegitimidade ativa das empresas falidas.*
>
> *No presente feito dentre as questões postas em debate, cumpre resolver se as sociedade empresarias, representadas por seu administrador judicial, tem legitimidade ativa para propor ação revocatória, ou se aquele, em nome próprio, deveria fazê-lo. Inicialmente, cumpre destacar que tanto o administrador da massa, quanto as sociedades empresarias falidas, representadas por seus administradores, podem figurar na demanda originária. O art. 132 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e de Recuperação de Empresas) aduz que "a ação revocatória, de que trata o art. 130 desta lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contados da decretação da falência."*

Mesmo com a possibilidade do administrador da massa propor a ação revocatória nada impede que esta seja demandada no pólo ativo pelas empresas falidas, por intermédio de seus administrador.

In casu, cuida-se de sociedade empresarial rural, com fins agrícolas, sendo certo que a doutrina já se posicionou que independente do fim que a sociedade exerce, basta que esta tenha seu cadastro válido na Junta Comercial para que seus sócios recebam os benefícios previstos na Lei de Recuperação de Empresas. Sobre o tema, assim leciona Marcelo Fortes Barbosa Filho, sobre a questão:

"Pretende-se, agora, mesmo que parcialmente, remodelar a disciplina de tal atividade. Desde que estejam reunidos todos os elementos caracterizadores da empresa, a pessoa física ou jurídica, de quem emana a vontade criadora e dirigente da produção e circulação de bens oriundos da atividade rural, enquadra-se como empresário e ostenta a faculdade de se equiparar a todos os demais empresário, recebendo idêntico tratamento jurídico. Para tanto, basta que seja efetuado um ato de registro perante a Junta Comercial com atribuição específica sobre o local e sede eleita, cumprindo-se, no caos do empresário individual, o disposto no já examinado art. 968. Efetuada a inscrição, o empresário rural é aquinhoado com todos os benefícios e assume todos os deveres comuns aos empresários, tais como previstos nas normas componentes do direito comercial, excluindo a incidência daqueles incluídas no direito comum, o direito civil" (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 2.ª Edição, Editora Manole, 2008, pág. 916).

Ainda sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho, leciona no mesmo sentido:

"Deste modo, se o exercente de atividade econômica rural requer a inscrição no registro de empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Essa é, normalmente, a opção adotada pelo agronegócio. Caso, porém, o exercente de atividade econômica rural não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil. Esta útima deverá ser a opção predominante entre os titulares de negócios rurais familiares. Neste caso, se os exercentes da atividade rural se unirem numa sociedade, ele terá a natureza simples" (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Ed. Saraiva, 2010, pág. 17).

Nestas linha de raciocínio, estando a empresa falida devidamente inscrita na Junta Comercial, seu(s) sócio(s) deverá(ão) escriturar contabilmente os livros empresariais obrigatórios, elaborar anualmente o balanço patrimonial e de resultado econômico, estando portanto, sujeito à falência, tendo direito à recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos do art. 48 da Lei n.º 11.101/2005.

Sabe-se que uma das muitas consequências decorrentes do estado falimentar é a perda da capacidade processual do falido nas ações de interesse da massa falida, que passa a ser representada pelo síndico. Tal efeito já decorria do revogado Decreto-lei 7.661/45, que, em seu art. 63, XVI, versava que incumbia ao síndico, entre outro deveres, a prática de "todos os atos conservatório de direitos e ações, diligencias a cobrança de dívidas ativas e passar a respectiva quitação."

A novel legislação falimentar, Lei 11.101/2005, em idêntico sentido, dispõe que " ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: III na falência: (...); n) representar a massa falida em juízo, (...);" (art. 22).

Veja-se que a lei não se opõe ao fato de a sociedade falida figurar no pólo ativo da demanda, desde que essa esteja legalmente representada pelo seu administrado judicial.

Portante, afasta-se a preliminar alegada.

1.2 – Preliminar de ilegitimidade passiva dos réus Ricardo Bandeira Villela e Carlos Oliveira Da Silva.

A preliminar de ilegitimidade passiva foi arguída pelos réus Ricardo Bandeira Villela e Carlos Oliveira da Silva em suas respectivas contestações e foi objeto de interposição de agravo, posteriormente julgado prejudicado em razão da sentença de mérito, ora combatida, ser proferida.

Ao sanear o processo, o i. Magistrado singular rejeitou as preliminares alegadas, tanto de ilegitimidade ativa, quanto passiva, ao argumento de que todos os envolvidos, de alguma forma, eram legítimos a figurar nos respectivos pólos desta demanda (fls. 407 – 409).

Os apelantes, em preliminar, fundamentam-se basicamente na mesma tese processual, razão pela qual serão analisados conjuntamente.

A legitimidade para agir em juízo é uma das condições da ação e, de acordo com a teoria da asserção adotada pelo CPC, deve ser aferida sob o enfoque da relação jurídica eventualmente criada pelas pretensões do autor da demanda, e não pela verificação efetiva de sua real existência. Nessa linha, são os ensinamentos de Fredie Didier Jr.:

A legitimidade para agir (ad causam petendi ou agendum) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os "pressupostos processuais" subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada posição jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a "pertinência subjetiva da ação", segundo célebre definição doutrinária. (DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 228).

Em virtude disso, decorre a conclusão de que "o réu será parte legítima se 'estiver vinculado como parte passiva ou integrante de uma situação jurídica criada pela alegação do autor' no instrumento da demanda" (DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231), bem como é possível dizer que "o autor é quem faz o pedido e o réu aquele que deve suportar os efeitos da sua eventual procedência" (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: teoria geral do processo. V. 1. Ed. 3. São Paulo: RT, 2008, p. 174).

Nesse sentido, é elucidativo o precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do eminente Ministro Humberto Martins:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR – CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL. 1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito. 2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva ad causam independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária. 3. Não se há falar em legitimidade passiva ad causam quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina

que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido (AgRg no REsp 1.095.276/MG, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 25-5-2010)

Em arremate, pertinente a advertência enunciada por Luiz Guilherme Marinoni: "nota-se que se dizer autor e afirmar que alguém é réu, alegar um fato, apresentar um fundamento e fazer um pedido nada tem a ver com a pertinência entre a posição processual e a titularidade do direito discutido, com a verdade do fato, com a consistência do fundamento e com a procedência do pedido" (op. Cit., São Paulo: RT, 2008, p. 175). Portanto, "a teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial" (Resp 753.512/RJ, Quarta Turma, rel. Para acórdão Min. Luiz Felipe Salomão, j. 16-03-2010).

No âmbito de ação revocatória falencial, as regras da teoria geral do processo relativas à legitimação passiva para atuar em juízo devem considerar a relação jurídica deduzida pelo autor sob o enfoque das hipóteses dispostas no art. 133 da Lei 11.101/05:

Art. 133. A ação revocatória pode ser promovida: I – contra todos os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados; II – contra os terceiros adquirentes, se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores; III – contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos I e II do caput deste artigo.

Das alegações deduzida da inicial, decorre que todos os ora apelantes teriam, em tese, concorrido para o desfazimento do patrimônio da falida por meio da realização de acordo trabalhista que se pretende sejam declarados ineficazes, mediante conluio fraudulento; ou, no mínimo, seriam prejudicados pelos efeitos de eventual sentença que julgasse procedente os pedidos.

Portanto, em princípio, todos os recorrentes são parte legítimas para integrar o polo passivo da ação, porque se enquadram na hipótese do incido II do art. 133 da LF.

De igual modo, esclarece-se que, embora suficientes as razões apresentadas alhures para a manutenção da decisão agravada, as demais alegações dos agravantes que fundamentariam as suas respectivas ilegitimidades confundem-se com o mérito, na medida em que pretendem discutir a configuração ou não dos requisitos previstos no art. 130 da Lei de Falências, quais sejam: o evento danoso, o conluio fraudulento e o dano à sociedade falida. A análise desses requisitos envolve matéria de mérito, de modo que seu enfrentamento já pressupõe a legitimidade da parte para atuar em juízo, independente do resultado da demanda. Desta forma, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelos requeridos Carlos Oliveira da Silva e Ricardo Bandeira Villela.

2 – Mérito:

Antes de adentrar as particularidades de cada negócio jurídico objeto da ação originária e devolvidos à apreciação desta Corte pelas apelações cíveis conhecidas, cumpre esclarecer os fundamentos da ação revocatória falencial (art. 130 da LF) e diferenciá-la tanto da ação de responsabilização de sócios (art. 82 da LF) quanto do instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). Esse introito faz-se pertinente para o exame das principais teses aventadas pelos apelantes, que se fundam nas características jurídicas de cada instituto para justificar as suas respectivas pretensões de reforma.

A ação revocatória falencial, prevista no art. 130 da LF, objetiva a declaração de ineficácia de determinados negócios jurídicos, em relação à massa falida, realizados com a intenção de prejudicar credores, mediante a configuração de dois pressupostos:

o conluio fraudulento e o prejuízo sofrido pela massa falida. Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

Essa espécie de ação declaratória/desconstitutiva, diferentemente da demanda prevista no art. 129 da LF, busca a ineficácia subjetiva do ato – vale dizer, impõe-se a análise da vontade e da culpa dos participantes do negócio fraudulento – e, por isso, "é irrelevante a época em que foi praticado o ato, próxima ou distante da decretação da falência" (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. Ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 470). Nas palavras de Carvalho de Mendonça, "este remédio tem por escopo o restabelecimento do estado de fato anterior ao ato fraudulento para evitar prejuízo aos credores" (RODRIGUES, Vilson. Tratado de direito comercial brasileiro: da falência e da concordata preventiva. V. 5, 2004, p. 682).

Desse modo, "precisam ser apreciada a intenção e a fraude de ambos os contratantes" (MENDONÇA, Carvalho, op. cit, p. 683). Nas palavras de José da Silva Pacheco, "a intenção de prejudicar perfaz-se com a simples ciência por parte do devedor de que o ato prejudicará os seus credores. Para a revogação, insta que o terceiro também participe da fraude, também saiba do prejuízo que o ato acarretará" (Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 322).

*Nesse particular, Ricardo Negrão estabelece algumas diretrizes quanto ao modo de caracterização do consilium fraudis: " A prova da fraude do devedor e do terceiro, em cada caso concreto, revelar-se-á pelo que antecedeu o ato inquinado de fraudulento e a ciência do estado patrimonial do devedor. Se no curso do processo ficar evidenciado que o terceiro tinha conhecimento desse estado [...], sua adesão à intenção de prejudicar credores é presumida" (*NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresa e de falência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 532).

Nessa perspectiva, cumpre sublinhar que o exame do acervo probatório deve ser realizado com bastante parcimônia e certa flexibilidade, tendo em vista que essas espécies de atos fraudulentos sempre são praticados com vistas a não deixar rastros ou vestígios. A busca da "prova cabal" da ilicitude na análise do caso concreto pode incorrer no grave esvaziamento do objetivo da norma, que é resguardar, sobretudo, o interesse público, a segurança jurídica na prática comercial, materializada na tutela do direito dos credores. Nesse sentido, vale registrar o alerta enunciado por Frederico Simionato:

Tem que ficar claro que o art. 130 da Lei não pode ser interpretado como se fazia há vários lustros, com excessiva proteção ao terceiro. Nos dias de hoje, com múltiplos meios eletrônicos de comunicação, computadores por todos os lados e de última tecnologia, a facilidade de obtenção de certidões que podem ser tiradas nos sites dos tribunais, cartórios etc., causa espécie que alguém alegue estar de boa-fé adquirindo bens e ativos de sujeitos esses que estão afundando rapidamente nas águas turvas das falências, para que, depois, e em sede processual, esses contratantes se escondam sob o manto protetor da boa-fé [...] (Tratado de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 577-578).

Na mesma linha já se manifestou este Tribunal, no âmbito de apelação cível de sentença proferida em ação revocatória, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Trindade dos Santos:

Indícios, desde que fortes e contundentes, constituem-se em prova indireta de fatos e aspectos que não possam ser comprováveis via prova direta. Assim, é perfeitamente cabível, diante do ordenamento jurídico pátrio, a comprovação, através de indícios, da

simulação e da fraude (Apelação cível n. 2002.012327-2, de Blumenau, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 11- 9-2004).

É corolário dessas considerações, portanto, a conclusão de que o elemento subjetivo a ser analisado é a vontade da sociedade falida, pessoa jurídica à época dos fatos, voltada ao esvaziamento patrimonial em prejuízo de credores, e não a de seus sócios ou de seu representante legal. Eis aqui o ponto crucial para a perfeita diferenciação desse instituto da ação de responsabilização de sócios, prevista no art. 82 da Lei 11.101/05.

A ação de responsabilização de sócios, no que pertine às sociedade limitadas, não investiga a vontade da pessoa jurídica em relação a atos que causam dano a credores: ela busca responsabilizar o sócio e/ou o administrador que atua contra o interesse da sociedade empresarial, além dos poderes de representação conferidos pelo contrato social, nos casos especificados pela legislação societária (arts. 1.011, 1.052 e 1.080 do CC, dentre outros). Sobre a questão, é elucidativo o ensinamento de Carlos Henrique Abrão:

"Ressalte-se que não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida." (in TOLEDO, Paulo Afonso F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Ed 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247).

Na mesma linha, Gladston Mamede procede à caracterização desse instituto, diferenciando-o da desconsideração da personalidade jurídica:

"A leitura do § 2º deste mesmo artigo 82 da Lei 11.101/05 deixa claro que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, conforme previsão do caput, não se afere apenas por meio de desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, claro que, mais do que a desconsideração da personalidade jurídica, [...] também será possível ao administrador judicial buscar a responsabilidade civil de sócios e administradores por atos dolosos ou culposos (artigo 186 do Código Civil), bem como abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), pedindo a indenização da massa falida pelos prejuízos resultantes. Não se tem aqui uma sentença que declara a desconstituição da personalidade jurídica para determinar que tal ou qual sócio e/ou administrador é o responsável por uma ou mais obrigações. Tem-se, isso sim, uma sentença condenatória, que declara a prática de ato ilícito e a existência de dano, econômico ou moral, que decorre, como causa eficaz, daquela ilicitude, determinando a respectiva indenização". (MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. V. 4. Ed. 3. São Paulo: Atlas, 2009, p. 386).

O Superiro Tribunal de Justiça, em didático acórdão da lavra do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, adotou as mesma premissas para evidenciar as particularidades da ação prevista no art. 82 da Lei 11.101/2005, contrapondo-se com os institutos da ação revocatória (art. 130 da mesma lei) e de desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil):

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SEMELHANÇA COM AS AÇÕES REVOCATÓRIA FALENCIAL E PAULIANA. INEXISTÊNCIA. [...] AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INSTITUTO DIVERSO. EXTENSÃO DA DISREGARD A EX-SÓCIOS. VIABILIDADE. [...] Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 82 da Lei n.º 11.101/05) com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário,

é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos. Ou seja, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta (STJ, REsp 1.180.714/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5-4-2011).

Estabelecidas essas premissas, passo a analisar as peculiaridades deste caso.

O i. Magistrado singular, ao prolatar a sentença ora combatida, deu provimento à demanda, sob os seguintes argumentos:

"(...) Ao contrário, aos réus Ricardo Bandeira Villela e Celso Rui Corte, imbuídos de inquestionável má-fé, desfizeram-se de patrimônio das empresas com pedido de recuperação judicial já em trâmite, em manifesta afronta ao que estabelece o dispositivo legal já mencionado, acarretando prejuízo aos credores das empresa que, dentro, naturalmente, a qualificação de seu crédito, devem concorrer em igualdade com os demais para recebimento do que lhe é de direito (...) Aliás, cabe a Carlos Oliveira da Silva, em decorrência da procedência do pedido inicial que se dará nesta demanda, voltar-se contra aqueles que infringiram a norma legal estabelecida pelo art. 66 da Lei de Falências e buscar destas pessoas o ressarcimento pelos prejuízos que entender ter sofrido, utilizando-se do expediente processual próprio, mas não exigir deste Juízo que, tal como fizeram os reús Ricardo Bandeira Villela e Celso Rui Corte, desconsidere os comandos legais regentes da matéria (...)".

Conforme se infere do trecho da sentença transcrito acima, o ato de ter-se efetuado a execução de um acordo, contra empresa que já havia apresentado o pedido de recuperação judicial, posteriormente convertido em falência, demonstra verdadeira afronta ao que é estabelecido pela Lei 11.101/2005.3

Ademais, quanto a irresignação do Requerido Carlos Oliveira da Silva, restou plenamente demonstrado, tanto em sentença, quanto no tópico elucidativo desta decisão, que não se afasta o direito deste, bem como, não se discute o mérito da questão trabalhista, mas, apenas e tão somente é defendida a impossibilidade do referido acordo ser executado na Justiça Laboral.

É que estando em curso execução trabalhista contra empresa em recuperação judicial, prevalece o juízo universal em que corre esta última, devendo os valores trabalhista, mesmo que preferenciais, serem colocados à disposição do juízo de direito onde processado o plano de reabilitação.

Sem prejuízo, as ações de conhecimento em trâmite na Justiça do Trabalho devem prosseguir até a apuração dos respectivos créditos, que deverão ser posteriormente habilitados no juízo universal.

Nesse sentido, impende trazer à colação excerto do parecer ministerial, de autoria do Subprocurador – Geral da República Henrique Fagundes Filho, verbis:

Saliente-se que a jurisprudência dessa Superior Corte de Justiça tem-se orientado no sentido de afirmar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as ações versando sobre direitos trabalhistas propostas contra empresas em processo de falência ou recuperação judicial. Ultrapassada a fase de apuração e liquidação dos créditos trabalhistas, os autos deverão ser remetidos ao Juízo universal da falência para

que se proceda à habilitação e, posteriormente, o seu pagamento. (...) Em verdade, nos termos da Lei nº 11.101, de 2005, como se pode observar, suspendem-se as execuções processadas pela Justiça obreira e não, propriamente, as reclamatórias trabalhistas, que, nos termos do art. 114 da Constituição Federal, são de competência absoluta da Justiça do Trabalho. Portanto, em consonância com os preceitos trazidos pela nova Lei de Falências, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, há de se entender que compete ao Juízo universal da falência processar a execução de créditos contra a empresa recuperanda, ainda que sejam de origem de demandas trabalhistas." (fls. 1474/1476)

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/05). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO. CRÉDITO APURADO. HABILITAÇÃO. ALIENAÇÃO DE ATIVOS E PAGAMENTOS DE CREDORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. 1. Com a edição da Lei n. 11.101/05, respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o respectivo Juízo para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, inclusive trabalhistas, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor. 2. Após a apuração do montante devido, processar-se-á no juízo da recuperação judicial a correspondente habilitação, sob pena de violação dos princípios da indivisibilidade e da universalidade, além de desobediência ao comando prescrito no art. 47 da Lei n. 11.101/05. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (RJ)." (CC 90.160/ RJ, Rel. Min. João Otávio De Noronha , Segunda Seção, DJ de 05.06.2009).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ARRESTO DOS BENS DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE – SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS - NECESSIDADE. - PRECEDENTES - COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. I - A e. 2ª Seção desta a. Corte, ao sopesar a dificuldade ou mesmo total inviabilização da implementação do plano de recuperação judicial, decorrente da continuidade das execuções individuais, concluiu que, aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, os créditos deverão ser executados de acordo com as condições ali estipuladas; II - Convalidação da liminar anteriormente concedida, reconhecendo a competência do r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Distrital de Caieiras/SP ." (CC 98.264/ SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Segunda Seção, DJ de 06.04.2009)

"RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO UNIVERSAL. DEMANDAS TRABALHISTAS. PROSSEGUIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Há de prevalecer, na recuperação judicial, a universalidade, sob pena de frustração do plano aprovado pela assembléia de credores, ainda que o crédito seja trabalhista. 2 - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo - SP." (CC 90.504/ SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJ de 01.07.2008).

Desta forma, conforme restou demonstrado, a decisão do magistrado singular deve permanecer inalterada, por ser mais benéfica à massa falida.

A fim de elucidar eventuais dúvidas quanto ao crédito já adquirido pelo apelante Carlos Oliveira da Silva, faço algumas observações quanto aos créditos trabalhista com o advento da Lei 11.101/2005.

Conforme foi discorrido anteriormente, pela nova Lei de Recuperações e falências, conclui-se que a falência ocasiona o afastamento do devedor da direção da empresa, com o intuito precípuo de manter a uso dos bens, ativos e recursos produtivos da mesma.

Tem-se que com a falência, inicia-se um procedimento de execução coletiva, em que todos os bens do falido são coletados e apurados, objetivando a liquidação total da dívida dos mesmo.

Desta premissa, leva-se à conclusão de que o juízo da falência é universal, sendo certo que todas as ações que abordem os bens, interesses e negócios da massa falida serão processados na unidade judiciária perante a qual corre a execução coletiva da falência. Constitui uma das exceções à regra do juízo universal da falência, as ações envolvendo os créditos trabalhistas, que deverão ser ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, que detém a competência para tanto, conforme dicção do artigo 114 da Constituição Federal.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho "cabe à Justiça do Trabalho julgar o quantum devido ao empregado. O juízo falimentar pertence à Justiça Estadual e, portanto, incompetente para conhecer e julgar os dissídios relacionado ao vínculo empregatício, cabe-lhe, simplesmente, considerar o valor líquido e definitivo determinado pela Justiça do Trabalho quando do pagamento. Assim, na falência do empregador, o empregado deve mover reclamação perante a Justiça do Trabalho competente e, uma vez definida a existência e extensão de seu crédito declarar o direito na falência e aguardar o pagamento."

Diante de tudo o que foi exposto, observando que a sentença vergastada foi mais benéfica à massa falida, sendo esta a intenção da nova Lei de Recuperação Judicial e falências, deve ser mantida inalterada.

Por tais razões, rejeitos as preliminares alegadas e nego provimento a ambos recursos, mantendo a sentença recorrida." (sic)

Tenho que assiste razão ao agravante Carlos Oliveira da Silva, porém tão somente quanto à limitação temporal da multa diária.

O magistrado *a quo* fixou a multa cominatória em R$200,00 (duzentos reais), porém não determinou os limites temporais para que esta fosse aplicada. Tal decisão fez com que restasse descaracterizada a finalidade das astreintes, qual seja, compelir o devedor a adimplir sua obrigação, caracterizando assim enriquecimento sem causa.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal, *in verbis:*

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – OBRIGAÇÃO DE FAZER– FIXAÇÃO DE ASTREINTES – INTIMAÇÃO PESSOAL PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL – SÚMULA 410 DO STJ – OBSERVÂNCIA – INTIMAÇÃO DO PREPOSTO EM AUDIÊNCIA – MODIFICAÇÃO DAS ASTREINTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Súmula 410 do STJ), sendo válida aquela realizada na pessoa de preposto da empresa, presente na audiência em que foi determinada a obrigação de fazer e fixada a multa pelo descumprimento.

O valor da multa deve ser modificado para que não descaracterize sua finalidade. Da mesma forma, há que se impor limite temporal à sua aplicação, vez que a incidência por prazo indeterminado poderia acarretar enriquecimento sem causa. (Agravo de Instrumento nº 4002387-56.2013.8.12.0000, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, Julgado em 19.09.2013) (destaquei)

Desta feita, limito a aplicação da multa em 30 (trinta) dias.

Quanto às demais alegações, a decisão singular bem analisou todas as questões postas via apelação cível, não logrando os recorrentes trazer na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a combatida decisão.

Consigno, inclusive, que os recorrentes limitaram-se a rebater a decisão singular com os mesmos argumentos expostos por ocasião das razões da apelação, o que me conduz a reafirmar o posicionamento já externado por ocasião da decisão denegatória de seguimento.

Quanto ao prequestionamento, as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais prequestionados, mesmo porque a decisão monocrática encontra-se fundamentada na firme jurisprudência das Cortes Superiores. Neste sentido:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSTITUIÇÃO EM MORA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PELO DEVEDOR – PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Caracteriza-se como requisito indispensável à propositura da ação de busca e apreensão a comprovação da mora do devedor, sem a qual é imperiosa a extinção do feito sem resolução do mérito.*
>
> *Quanto ao prequestionamento, importa salientar que o órgão julgador não tem o dever de se manifestar sobre todas as alegações das partes, basta que demonstre as razões de seu convencimento.* (Primeira Turma Cível - Agravo Regimental em Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.030725-9/0001-00 - Dourados. Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran).

Ante o exposto, conheço do regimental interposto por Ricardo Villela e Celso Rui Corte, mas lhe nego provimento. Outrossim, conheço do recurso interposto por Carlos Oliveira da Silva, dando-lhe provimento parcial tão somente para limitar a aplicação de multa diária a 30 (trinta) dias.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Ricardo Bandeira Villela e Outro e deram parcial provimento ao de Carlos Oliveira da Silva, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 17 de março de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0806521-24.2014.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO CIVIL – RETIFICAÇÃO – PATRONÍMICO DA AVÓ PATERNA – ACRÉSCIMO – POSSIBILIDADE – RESPEITO A ESTIRPE FAMILIAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A regra da imutabilidade do nome de família é relativa, podendo, em face da necessidade de identificação da pessoa com seus parentes, acrescentar o sobrenome deles.

Assim, a alteração do nome deve preservar os apelidos de família, respeitando, dessa forma, a sua estirpe, nos termos do artigo 56, da Lei n. 6.015/73.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Dayse de Morais Santos e Dayane de Morais Santos, representadas por seus genitores Dorcas Massi de Morais Santos e João Ferreira dos Santos, inconformadas com a sentença proferida nos autos da ação de retificação de registro civil, interpõem o presente recurso de apelação.

Alegam, em síntese, que há motivo ensejador da alteração pleiteada, porquanto as recorrentes entendem ser justa e necessária a alteração, bem como, que o registro busca guardar referência expressa aos patronímicos dos genitores, como também, busca valorizar a árvore genealógica, no caso, em homenagem aos avoengos.

Ao final, pedem o provimento do recurso para retificar os seus assentos de nascimento para: Dayane de Morais Ferreira dos Santos e Dayse de Morais Ferreira dos Santos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça foi pelo conhecimento e provimento do recurso às fls. 40/45.

É o relatório. Ao douto Revisor.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

A controvérsia trazida a debate cinge-se à possibilidade de se acrescer o patronímico da avó paterna ao nome das recorrentes, hoje ambas com 16 (dezesseis) anos de idade.

O juiz *a quo* indeferiu o pedido, com base na seguinte fundamentação:

> *"(...)*
>
> *De conseguinte, não há justo motivo ensejador da alteração pleiteada. A uma, porque o argumento não consagra a excepcionalidade necessária. A duas, porque o registro busca guardar referência expressa aos patronímicos dos genitores e não aos avoengos. A três, porque os postulantes já contam com apelido de família dessa estirpe e o acréscimo de outro patronímico do pai não auxilia na identificação real do tronco familiar a que pertencem. A quatro, porque a pretensão estampada evidencia a vontade do proprio genitor e não verdadeiramente dos infantes. Ao fim, porque as próprias interessadas, caso o sejam, em idade oportuna (18 anos) podem pleitear alteração no nome* (LRP, art. 56)". Págs. 23/24.

A sentença recorrida merece reparos. É certo que o direito ao nome possui várias características, dentre as quais podemos afirmar que é: absoluto (efeitos *erga omnes*), obrigatório, indisponível, exclusivo, imprescritível, incessível, inexpropriável, irrenunciável e intransmissível.

A principal característica do nome, entretanto, segundo a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: *"é a imutabilidade relativa, compreendendo-se que, por estar intimamente ligado à identidade da pessoa, permitindo sua identificação no meio social, o nome civil somente pode ser alterado em circunstâncias excepcionais, com justa motivação e desde que não imponha prejuízo para terceiros"*. (in Direito Civil. Teoria Geral. 8ª Ed. Lumen Juris, p. 216).

Como se vê, a imutabilidade concernente ao nome é relativa, tanto assim que a própria Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) prevê, no art. 57, a possibilidade de alteração posterior do nome, em caso excepcional e devidamente motivado, após audiência do Ministério Público.

Assim, muito embora a inalterabilidade seja a regra, deve ceder ante circunstâncias imperativas, principalmente quando se impõe a correção de equívocos prejudiciais à vida do indivíduo. Em todos os casos, entretanto, deve haver sempre a preocupação de preservar os apelidos de família e de não causar prejuízo a outrem.

Ocorre que, mesmo com o nome assentado no registro civil, algumas pessoas não se sentem completamente felizes, pois percebem que o nome por elas ostentado não corresponde à verdade. É exatamente o caso dos autos.

As apelantes, atualmente com 16 (dezesseis) anos de idade, demonstram nutrir forte apreço pelos laços familiares com a avó paterna e com o seu falecimento, querem dar continuidade ao nome da família e homenageá-la, conforme percuciente observação da Promotoria de Justiça de Dourados e da douta Procuradoria de Justiça. Confira-se:

> *"(...)*
>
> *In casu, a pretensão das requerentes é de apenas acrescer ao seu nome o patronímico FERREIRA, o qual não consta no registro de nascimento das requerentes, sendo este fato motivo de lamento pelas partes, notadamente após o falecimento da matriarca.*

(...)

Tem-se que não há qualquer prejuízo à segurança jurídica no acolhimento de sua pretensão, ao contrário, a inclusão do sobrenome de linhagem paterna reforça a identificação da requerente perante a sociedade". Págs. 20/21.

"(...)

No caso telado, também não se vislumbra que o pedido inicial possa oferecer risco algum de prejudicar alguém, considerando que as apelantes atualmente contam com 15 (quinze) anos de idade, ou seja, não existem razões plausíveis para negar a pretendida retificação". Pág.44.

Ademais, e em consonância com o princípio da dignidade humana, não se pode olvidar que razões de ordem psicológica, íntima, bem como social devem confluir para averiguar, no caso concreto, se a alteração é necessária para assegurar a referida dignidade, o que, na hipótese, se mostra inconteste.

Desse modo, entendo plenamente configurada a excepcionalidade e justificado o motivo pelo qual se pretende a alteração, a qual, ademais, não trará nenhum prejuízo aos apelidos de família ou a quem quer que seja.

A corroborar esse entendimento cito o seguinte excerto doutrinário dos mencionados civilistas:

Demais de tudo isso, relembrando que a compreensão do nome civil como aspecto integrante da personalidade humana, projetando sua dignidade no seio social e familiar, é preciso repisar a admissibilidade de modificação do nome em situações não previstas, expressamente, em lei. Assim, reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de acordo com o caso concreto (ob. cit. p. 221).

Na esteira desse entendimento colaciono alguns jugados:

DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. INCLUSÃO DE PATRONÍMICO. ALTERAÇÃO DA DISPOSIÇÃO DOS SOBRENOMES. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. ***Não é absoluto o princípio da imutabilidade do nome de família, admitindo-se, excepcionalmente, a alteração do patronímico, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público.***

2. Embora não haja regra acerca da ordem de disposição dos sobrenomes maternos ou paternos, a tradição brasileira consagrou que o nome do filho seja composto pelo prenome, seguido do sobrenome materno e por último o paterno.

3. In casu, é possível a alteração da ordem de disposição dos sobrenomes ante a ausência de prejuízo ao menor.

4. Apelação desprovida. Unânime. (TJDFT. Acórdão n. 566628, 20110110609254APC, Relator ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, julgado em 09/02/2012, DJ 27/02/2012 p. 763 – sem grifo no original).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. LEGITIMIDADE DO GENITOR PARA PLEITEAR INCLUSÃO DE PATRONÍMICO AO NOME DO FILHO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. PROTEÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. REMESSA À VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA ONDE RESIDE A CRIANÇA.

*1. **Os pais possuem o direito de inserir no sobrenome de seus filhos os próprios nomes de família, no momento do registro ou posteriormente, em razão do direito de filiação.***

2. Sendo recíproco aludido direito, tanto filhos quanto genitores podem pleitear a inclusão do patronímico, ressaltando-se que, como todos os direitos fundamentais, este não é absoluto. Assim, não há falar em procedência da ação em qualquer hipótese, mas é impossível reconhecer a ilegitimidade em tese dos genitores para alteração do sobrenome de filho.

3. A competência do juízo da vara de registros públicos, conforme dispõe o art. 31 da Lei de Organização Judiciária local (Lei nº 11.697/2008) não envolve a atividade judicante stricto sensu, ou seja, in casu, deve o julgador verificar se a alteração do sobrenome da criança atende ao interesse desta e à vontade dos pais, o que depende de manifestação do juízo de família. Por isso, não há falar em atos de registro público em si mesmos considerados.

4. É cediço que o interesse da criança será melhor resguardado se puder responder à demanda contra si no foro de seu domicílio, nos moldes de diversos precedentes desta colenda Corte.

5. Reconhecida a incompetência do juízo de registros, cassou-se a r. sentença e determinou-se a remessa dos autos à vara de família da comarca competente. (TJDFT. Acórdão n. 532111, 20090110809313APC, Relator J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, julgado em 03/08/2011, DJ 02/09/2011 p. 61 – sem grifo no original).

CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME. INCLUSÃO DE SOBRENOME MATERNO. TRATAMENTO NOS MEIOS FAMILIAR E SOCIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

*1. **Se as circunstâncias apuradas nos autos indicam que o prenome postulado corresponde ao tratamento dispensado à requerente nos meios social e familiar, acolhe-se o pedido de alteração do nome, incluindo-se, de outra parte, o sobrenome materno que fora omitido do registro inicial, visando à sua melhor identificação.***

*2. Recurso improvido.(*TJDFT. Acórdão n. 229270, 20030110350534APC, Relator Cruz Macedo, 4ª Turma Cível, julgado em 03/10/2005, DJ 08/11/2005 p. 136 – sem grifo no original).

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DE NOME. ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO DA AVÓ MATERNA. PRESERVAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DA LINHAGEM. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO. - A regra da imutabilidade do nome admite temperamentos, devendo ser admitido o acréscimo ao nome, de patronímico da avó materna, por se tratar de mudança que se coaduna com a finalidade de identificação da linhagem do indivíduo. - Harmonização dos legítimos interesses do indivíduo com o interesse social da segurança jurídica. Hipótese em que não haverá prejuízos para as relações sociais. Recurso provido. (AC 1.0439.11.014592-7/001 - TJMG - Desa. Heloisa Combat j. 30/08/2012) (grifei)

"APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM FAMILIAR PERANTE O MEIO SOCIAL. Para possibilitar a melhor identificação da pessoa e da sua origem familiar perante o meio social, não somente é possível, mas até mesmo recomendável a inclusão do patronímico de origem materna. Precedente. Negaram provimento. unânime. (Apelação Cível Nº 70040306342, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/01/2011) (TJ-RS - AC:

70040306342 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 27/01/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/02/2011).

Em condição análoga, já decidiu este e. Tribunal:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DA AVÓ MATERNA - HOMENAGEM - RECURSO PROVIDODiante da inexistência de prejuízo ou danos a terceiros é possível a retificação do nome junto ao registro civil para incluir o sobrenome da avó materna.*(Apelação nº 0801229-02.2012.8.12.0011, Relator(a): Des. Julizar Barbosa Trindade, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 21/05/2013 Data de registro: 24/05/2013).

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DA AVÓ MATERNA – HOMENAGEM – RECURSO PROVIDO. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "O sistema jurídico exige que a pessoa tenha os patronímicos que identifiquem sua condição de membro de sua família e o prenome que a individualize entre seus familiares". Pelo princípio da inalterabilidade relativa do nome deve ser admitido o acréscimo ao nome de patronímico da avó materna, por se tratar de mudança que se coaduna com a finalidade de identificação da linhagem do indivíduo.* (27 de janeiro de 2015. 3ª Câmara Cível Apelação - Nº 0802954-82.2014.8.12.0002 - Relator – Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha).

De todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para ordenar a retificação do registro civil das recorrentes, acrescentando-se o patronímico da avó paterna "FERREIRA" ao seus nomes, passando a se chamarem: Dayane de Morais Ferreira dos Santos e Dayse de Morais Ferreira dos Santos, mantendo-se inalterados os demais dados constantes no respectivo assento de nascimento. Com o trânsito em julgado, delego ao Juízo de Primeiro Grau a expedição de mandado de averbação do Cartório de Registro Civil competente. Sem custas, por serem as apelantes beneficiárias da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso nos termos do voto da relatora, com parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1415945-47.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA *ON LINE* – CONTA SALÁRIO DO EXECUTADO – IMPOSSIBILIDADE – BEM IMPENHORÁVEL – NATUREZA ALIMENTAR – ART. 649, INC. X DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A legislação vigente não permite que a penhora recaia em numerário proveniente da conta salário do executado, vez que reconhecida a natureza alimentar do crédito.Tal matéria já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso representativo da matéria - Resp n. 1.184.765 / PR, de relatoria do Min. Luiz Fux.

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 da relatora.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Dionizio Gomes Avalhaes, em face da decisão proferida nos autos da execução de título extrajudical, que tramita perante o juízo da 11ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, movida por Unicred-Campo Grande, em que o magistrado a quo indeferiu o pedido de desbloqueio dos valores constantes da conta salário do agravante, efetuado via sistema BACEN-JUD.

Alega, em síntese, que a aludida penhora recaiu sobre conta-salário, a qual é utilizada para receber os proventos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, donde decorre sua impenhorabilidade em razão do disposto no art. 649, IV, do CPC.

Pugna pela concessão da medida liminar e pelo provimento do recurso, para reformar a decisão, no sentido de determinar a liberação dos valores bloqueados de sua conta-salário.

O recurso foi interposto em regime de plantão, na data de 30/12/2014, sendo deferido o pedido de antecipação de tutela pelo e. Des. Paschoal Carmello Leandro, para determinar a imediata liberação dos valores bloqueados via Bacen-Jud nas contas-correntes mantidas pelo agravante perante os bancos Bradesco S/A e Caixa Econômica Federal.

O agravado não apresentou contraminuta.

Redistribuídos os autos por sucessão, vieram-me conclusos (f.59).

VOTO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Dionizio Gomes Avalhaes, em face da decisão proferida nos autos da execução de título extrajudical, que tramita perante o juízo da 11ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, movida por Unicred-Campo Grande, em que o magistrado *a quo* indeferiu o pedido de desbloqueio dos valores constantes da conta salário do agravante, efetuado via sistema BACEN-JUD.

A princípio, insta salientar, que a matéria *sub judice* já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Representativo da Matéria – RESP nº 1.184.765/PR, que na esteia do preconizado no art. 649, IV, do CPC, entendeu pela impossibilidade de penhora que recaia sobre conta salário, em razão da natureza alimentar de tais valores. Vejamos:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. (...).17.* ***Contudo, impende ressalvar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurarse da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal"****. (...). Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."* (STJ. RESP. 1.184.765 / PA. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.11.2010 - destaquei).

Pois bem. Depreende-se que a quantia bloqueada pelo magistrado processante corresponde à verba de natureza salarial, percebidas à título de remuneração pelo agravante, conforme faz prova os extratos bancários acostados às fls. 48/49, razão pela qual resta desautorizada a constrição daqueles valores depositados.

No mesmo sentido, tem-se os julgados desta Corte:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA ON LINE DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR COM BASE NO ARTIGO 649, IV, CPC – COMPROVAÇÃO DA ORIGEM SALARIAL DO VALOR CONSTRITO – DECISÃO REFORMADA – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE, QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Considera-se ilegal a penhora on line via BACEN JUD sobre conta destinada a recebimento de salário, por destinar-se aquele valor ao sustento do titular e***

> ***de sua família, tratando-se de verba de natureza alimentar.*** *649, IV, do CPC. – Mantém-se decisão prolatada em recurso de agravo de instrumento, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada."* (Agravo Regimental nº 1408980-53.2014.8.12.0000/50000 – Camapuã, Rel. Des. João Maria Lós, 1ª Câmara Cível, julgado em 19 de agosto de 2014 – destaquei)
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA ON LINE – CONTA SALÁRIO DO EXECUTADO – IMPOSSIBILIDADE – BEM IMPENHORÁVEL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A legislação vigente não permite que a penhora recaia em numerário proveniente da conta salário do executado, ocorrendo, apenas, uma exceção, quando se tratar de execução de pensão alimentícia, única hipótese em que é permitida a penhora do valor referente aos vencimentos do devedor. Tal matéria já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Representativo da Matéria – RESP n. 1.184.765 / PR, de relatoria do Min. Luiz Fux".* (Agravo de Instrumento nº 1414598-76.2014.8.12.0000 - Campo Grande, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível julgado em 27 de janeiro de 2015).

Desse modo, não sendo permitido privar o agravante do seu salário, a liberação do montante bloqueado é medida que se impõe.

Pelo exposto, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para, confirmando a tutela concedida às fls. 52/53-TJ/MS, determinar em definitivo, o desbloqueio da integralidade dos valores existentes na conta-salário do executado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 10 de março de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0039004-37.2000.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

No caso do IPTU, cujo lançamento se opera de ofício, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a simples notificação do contribuinte para pagamento, sendo este o termo inicial para a contagem do prazo prescricional.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

O Município de Campo Grande interpõe apelação (f. 35-9) contra sentença (f. 27-31) que, na execução fiscal ajuizada em face de João Leite, julgou extinto o processo com resolução de mérito ante a ocorrência da prescrição do crédito tributário relativo ao exercício de 1995.

Assevera não estar prescrito o débito porque o prazo se inicia com a constituição definitiva do crédito tributário com a inscrição em dívida ativa, o que aconteceu em 31.12.1995. Prequestiona artigos legais e, ao final, pleiteia o provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de apelação cível que Município de Campo Grande/MS interpõe em face da sentença que, nos autos da execução fiscal ajuizada em face de João Leite, julgou extinto o processo com resolução de mérito ante a ocorrência da prescrição e, consequentemente, declarou extinto o crédito tributário.

O apelante sustenta que não ocorreu a prescrição do crédito tributário. Afirma que o termo inicial do prazo prescricional ocorre com a inscrição do débito em certidão de dívida ativa e não com a notificação do contribuinte.

Sem razão, contudo.

No caso do IPTU, cujo lançamento se opera de ofício, a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a simples notificação do contribuinte para pagamento, sendo este o termo inicial para contagem do prazo prescricional, conforme se depreende da interpretação dos artigos 142 e 174, do CTN, *in verbis:*

> *Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*
>
> *Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.*

Nesse sentido está pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que o dies a quo para contagem do prazo prescricional do IPTU coincide com a data da notificação do contribuinte. 2. Agravo regimental não provido.* (STJ - AgRg no AREsp: 339924 PE 2013/0141433-5, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 17/09/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 24/09/2013)
>
> *TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. SÚMULA 397/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. "O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço" (Súmula 397/STJ). 2. Ocorrendo o transcurso de cinco anos entre a data da notificação do contribuinte e o ajuizamento da ação, verifica-se a ocorrência da prescrição. 3. Agravo regimental não provido.* (STJ - AgRg no REsp: 1458442 RJ 2014/0034515-9, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 12/08/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/08/2014)

No caso, a notificação do contribuinte ocorreu nos termos do art. 15 do Código Administrativo de Processo Fiscal de Campo Grande/MS, 15 dias após a publicação do edital sobre o lançamento tributário do IPTU, em 26 de janeiro de 1995 (fls. 16). Dessa forma, quando do ajuizamento desta ação, em setembro de 2000, já havia transcorrido o prazo prescricional de 5 anos.

Logo, deve ser mantida a sentença proferida pelo juízo *a quo,* que extinguiu o processo com resolução de mérito ante a prescrição do crédito tributário objeto destes autos.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, 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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0053816-35.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA - RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMPRÉSTIMO PESSOAL - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ O VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA - ARTIGO 1.455 DO CÓDIGO CIVIL – INAPLICABILIDADE – CLÁUSULA MANIFESTAMENTE ABUSIVA – NULIDADE - ARTIGO 52, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O artigo 1.425 do Código Civil, o qual elenca as hipóteses em que a dívida considera-se vencida, aplica-se somente àquela garantida por penhor, anticrese ou hipoteca.

No contrato de empréstimo pessoal, firmado sob a modalidade de cédula de crédito bancário sem garantia real, a cláusula resolutiva que prevê o vencimento antecipado da dívida, no caso de inadimplemento, é manifestamente abusiva e nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, pois é excessivamente onerosa ao consumidor.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ratifico o relatório de p. 113.

Inclua-se em pauta.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS que, nos autos dos embargos à

execução opostos por Dirson Mitsugoshi Oshiro, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, apenas para declarar a ilegalidade da cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida.

Como relatado, o apelante alega que é válida a cláusula contratual que prevê o vencimento antecipado da dívida, sob o fundamento de que se aplica o disposto no artigo 1.425, III, do Código Civil. No entanto, razão não lhe assiste.

Isso porque o artigo 1.425 do Código Civil é aplicável às dívidas garantidas por penhor, hipoteca e anticrese, o que não é o caso dos autos. Não se aplica, por conseguinte, às dívidas contraídas por intermédio de contrato de empréstimo bancário, firmado sob a modalidade de cédula de crédito bancário sem garantia real.

Importante destacar que as instituições financeiras submetem-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, consoante dispõe a Súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, à luz dos incisos IV e V do artigo 6º do CDC, é possível a revisão das suas cláusulas consideradas manifestamente abusivas.

Logo, deve-se repelir do contrato firmado entre as partes toda e qualquer cláusula que implique em contrariedade à boa-fé e ao equilíbrio contratual.

A cláusula resolutiva que prevê o vencimento antecipado do contrato no caso de inadimplemento é manifestamente abusiva e nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, pois é excessivamente onerosa ao consumidor, tendo em vista que o contrato em análise é de adesão.

Além disso, viola o artigo 54, § 2º, do mesmo diploma legal, o qual dispõe que nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, e faculte a escolha ao consumidor.

A propósito, confira-se o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – JUROS DE MORA – 1% AO MÊS – MULTA CONTRATUAL EM 2% – CDC – COBRANÇA DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA ADMITIDA DESDE QUE EM CONSONÂNCIA COM TAXA MÉDIA DE MERCADO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS JUROS REMUNERATÓRIOS, JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL – CONSIGNAÇÃO – AUSÊNCIA DEPÓSITO – EXTINÇÃO – LIMITAÇÃO DE JUROS*
>
> *REMUNERATÓRIOS – APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 7 DO STF – POSICIONAMENTO DO STJ CONSOLIDADO – CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO – ILEGALIDADE – RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE – POSSIBILIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO – RECURSO DA PARTE PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *A cláusula que prevê o vencimento antecipado do contrato é manifestamente abusiva e nula de pleno direito, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, por ser excessivamente onerosa ao consumidor, considerando a natureza do contrato em discussão.*
>
> *[...] (*Apelação - Nº 0023601-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan; 1ª Câmara Cível, j. 22 de julho de 2014).

Portanto, correta a sentença que declarou a nulidade da cláusula contratual que estabelece o vencimento antecipado do contrato.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A 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. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800551-53.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – ANULAÇÃO DE CASAMENTO – ALEGAÇÃO DE ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE – NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Por se tratar de medida excepcional, não se decreta a nulidade do casamento quando o cônjuge supostamente enganado não comprova que desconhecia a conduta desonrosa do outro ou do seu envolvimento em crime antes do casamento e que o conhecimento desta circunstância tornou insuportável a vida conjugal.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Lillian Kelly da Silva Pádua interpõe recurso de apelação (f. 172/181) contra a sentença proferida (f. 162/165) pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Fátima do Sul que, nos autos de anulação de casamento, ajuizada em desfavor de Jeferson Vieira, julgou improcedente o pedido.

Diz ter conhecido o apelado em janeiro de 2010 e se casado no dia 14 de agosto do mesmo ano. Alega que o apelado morava na cidade de Paranhos e somente após o casamento mudou-se definitivamente para sua casa, em Dourados. Afirma que o apelado não a deixava visitar sua conveniência, sob o argumento de não ser local para mulher. Diante desses argumentos, mesmo sendo funcionária do fórum e acadêmica de direito, sustenta não conhecer a verdadeira índole do apelado. Menciona, ainda, que só teve ciência do envolvimento do apelado com tráfico de drogas após ser presa juntamente com ele. Com fundamento no erro essencial sobre a pessoa, pretende anular seu casamento.

Contrarrazões às f. 185/189. O Ministério Público Estadual opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lillian Kelly da Silva Pádua (f. 172/181) contra a sentença proferida (f. 162/165) pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Fátima do Sul que, nos autos de anulação de casamento, ajuizada em desfavor de Jeferson Vieira, julgou improcedente o pedido.

Diz ter conhecido o apelado em janeiro de 2010 e se casado no dia 14 de agosto do mesmo ano. Alega que o apelado morava na cidade de Paranhos e somente após o casamento mudou-se definitivamente para sua casa, em Dourados. Afirma que o apelado não a deixava visitar sua conveniência, sob o argumento de não ser local para mulher. Diante desses argumentos, mesmo sendo funcionária do fórum e acadêmica de direito, sustenta não conhecer a verdadeira índole do apelado. Menciona, ainda, que só teve ciência do envolvimento do apelado com tráfico de drogas após ser presa com ele. Com fundamento no erro essencial sobre a pessoa, pretende anular seu casamento.

O Ministério Público Estadual opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação.

Conforme dispõe o artigo 1.556 do Código Civil, o casamento poderá ser anulado por vício de vontade, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quando à pessoa do outro.

As hipóteses a serem alegadas como causa de pedir da anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa estão expressamente fixadas no artigo 1.557 do Código Civil, dentre elas, o equívoco sobre a honra e boa fama do outro cônjuge, bem como a ignorância da prática de crime.

Todavia, não basta a existência de uma dessas causas. É imprescindível que preexista ao casamento e que a descoberta desta circunstância torne insuportável a vida em comum para o cônjuge enganado.

Logo, não há razão para reforma da sentença, tendo em visa que a apelante não se desincumbiu de ônus processual, isto é, não demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários para a procedência do pedido de anulação de casamento.

As testemunhas, contrariamente à pretensão da autora, até dizem que nunca tiveram informações da apelante sobre alguma conduta desonrosa ou criminosa de seu esposo. Isso, entretanto, é compreensível, pois, de acordo com os documentos juntados (f. 33/65), a apelante também foi denunciada no crime de tráfico de drogas e associação. Pelo que consta da denúncia do Ministério Público Estadual, a apelante fornecia seu carro para os crimes, a sua conta-corrente para movimentação do dinheiro oriundo do tráfico e efetuava pagamento dos fornecedores.

Além disso, a própria apelante diz que não frequentava o estabelecimento do seu cônjuge por ser ponto de jogo de azar (f. 177). Sendo servidora pública do fórum da comarca de Dourados e acadêmica de direito, tinha o dever de saber que a exploração de jogos de azar em lugar público ou acessível ao público, independentemente da cobrança de entrada, é contravenção penal prevista no artigo 50 do Decreto-lei n. 3.688/41. Ou seja, a apelante tinha pleno conhecimento da contravenção penal praticada reiteradamente por seu marido, conduta contrária a boa fama, e mesmo assim a vida conjugal não se transformou insuportável.

Diante das provas produzidas e dos indícios existentes nos autos, não é possível afirmar categoricamente que a apelante desconhecia a conduta desonrosa de seu cônjuge antes do casamento ou do seu suposto envolvimento em crime de tráfico de drogas. Não há, do mesmo modo, demonstração inequívoca de que tais acontecimentos tornaram insuportável a vida em comum do casal.

Por ser a anulação de casamento uma medida excepcional, a qual só pode ser decretada mediante a comprovação inequívoca dos requisitos essenciais, é de rigor a manutenção da sentença proferida.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0059846-52.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA EM SENTENÇA – AJUIZAMENTO DA DEMANDA MAIS DE CINCO ANOS APÓS O ÓBITO – RELAÇÃO DE CONSUMO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 27 DO CDC – TERMO *A QUO* DE CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO A PARTIR DO CONHECIMENTO DO DANO E AUTORIA – DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TÉRMINO DO PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Conforme jurisprudência pacífica, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito de a parte pleitear indenização pelo erro médico contra o Estado não nasce com o fim do processo ético-disciplinar no órgão fiscalizador da classe médica, mas, sim, com a constatação do dano que, no caso, se deu com o evento morte. Incide à hipótese a teoria da *actio nata*.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Eliseu Rodrigues Medeiros interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande MS, que reconheceu a prescrição da pretensão contida na inicial e, com resolução de mérito, julgou extinta a demanda indenizatória ajuizada contra a Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba e contra Mário Minor Murakami.

Sustenta em suas razões de recurso (f. 547/557) que a Magistrada considerou erroneamente as datas constantes nos autos. Aduz que "*não há que se falar em prescrição, pois após a internação e óbito da esposa do requerente, este compareceu ao Conselho Regional de Medicina para pedir apuração do ocorrido e indicação do responsável pela morte e descaso com a situação da saúde de sua esposa*".

Aduz que a responsabilização do médico requer a verificação de culpa do profissional, razão pela qual houve a necessidade de se aguardar o término do processo administrativo ajuizado para ingressar com a demanda judicial. Assevera que a confirmação da culpa se deu com a decisão de f. 278/281 em agosto de 2008, a partir de quanto deve ser contado o prazo de prescrição, não a partir do óbito em si.

Requer, ao fim, o conhecimento e provimento do apelo para que seja reformada a sentença a fim de afastar a prescrição com o julgamento de procedência dos pedidos formulados na inicial.

Intimados, os apelados apresentaram contrarrazões (f. 561/569 e f. 571/578) e requereram a manutenção da sentença e desprovimento dos apelos.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eliseu Rodrigues Medeiros, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande MS, que reconheceu a prescrição da pretensão contida na inicial e, com resolução de mérito, julgou extinta a demanda indenizatória ajuizada contra a Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba e contra Mário Minor Murakami.

Segundo consta dos autos, o apelante ajuizou a demanda indenizatório acima indicada contra os apelados sob o argumento de que em 14.02.2006, sua esposa Auriolanda Pinheiro de Souza Medeiros, deu entrada no Pronto Socorro da Santa Casa de Paranaíba, MS com queixa de dores abdominais, náuseas, cefaleia e dispneia, tendo sido internada sob os cuidados do médico Mário Minor Murakami.

Argumenta que após quatro dias, sob as ordens do referido médico, ela recebeu alta, mas permaneceu com as dores. Aduz que o quadro clínico se agravou com infecção grave, tendo sido realizado o transporte para Campo Grande, MS. Contudo, em 21.03.2006, em razão de condutas imputadas aos apelados, a esposa do apelante veio a óbito, o que teria sido reconhecido em procedimento administrativo realizado no Conselho Regional de Medicina.

Após regular instrução do processo, a Magistrada de primeira instância reconheceu a prescrição arguida pelos apelados nas contestações ofertadas e julgou extinto o feito.

Conforme relatado, o apelante insurge-se com relação ao reconhecimento da prescrição, porquanto entende que o prazo inicial teve ocorrer após o término do processo administrativo que tramitou perante o Conselho Regional de Medicina, em 2008.

Pois bem. De início, conquanto as partes não divirjam sobre a assertiva a seguir, importante registrar que a relação instaurada no presente caso é de consumo, porquanto preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, eis que tanto a vítima como o autor/apelante utilizaram dos serviços médicos enquanto destinatários finais, sendo considerados fornecedores os prestadores de tal serviço (médico e hospital).

Sendo, pois, uma relação de consumo, com o que ambas as partes concordam, aplicam-se as diretrizes esculpidas pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente, o prazo prescricional estipulado no artigo 27, o qual trata especificamente da reparação de danos, *in verbis*: "*Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria*".

Nesse sentido, o entendimento pacífico da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos;

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROPÓSITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 27 DO CDC. PRECEDENTES. 1.* ***A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC****. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ. 4ª Turma. Edcl no Resp nº 704.272/SP. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe: 15/08/2012). Grifou-se.

> *APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIAGNÓSTICO ERRADO. IMPUTAÇÃO DE ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. PROVIMENTO NEGADO. O art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos profissionais liberais, dentre eles o médico, prescreve que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, cujo prazo prescricional é de 05 anos - art. 27, do mesmo Codex. Operando-se a prescrição, deve o processo ser extinto."* (TJMG. 13ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0024.12.160014-2/001. Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, DJe: 01/11/2013)

> *APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA. ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. QUINQUENAL. CAUSA MADURA. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. LIVRE CONVENCIMENTO. - Aplica-se o prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC à pretensão de reparação de dano advindo de falha no serviço prestado por profissional liberal..."* (TJMG. 10ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0596.09.054683-6/002. Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, DJe: 18/10/2013).

In casu, a vítima, esposa do apelante, veio a óbito na data de 21.03.2006, conforme se extrai da certidão de óbito de f. 529. Como se sabe, o termo inicial da contagem desse prazo, segundo o próprio teor do artigo de lei, é o conhecimento do dano e de sua autoria o que, no caso em exame, ocorreu na data do falecimento (dano) e autoria (imputação ao médico/hospital). Ainda que o apelante pretenda fazer valer sua tese no sentido de que era necessária, primeiramente, a apuração da culpa em processo administrativo, tal exigência não se encontra prevista do Código de Defesa do Consumidor.

Conquanto o artigo 14, § 4º, do CDC estipule que a responsabilidade dos profissionais liberais é aferida mediante culpa, nada dispõe sobre a necessidade dessa culpa ser indicada antecipadamente na seara administrativa. Ao contrário, a fim de não perder de vista o prazo prescricional, é possível ajuizar a demanda desde logo para aferir a culpa mediante sua comprovação em instrução probatória.

Em complemento, conforme julgado do STJ citado pela Magistrada *a quo*, "*o direito de a recorrente pleitear indenização pelo erro médico contra o Estado não nasce com o fim do processo ético-disciplinar no órgão fiscalizador da classe médica, mas sim com a constatação do dano que, no caso, se deu com o evento morte. Incide à hipótese a teoria da actio nata*". (AgRg no Resp 1.189.169/SC). Vejamos a ementa do referido julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DAT DA CONSTATAÇÃO DO DANO. EVENTO MORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS. NÃO CUMPRIMENTO DO QUE DISPÕEM OS ARTS. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP E 25, §2º, DO RISTJ.*

> *O direito de a recorrente pleitear indenização pelo erro médico contra o Estado não nasce com o fim do processo ético-disciplinar no órgão fiscalizador da classe médica, mas, sim, com a constatação do dano que, no caso, se deu com o evento morte. Incide à hipótese a teoria da actio nata. Nesse sentido: "Esta Corte Superior de Justiça é firme no entendimento de que, no caso de responsabilidade civil do Poder Público em virtude erro médico, termo a quo do prazo prescricional conta-se da efetiva constatação dano* (AgR no Ag 129069/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalho , Primeira Turma, DJe 29/06201)".
>
> *2. O recurso especial pelo dissídio jurisprudencial não deve ser admitido ante o não cumprimento do que dispõem os artigos 541, parágrafo único, do CP e 25, §2º, do RISTJ, pois a hipótese cotejados são dessemelhantes. O acórdão indicado como paradigma (Resp 678.240/RS, Rel. Min. Mauro Campbel Marques) não tratou da prescindibilidade ou da imprescindibilidade do término do procedimento ético-disciplinar para o exercício do direto contra o Estado, com discutido no acórdão recorrido, mas, sim, de fatos ocorridos no bojo do próprio processo administrativo disciplinar.*
>
> *Agravo regimental não provido.*

Portanto, a teste exposta no recurso de apelação não encontra respaldo jurídico, eis que tanto a lei como a Corte Superior uniformizadora de jurisprudência expressamente não impõem a exigência de esgotamento do processo administrativo para que se inicie o prazo prescricional para o ajuizamento da demanda.

Segundo Serpa Lopes[1], "*o que se perde com a prescrição é o direito subjetivo de deduzir a pretensão em juízo, uma vez que a prescrição atinge a ação e não o direito*".

Sendo assim, tendo o óbito ocorrido em 21.03.2006 e a ação ajuizada em 04.11.2011, constata-se que já havia transcorrido a totalidade do prazo de cinco anos, devendo ser mantida a sentença que reconheceu a prescrição.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto, mas lhe nego provimento, mantendo-se incólume 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. 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

1 **Curso de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1989, v. 1.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0007081-67.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – PREJUDICIAL REJEITADA – INTOXICAÇÃO – INSETICIDA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – ENTE PÚBLICO – OMISSÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A pretensão indenizatória ajuizada em desfavor da Fazenda Pública Estadual prescreve em cinco anos, a teor do disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a contagem do prazo prescricional nas ações de indenização em face da Fazenda Pública tem início a partir da ciência da parte dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

Cabível a indenização por danos morais, se restar comprovado pelos documentos constantes dos autos, o nexo de causalidade entre a omissão do Ente Público que deixou de providenciar os equipamentos de proteção necessários para o servidor que manipulava e pulverizava a região de Amambai, com o inseticida, denominado "DDT", tendo, por conseguinte, sofrido intoxicação, que culminou com sérios problemas de saúde.

A indenização por dano moral deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Fundação Nacional de Saúde – FUNASA interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou:

> *"Parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação de indenização por danos morais movida por Emílio Miranda Freitas contra Fundação Nacional de Saúde – FUNASA (MS), para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescido de correção monetária*

pelo INPC/IBGE a partir do ajuizamento da ação (18/12/2001), e juros da mora a partir da citação (21/12/2001 – fls. 39), sendo de 0,5% ao mês até 10/01/2003, quando entro em vigor o Código Civil vigente, e de 1% a partir de 11/01/2003, tudo até a data do efetivo pagamento.

Como corolário natural da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de 50% para o autor e 50% para a ré.

Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios que, por equidade, fixo em R$ 4.000,00 (quatro mil reais). Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos advogados do autor, que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação. Os honorários advocatícios foram arbitrados considerando a complexidade da causa, que demandou discussões doutrinárias e jurisprudenciais; a necessidade de realização de prova pericial, e o espaço decorrido desde a distribuição da ação.

*Suspendo a exigência das verbas de sucumbência em relação ao autor por ser beneficiário da gratuidade judiciária (*Lei 1.060/50, art. 12)*."*

Alega a prejudicial de prescrição, sob o argumento de que se o apelado afirma que há décadas vinha sofrendo com problemas de saúde, que dispõe serem decorrentes da mencionada intoxicação, isto demonstra que o seu conhecimento da incapacidade ou das enfermidades atribui ao uso do DDT é muito anterior ao do ajuizamento da ação (de décadas antes).

No mérito, aduz que o uso do DDT e outros produtos estava baseada no exercício regular de um direito, sendo atribuição da extinta SUCAM o combate e a prevenção a vetores endêmicos, dentre os quais a malária, onde à época estava cientificamente comprova a eficácia da aplicação desses agentes químicos, bem como havia autorização expressa pelos órgãos estatais de saúde para a utilização dos mesmos, nos termos das legislações então vigentes.

Assevera que os fatos narrados pelos autores ocorreram antes da vigência do Novo Código Civil, ou seja, sob a vigência do Código Civil de 1916 que não previa qualquer tipo de responsabilidade objetiva.

Sustenta que o apelado não demonstrou que era, à época, inapto ao desempenho da atribuição funcional, aspecto esse, inclusive, que não foi por eles alegado na peça exordial, exatamente pelo fato de a ré os ter submetido previamente e de forma sistemática a treinamentos e capacitações no manuseio do DDT e de outros agentes químicos, empregados nos trabalhos que lhes eram afetos, aliado à disponibilização dos respectivos EPI's – Equipamentos de Proteção Individual.

Esclarece que o apelado não comprovou que o suposto dano tenha sido decorrente do manuseio e contato, durante determinado período laboral, do DDT e outros agentes nocivos, aspecto esse que sequer se encontra dirimido pela comunidade científica.

Dispõe que a simples exposição ao DDT não se afigura como causa adequada ao aparecimento dos sintomas ou doenças nos agentes públicos, havendo, por corolário lógico, a ruptura do nexo causal necessário à demonstração de eventual responsabilidade subjetiva.

Pondera que um trabalhador exposto, ocupacionalmente, ao DDT tem capacidade maior de metabolizar e eliminar mais rapidamente o DDT, quando comparado com pessoas da população geral não exposta em função do trabalho.

Frisa que o DDT pode causar efeitos toxicológicos, mas esses efeitos nos seres humanos, com os níveis de exposição – ocupacional e ambiental – possíveis de ocorrer, parecem ser muito leves ou até inexistentes.

Alega que fica completamente descartada a responsabilidade subjetiva da apelante, face a ausência de comprovação de dolo ou culpa pelos apelados, assim como pelas conclusões do estudo científico que descaracterizou o nexo de causalidade entre eventuais sintomas ou doenças presentes nos agentes públicos e a exposição dos mesmos ao DDT.

Prequestiona os dispositivos constitucionais e legais citados na presente peça, requerendo-se expressa manifestação deste Juízo acerca da interpretação a ser dada, ante a hipótese concreta que se apresenta.

Requer seja dado provimento ao recurso, "com o reconhecimento da prescrição de suposto direito de ação do apelado e extinção do feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, CPC, com a condenação nas custas e honorários advocatícios.

Caso rejeitada a prescrição, requer-se sejam os pedidos da parte recorrida julgados inteiramente improcedentes, com resolução do mérito, na forma prevista no art. 269, I, do CPC, com a condenação do autor nas custas do processo e honorários advocatícios.

Subsidiariamente, pugna-se pela redução do *quantum* indenizatório, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que a indenização não se converta em fonte de enriquecimento ilícito para a parte apelada."

O apelado não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA em face da sentença prolatada pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou:

> *"Parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação de indenização por danos morais movida por Emílio Miranda Freitas contra Fundação Nacional de Saúde – FUNASA (MS), para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescido de correção monetária pelo INPC/IBGE a partir do ajuizamento da ação (18/12/2001), e juros da mora a partir da citação (21/12/2001 – fls. 39), sendo de 0,5% ao mês até 10/01/2003, quando entro em vigor o Código Civil vigente, e de 1% a partir de 11/01/2003, tudo até a data do efetivo pagamento.*
>
> *Como corolário natural da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de 50% para o autor e 50% para a ré.*
>
> *Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios que, por equidade, fixo em R$ 4.000,00 (quatro mil reais). Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos advogados do autor, que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação. Os honorários advocatícios foram arbitrados considerando a complexidade da causa, que demandou discussões doutrinárias e jurisprudenciais; a necessidade de realização de prova pericial, e o espaço decorrido desde a distribuição da ação.*
>
> *Suspendo a exigência das verbas de sucumbência em relação ao autor por ser beneficiário da gratuidade judiciária (Lei 1.060/50, art. 12)."*

Requer seja dado provimento ao recurso, "com o reconhecimento da prescrição de suposto direito de ação do apelado e extinção do feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, CPC, com a condenação nas custas e honorários advocatícios.

Caso rejeitada a prescrição, requer-se sejam os pedidos da parte recorrida julgados inteiramente improcedentes, com resolução do mérito, na forma prevista no art. 269, I, do CPC, com a condenação do autor nas custas do processo e honorários advocatícios.

Subsidiariamente, pugna-se pela redução do *quantum* indenizatório, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que a indenização não se converta em fonte de enriquecimento ilícito para a parte apelada."

Inicialmente, torna-se necessário analisar e decidir a prejudicial suscitada.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a contagem do prazo prescricional nas ações de indenização em face da Fazenda Pública tem início a partir da ciência da parte dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

A propósito, confiram-se os julgados:

> *"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. No ordenamento jurídico brasileiro, o prazo prescricional está submetido ao princípio da actio nata, ou seja, seu termo inicial é a data a partir da qual a ação poderia ter sido ajuizada. Da mesma forma, deve ocorrer em relação às dívidas da Fazenda Pública, cujas ações "prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem" (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. 3. No presente caso, a lesão ao direito, que fez nascer a pretensão à indenização, foi reconhecida em sede de decisão judicial que determinou a nomeação dos autores aos cargos pleiteados, cujo trânsito em julgado ocorreu em 1999. Tendo sido a presente ação de indenização proposta em 2000, não há falar em prescrição. 4. Recurso especial provido."* (STJ. Resp 909990/PE. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. J: 05/06/2012).

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. O instituto da prescrição é regido pelo princípio da actio nata, ou seja, o curso do prazo prescricional tem início com a efetiva lesão do direito tutelado, pois nesse momento nasce a pretensão a ser deduzida em juízo, caso resistida, como preceitua o art. 189 do Código Civil/2002. Relativamente às ações contra a Fazenda Pública, o princípio é o mesmo, conforme se pode verificar no art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a matéria. 2. O Tribunal regional afastou a prescrição por entender que " quando foi ajuizada a ação, ainda havia a possibilidade de a autora sofrer a perda completa da visão. Do fato, podemos depreender que os danos advindos da infecção hospitalar ainda estavam se processando, de modo que não se pode acolher o argumento de que a ação estava prescrita." 3. Constata-se que tal entendimento foi exarado com base no acervo fático-probatório dos autos. Assim, conclusão diversa da alcançada pelo acórdão recorrido esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial não provido."*(STJ. Resp 1345742/RN. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J: 18/12/2012).

Assim, o termo inicial do prazo prescricional, nos presentes autos, foi a partir da dosagem do DDT no sangue do autor, que ocorreu com a ciência deste do resultado do exame realizado pelo Instituto Adolfo Lutz – Divisão de Bromatologia e Química, em 31/01/2000 (f. 31/32).

Tendo o autor ingressado com a presente ação reparatória de danos morais por ato ilícito decorrente de doença profissional do trabalho em face da Fundação Nacional de Saúde em 18/12/2001, encontra-se dentro do prazo de cinco anos, estipulado no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, não ocorrendo a prescrição.

Logo, rejeito a prejudicial.

No mérito, vê-se que o presente caso requer a análise da responsabilidade civil do Estado, em seu viés omissivo, por força da interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Segundo leciona José Cretella Júnior:

> *A omissão configura a culpa "in omitendo" e "culpa in vigilando". São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o "bonus pater familiae", nem como o "bonus administrator". Foi negligente. As vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.* (In, Tratado de Direito Administrativo", Ed. Forense, 1ª Ed. 1970, p. 210).

O caso versado nos autos parte exatamente da análise da omissão administrativa que deixou de providenciar os equipamentos de proteção necessários para o servidor que manipulava e pulverizava a região de Amambai, com o inseticida, denominado "DDT", tendo, por conseguinte, sofrido intoxicação, que culminou com sérios problemas de saúde.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, "*a responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizada na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente*". (*In* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 2ª Ed., p. 369).

O autor logrou comprovar que, em decorrência do serviço que prestava para o Ente Público, passou a sofrer com problemas de saúde, já que foi intoxicado com o inseticida, denominado DDT.

Os documentos constantes dos autos, demonstram, com clareza, o nexo de causalidade entre a omissão do Ente Público que deixou de providenciar os meios imprescindíveis para que o seu servidor pudesse realizar as suas obrigações, sem lhe causar qualquer problema de saúde.

Contudo, em decorrência da longa exposição ao inseticida, o autor foi intoxicado, causando-lhe danos à sua saúde.

A fim de elucidar a questão, torna-se necessária a transcrição de excertos da sentença prolatada pela magistrada singular:

> *"(...).*
>
> *O autor, enquanto funcionário da ré, laborou por algum tempo exposto a risco químico, físico e biológico pelo contato com produtos denominados organoclorados , o que é incontroverso.*

Tanto é assim, que o autor tem incluído em seu comprovante de rendimentos (fls. 35), adicional de insalubridade, o que é suficiente para comprovar que laborava em ambiente pouco saudável, prejudicial à saúde.

Na perícia judicial realizada nestes autos na data de 26 de junho de 2002, fls. 126/128, aos quesitos respondeu o perito:

1) Quais as doenças que afligem o examinado?

R: Hipertensão arterial sistêmica.

2) Quais as doenças que têm relação de causa e efeito com a presença de DDT no organismo do examinado? Essas doenças poderiam ter outras causas além do DDT? Pode-se afirmar com absoluta certeza que a patologia que o examinado alega possuir foi adquirida em razão da manipulação continuada do produto DDT?

R: Hipertensão arterial sistêmica

R: sim

R: não

3) A presença de DDT no organismo causa danos à saúde e doenças? Existe um índice de tolerância biológica? O que significa o "limite de quantificação" existente no exame de cromatografia gasosa para determinação de resíduos de pesticidas organoclorados realizado pelo Instituto Adolfo Lutz?

R: Sim

R: Sim

R: É o nível analiticamente que se consegue quantificar o pesticida.

4) O examinado é ou foi etilista? Existe relação entre as doenças apresentadas e alcoolismo?

R: Não

5) A contaminação é irreversível, ou o nível de DDT pode ser reduzido com o tempo e o afastamento do contato com o DDT?

R: É reversível

6) Há necessidade de ingestão continua de medicamentos? Em relação a quais patologias?

R: Sim

R: Hipertensão arterial sistêmica

7) Há outros esclarecimentos necessários ou interessantes para o caso?

R: Não

1) Está o autor intoxicado com o inseticida DDT, cujo nome químico é

Diclorotricloroetano? Em caso positivo, qual o grau encontrado na corrente sanguínea?

R: Não podemos informar, pois o último exame foi realizado em 31.01.2000

2) Se a intoxicação é em decorrência da manipulação e exposição direta ao veneno por muitos anos?

R: Sim

3) Se a intoxicação na corrente sanguínea está oculta até ser constatada por exame toxicológico feito por laboratório especializado?

R: Não saberia afirmar com certeza, pois não examinei o paciente antes do exame especializado.

4) Em razão da presença do inseticida ao longo dos anos no organismo do paciente, o grau encontrado e o estágio em que se encontra, estes fatos já produziram doenças irreversíveis? Caso positivo, dizer quais são elas e o que cada uma afeta a saúde?

R: Não.

Pelo Relatório Médico de fls. 148, juntado aos autos pela requerida, atestou o médico Dr. Marcílio Delmondes Gomes que "Este tem por objetivo, afirmar que o Sr. Emilio Miranda Freitas, apresenta Síndrome Vestibular Central, de provável causa tóxica".

Quantos aos efeitos do contato e absorção dos produtos denominados organoclorados, dúvida não há quanto aos maleficios que podem advir ao ser humano em caso de intoxicação.

No que se refere ao fornecimento e uso de equipamento de proteção individual pela ré ao autor, afirmou na petição inicial que nenhum equipamento de proteção era fornecido.

Essa alegação não foi impugnada pela ré na contestação (fls. 288/302), traduzindo-se em verdade formal. Trata-se da aplicação do princípio do ônus da impugnação especificada dos fatos (CPC, art. 302).

Pelo princípio da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, II), estava a cargo da ré a prova do fornecimento dos equipamentos de proteção individual ao autor.

Instada pessoalmente a especificar provas (fls. 406 e 408), a ré manteve-se silente (fls. 409).

Exame realizado em amostra de sangue do autor pelo Instituto Adolfo Lutz, no ano de 2000, para determinação de resíduos de pesticidas organoclorados, apontou nível de DDT superior ao aceitável, que é de 0,16 ug/dL, conforme se vê às fls. 159/160. Em exame feito pelo mesmo Instituto e com o mesmo objetivo, no ano de 2002, apontou que o nível de DDT reduziu para 0,19 ug/dL (fls. 157/158). Observa-se neste último, contudo, que aparece o pesticida DDE, sendo encontrado 1,54 para um limite estabelecido em 0,06 (fls. 158), elemento esse que não aparece no exame laboratorial de fls. 160, feito no ano de 2000, indicando que há sim contaminação por pesticida organoclorado.

(...).

Mesmo conhecidos e reconhecidos os danos que tais produtos poderiam causar tanto ao meio ambiente quanto ao ser humano, e mesmo estando a requerida obrigada a

fornecer a seus servidores os EPIs, como já abordado anteriormente, em demonstração de completo descaso para com a vida e a saúde dos servidores, simplesmente deixou de fazê-lo.

Portanto, seja pela falta de impugnação específica por parte da ré quanto as alegações contidas na petição inicial, seja pela falta de produção de provas por parte da ré de que os EPIs eram fornecidos e utilizados adequadamente, está suficientemente demonstrado que o autor laborou exposto a risco de contaminação e intoxicação por DDT, cujos danos potenciais eram conhecidos pela ré, tendo, inclusivo, o perito judicial respondido positivamente ao quesito "A presença de DDT no organismo causa danos à saúde e doenças", como já analisado.

A omissão e negligência da ré, que mesmo ciente da toxidade incontestável da substância DDT, manteve-se por tão expressivo período inerte, sem fornecer proteção a seus servidores no cumprimento de tão nobre mister, isto é, proteger a saúde da população em geral, representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, passível de ser indenizado.

Alie-se a isso ainda o risco à integridade física a que ficou exposto o autor em contato diário com substância tóxica, a angústia por ele experimentada ao ficar ciente do risco de contaminação e intoxicação a que ficou exposto, bem como a contaminação comprovada pelo exame de resíduos realizado pelos Instituto Adolfo Lutz no ano de 2000, independentemente redução posterior do nível de contaminação, e independentemente da comprovação de dano efetivo, sendo suficiente a existência de evento com potencial lesivo, é devida indenização por danos morais.

Cabia à ré comprovar a ocorrência de excludentes da responsabilidade do Estado, no caso, culpa exclusiva da vítima ou culpa recíproca, o que não logrou demonstrar, remanescendo íntegro o dever de indenizar pelos danos morais causados ao autor."

Assim, restam preenchidos os requisitos ensejadores da condenação o ora apelante ao pagamento de indenização a título de danos morais.

No que tange ao *quantum* indenizatório, por certo que a quantia de R$ 20.000,00 não possui o condão de reparar a dor, mas de compensar de alguma forma o dano sofrido, minimizando os sofrimentos do autor. É como 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 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."[1]

Dessa forma, o dano moral deve ser fixado de maneira equitativa e em conformidade com as circunstâncias do caso, a teor do que dispõe o parágrafo único, do artigo 953, do Código Civil. Nesse caso, o valor da indenização não pode ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, e, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

1 STOCO, RUI. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 128.

No presente caso, considerando-se o potencial econômico do causador do dano e a extensão do gravame, não há como se considerar que o valor fixado seja exorbitante, pois é valor que se mostra razoável e está dentro dos parâmetros que atendem à finalidade do instituto.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a prejudicial e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0056884-22.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – NÃO COMPROVAÇÃO DOS DANOS MORAIS – MERO DISSABOR – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR – ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM OS §§3º E 4º DO ART. 20 DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Julga-se improcedente o pedido de indenização a título de danos morais, quando, mesmo que tenha demorado para se determinar a realização do procedimento cirúrgico, não restou demonstrado que tal situação tenha causado ofensa à integridade moral da autora, podendo, apenas, se constatar um mero dissabor.

Em causa de pequeno valor, a verba honorária será arbitrada, em valor certo, por equidade, levando-se em consideração o disposto nas alíneas a, b e c do §3º do art. 20 do CPC.

RECURSO ADESIVO DA AUTORA – MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS – REFORMA DA SENTENÇA NESTE PONTO – RECURSO PREJUDICADO.

Deve ser julgada prejudicada a apreciação do recurso adesivo interposto pela autora, tendo em vista a reforma da sentença no que tange à indenização a título de danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do IMPCG e julgar prejudicado o de Alessandra de Souza Vargas, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2015.

Des. Vladimir abreu da silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir abreu da silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG e recurso adesivo interposto por Alessandra de Souza Vargas em face da sentença prolatada pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que reconheceu "a ausência de capacidade de ser parte (pressuposto processual) em relação à SERVIMED, extinguindo-se o feito, em relação a esta parte, na forma do art. 267, IV, do CPC.

Em relação ao Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande, julga-se procedente o pedido contido na presente demanda para condená-lo a conceder cobertura total, diretamente ou pro meio de

médico especialista, para a realização do procedimento cirúrgico de liberação dos tendões dos pododáctilos em favor da autora, Alessandra de Souza Vargas, extinguindo-se o feito, nesta parte, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Neste mesmo ato, antecipam-se os efeitos da tutela para determinar a realização da cirurgia indicada em até 30 (trinta) dias.

A parte requerida ficará responsável pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §4º, do CPC.

Desnecessária a remessa dos autos para o reexame da sentença, tendo em vista que, segundo informado nos autos, o valor estimado para a realização da cirurgia concedida é de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais)".

E, ainda, restou decidido nos embargos de declaração:

> *"(...).*
>
> *Ante o exposto, na forma do artigo 537 do CPC, conhece-se dos embargos de declaração para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de condenar o requerido ao pagamento de uma indenização por danos morais arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida pelo IPCA[1] a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir da citação, com base na TR (art. 1º-F da Lei 9.494/97).*
>
> *Intimem-se as partes da presente decisão, reabrindo-se o prazo para que o requerido possa retificar o recurso de apelação de fls. 207/213."*

Alega o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG que o magistrado singular condenou o réu em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a título de honorários sucumbenciais, mais custas processuais, o que corresponderia a 55,55% do valor da condenação. O que demonstra total falta de parâmetro com o determinado pelo art. 20 do CPC.

Aduz que, considerando as peculiaridades do caso concreto – especialmente a singeleza da causa e a célere tramitação da demanda – e os parâmetros fixados pelos §§3º e 4º do art. 20 do CPC, revela-se excessiva a verba honorária arbitrada na sentença – qual seja, 55,55% do valor da condenação, impondo-se, assim, sua minoração.

Afirma que jamais causou qualquer dissabor à autora ou negou-lhe atendimento. O que de fato aconteceu foi que o apelante autorizou o procedimento cirúrgico solicitado pela médica que assiste a apelada em conformidade com as normas, tabelas e legislação pertinente. No entanto, a médica cirurgiã negou-se a aceitar a tabela praticada pelo Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED, gerido pelo Instituto apelante e, impôs a cobrança de valor particular definido por si.

Assevera que buscou credenciar profissionais especialistas em cirurgia de pé e tornozelo para realização de procedimentos aos beneficiários do SERVIMED, já que os únicos médicos que realizavam cirurgia em Campo Grande não aceitam tabela de honorários praticadas pelas operadoras de saúde, preferindo atender seus pacientes tão somente na esfera particular, sem intermediação de convênio.

Frisa que o valor fixado pelo julgador a título de danos morais extrapola, inclusive, ao bem da vida perseguido pela autora, fato esse que acaba por causar ao apelante também um grande abalo, merecendo por tal conta tal valor ser minorado pelo Tribunal.

1 Vide ADI 4357/DF (STF) e AgRg nos EDcl no REsp 1381106/RS (STJ).

Requer o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG seja dado provimento ao recurso, "determinando a redução da condenação nos honorários advocatícios para 10% ou no máximo 20% do valor da condenação/valor da causa, conforme acima explanado, bem como reformando a parte da sentença que condenou o apelante a indenizar à apelada em danos morais, posto que, conforme acima ilustrado, no caso em comento, o apelante não causou qualquer dano à apelada, passível de ser indenizado.

No entanto, caso V. Exas. Entenda pela manutenção da condenação em danos morais, requer que o valor fixado pelo juiz de primeiro grau seja minorado, posto que, a condenação mostra-se excessiva, requerendo ainda seja determinada a aplicação do art. 1º-F da Lei Federal n. 9494/97, com redação dada pela Lei Federal 11.960/2009, para atualização dos valores."

Sustenta Alessandra de Souza Vargas que o valor fixado pelo juízo a quo de danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não cumpre com a finalidade de reparar ou no mínimo amenizar o dano causado e também não pode ser ignorada a finalidade pedagógica da indenização a fim de evitar que o réu reincida em sua prática causando lesões a outras pessoas as quais movimentarão o Poder Judiciário por mais uma vez.

Requer Alessandra de Souza Vargas que seja dado provimento ao recurso, "para majorar o valor fixado a título de danos morais para o importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)"

Em contrarrazões, a autora Alessandra de Souza Vargas manifesta pelo desprovimento do recurso interposto pelo o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG e este requer seja negado provimento ao recurso daquela.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG e recurso adesivo interposto por Alessandra de Souza Vargas em face da sentença prolatada pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que reconheceu "a ausência de capacidade de ser parte (pressuposto processual) em relação à SERVIMED, extinguindo-se o feito, em relação a esta parte, na forma do art. 267, IV, do CPC.

Em relação ao Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande, julga-se procedente o pedido contido na presente demanda para condená-lo a conceder cobertura total, diretamente ou pro meio de médico especialista, para a realização do procedimento cirúrgico de liberação dos tendões dos pododáctilos em favor da autora, Alessandra de Souza Vargas, extinguindo-se o feito, nesta parte, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Neste mesmo ato, antecipam-se os efeitos da tutela para determinar a realização da cirurgia indicada em até 30 (trinta) dias.

A parte requerida ficará responsável pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, §4º, do CPC.

Desnecessária a remessa dos autos para o reexame da sentença, tendo em vista que, segundo informado nos autos, o valor estimado para a realização da cirurgia concedida é de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais)".

E, ainda, restou decidido no embargos de declaração:

> *"(...).*
>
> *Ante o exposto, na forma do artigo 537 do CPC, conhece-se dos embargos de declaração para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de condenar o requerido ao pagamento de uma indenização por danos morais arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida pelo IPCA[2] a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir da citação, com base na TR (art. 1º-F da Lei 9.494/97).*
>
> *Intimem-se as partes da presente decisão, reabrindo-se o prazo para que o requerido possa retificar o recurso de apelação de fls. 207/213."*

Requer o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG seja dado provimento ao recurso, "determinando a redução da condenação nos honorários advocatícios para 10% ou no máximo 20% do valor da condenação/valor da causa, conforme acima explanado, bem como reformando a parte da sentença que condenou o apelante a indenizar à apelada em danos morais, posto que, conforme acima ilustrado, no caso em comento, o apelante não causou qualquer dano à apelada, passível de ser indenizado.

No entanto, caso V. Exas. Entenda pela manutenção da condenação em danos morais, requer que o valor fixado pelo juiz de primeiro grau seja minorado, posto que, a condenação mostra-se excessiva, requerendo ainda seja determinada a aplicação do art. 1º-F da Lei Federal n. 9494/97, com redação dada pela Lei Federal 11.960/2009, para atualização dos valores."

Requer Alessandra de Souza Vargas que seja dado provimento ao recurso, "para majorar o valor fixado a título de danos morais para o importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)"

Inicialmente, deve ser analisado o recurso interposto pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG.

No que tange à condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos morais, vê-se que merece reparos a sentença, neste ponto.

Pelo que se observa dos autos, o procedimento cirúrgico foi indicado pela médica Maria Helena C. Vieira, ortopedista e traumatologista, fixando o seus honorários em R$ 4.500,00.

Referido procedimento não foi autorizado, em um primeiro momento, tendo em vista o laudo da junta médica formada pelo Dr. Maurício Pontes e Dr. Emerson Vieira que concluiram pela não indicação do tratamento cirúrgico para o caso, sugerindo o tratamento na clínica da dor (f. 36).

Além disso, o valor dos honorários pleiteados pela médica que estava acompanhando a autora não correspondia ao estipulado em um acordo pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande e o Presidente Interino da SBOT.

Vale destacar que, assim como a Drª Maria Helena C. Vieira, o Dr. Maurício Pontes também é especialista em ortopedia, possuindo, também, credibilidade em seu diagnóstico.

A fim de elucidar a questão, tornou-se necessária a elaboração de laudo judicial, tendo o Dr. Silvio Haddad, concluído:

> *"(...).*

2 Vide ADI 4357/DF (STF) e AgRg nos EDcl no REsp 1381106/RS (STJ).

> *Em conclusão, há indicação do tratamento cirúrgico proposto para a liberação dos tendões dos pododáctilos que se mostram encarcerados, permitindo um apoio mais fisiológico sobre o pé lesado, reduzindo as alterações anatômicas que hoje são causas do agravamento de suas dores e incapacidades funcionais, além de dever manter-se sob tratamento clínico da dor, na tentativa de bloquear os nervos sensitivos, cuja resposta terapêutica deverá ser mais favorável após a liberação dos tendões".*

Portanto, a conclusão do perito judicial foi pelo procedimento cirúrgico, contudo, também indicou a manutenção do tratamento clínico da dor, como recomendado pelos Drs. Maurício Pontes e Emerson Vieira.

Evidencia-se, portanto, que não se faz presente o dano moral a ensejar a condenação do réu ao seu pagamento, porquanto, ainda que tenha demorado para se determinar a realização do procedimento cirúrgico, não restou demonstrado que tal situação tenha causado ofensa à integridade moral da autora, podendo, apenas, se constatar um mero dissabor.

Vê-se que, quando determinado o réu cumpriu com a sua obrigação, realizando o procedimento cirúrgico, com o pagamento dos honorários à médica que estava acompanhando a autora.

Logo, não há falar em condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Por outro lado, não merece provimento o recurso no que diz respeito à verba honorária.

Verifica-se que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios no importe de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), encontra-se em conformidade com disposto no art. 20, §4º, do CPC, tendo sido levado em conta para a sua fixação as alíneas a, b e c do §3º, do referido dispositivo legal, ou seja, o grau de zelo profissional; o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo gasto para o seu serviço.

Assim, neste ponto, deve ser mantida a sentença recorrida.

Contudo, diante da reforma parcial da sentença recorrida, a verba sucumbencial deve ser divida, competindo às partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um, o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sendo, por conseguinte, admitida a compensação destes.

Por fim, deve ser julgada prejudicada a apreciação do recurso adesivo interposto por Alessandra de Souza Vargas, tendo em vista a reforma da sentença no que tange à indenização a título de danos morais.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG e dou-lhe parcial provimento a fim de, reformando a sentença recorrida, para julgar improcedente o pedido de indenização a titulo de danos morais.

Condeno às partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), possibilitando, por conseguinte, a sua compensação.

Deixo consignado que a verba sucumbencial com relação à autora deve ser observado o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Julgo prejudicada a análise do recurso adesivo interposto por Alessandra de Souza Vargas.

DECISÃO

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do IMPCG e julgaram prejudicado o de Alessandra de Souza Vargas, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Senhor Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Presente o representante da Procuradoria Geral de Justiça Dr(a). Marigô Regina Bittar Bezerra. Não houve solicitação de preferência ou sustentação oral.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000368-77.2012.8.12.0034 - Glória de Dourados
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO – NÃO CONFIGURADA – PRAZO PRESCRICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA É CINCO (05) ANOS, CONSOANTE PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL – AFASTADA –INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO COM ADULTERAÇÃO DE CHASSI – MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE VISTORIA REALIZADO PELO DETRAN – DANOS MATERIAIS (DANOS EMERGENTES) CONFIGURADOS – LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS – AUSÊNCIA DE PROVAS DOS GANHOS QUE DEIXARAM DE SER AUFERIDOS – DANOS MORAIS PRESENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não comporta guarida a arguição de prescrição na medida em que o prazo contra a Fazenda Pública é cinco (05) anos, nos termos do art. 1º do Decreto n.20.910/32, que expressamente prevê o prazo prescricional quinquenal, a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, contados da data do ato ou fato do qual se originara.

Não fere o princípio da dialeticidade a insurgência da parte que ataca especificamente os termos do *decisum*, pugnando por um novo pronunciamento judicial, tal como ocorre no caso em pauta, restando atendidos, como corolário, os requisitos previstos no art. 524, da Lei Adjetiva Civil.

Nos moldes da jurisprudência deste Tribunal, se o DETRAN permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto/roubo.

Estando comprovados os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário, de forma compensar a vítima pelo abalo sofrido e, ao mesmo tempo, revestir a condenação de caráter pedagógico a fim de que sejam evitadas novas incidências semelhantes, atentando-se, ainda, ao princípio da razoabilidade.

A partir de 29 de junho de 2009, conforme o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, *"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."*

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, 27 de janeiro de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Ivanildo Alencar de Moura, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Comarca de Glória de Dourados, que julgou improcedente o pedido de indenização espelhado na ação que moveu contra o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, interpõe apelação, alegando ter sofrido prejuízos materiais e morais porque a apelada não agira com zelo e prudência ao vistoriar o veículo que adquirira, tipo ônibus marca Mercedes Benz/364 11R, branco, ano e modelo 1980, placas BWN 7612/SP, chassi 36417311040755, deixando de prestar o serviço que lhe competia de forma adequada e esperada.

Argumenta que, pretendendo alienar o bem, adquiriu pneus e baterias novos, em investimento que atingiu o patamar de R$ 8.900,00 e, ato contínuo, encontrou interessado na aquisição, porém, quando transferência do referido veículo, o DETRAN da Capital constatou irregularidades na numeração do chassi, impossibilitando, por conseguinte, a formalização do contrato de compra e venda.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso, arguindo, em preliminar, inobservância ao princípio da dialeticidade, bem como prescrição do direito buscado, tendo em vista que a vistoria contra a qual se insurge o apelante teria se concretizado em fevereiro de 2005.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Ivanildo Alencar de Moura, posto que inconformado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Cível Comarca de Glória de Dourados, que julgou improcedentes os pedidos e declarou a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC e, ainda, condenou o apelante ao pagamento das custas e despesas do processo, e aos honorários advocatícios arbitrados em R$ 4.000,00, porém, estas suspendidas na forma do art. 12 da Lei 1.060/50, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais nº 0000368-77.2012.8.12.0034, movida em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito.

O apelante pleiteia, ao final, o deferimento de todas as pretensões vindicadas na preambular, ou seja, indenização por danos materiais e morais, incluindo os lucros cessantes no valor de R$ 55.100,00, além de condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios na ordem de 20%.

Por sua vez, em contrarrazões de fls. 215/237, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso, aduzindo, em preliminar, a prescrição do direito buscado e, caso eventualmente se ultrapasse esta, no mérito, prequestiona pela manifestação de toda a matéria juridica ventilada no recurso.

Pois bem.

Consta dos autos que Ivanildo Alencar de Moura, propôs a presente ação de de indenização por danos morais e materiais em face do Detran/MS e do Estado de Mato Grosso do Sul, ambas pessoas pessoas jurídicas de direito interno, alegando, como consta do relatório da sentença, o que se segue:

> *"(...) no mês de fevereiro de 2005, se dirigiu à cidade de São Paulo-SP, onde comprou um veículo tipo ônibus marca Mercedes Benz/364 11R, cor branca, ano e modelo 1980, placa BWN-7612/SP, chassi 3641731104075, RENAVAN n. 265142679, de uma garagem cujo nome não se recorda, pagando o preço de R$ 30.000,00.*

Relata mais o apelante que, de posse do documento do veículo, dirigiu-se ao DETRAN/MS, agência de Glória de Dourados, local onde apresentou o ônibus juntamente com a documentação necessária e, após a vistoria, a transferência foi realizada coma expedição do certificado de registro e licenciamento, razão pela qual efetuou o pagamento do restante do valor negociado com a garagem.

Entretanto, no mês de maio de 2011, objetivando negociar o veiculo, fez a aquisição de 6 pneus e duas baterias novas no valor total de R$ 8.900,00 e, no mês de julho de 2011, negociou a venda do veículo para a pessoa de Dai Mick, a quem o requerente entregou o recibo de transferência do veículo devidamente preenchido e assinado para transferir o automóvel para a sra. Dorneles Mick.

Informa que, contudo, o DETRAN constatou irregularidade na numeração verificadora do chassi do veículo, razão pela qual a compra e venda foi desferida e o ônibus encaminhado à DEFURV de Campo Grande/MS que autorizou o requerente a permanecer com o veículo, na condição de fiel depositário.

Posteriormente, teria sido constatada a adulteração do chassi do veiculo e que o requerente teve que suportar os prejuízos no valor de R$ 30.000, R$ 2.000,00 referentes a despesas de transporte do veículo até sua cidade, R$ 8.100,00 referentes à compra de pneus e baterias, R$ 2.000,00 a título de lucros cessantes de R$ 14.000,00 cuja origem do prejuízo não especificou, totalizando R$ 52.104,00.

Relata que se o Detran/MS, tivesse constatado a irregularidade no momento da primeira vistoria, o veículo teria sido devolvido ao proprietário em São Paulo e que o requerente não teria sofrido os prejuízos que experimentou" (f. 192).

Quanto à preliminar de prescrição

Assiste razão ao apelante.

É pacífico o entendimento no sentido de que o prazo prescricional contra a Fazenda Pública, é cinco (05) anos, ou seja, o art. 1º do Decreto n.20.910/32, que expressamente prevê o prazo prescricional quinquenal, a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, contados da data do ato ou fato do qual se originara (Precedentes do STJ e deste Tribunal, consoante se vê do recentíssimo julgamento do EB nº 0817393-38.2013.8.12.0001/50000, 1ª Turma cível, relator João Maria Lós, de 25.11.2014). A propósito:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESCRIÇÃO - FAZENDA PÚBLICA – PRAZO QUINQUENAL – DECRETO Nº 20.910/32 – PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL – FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS.

Não merece acolhimento a pretensão de aplicação do art. 206, § 3º do Código Civil, eis que é pacífico o entendimento de aplicar-se o art. 1º do Decreto n.20.910/32, que expressamente prevê o prazo prescricional quinquenal, a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, contados da data do ato ou fato do qual se originara.

No mesmo sentido:

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – PRESCRIÇÃO – MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ – INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL – DEZESSEIS ANOS – ART. 198, I, DO CC – PRAZO DE 5 ANOS – DECRETO N. 20.910/32 – PRESCRIÇÃO AFASTADA – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 515, § 1º, DO CPC – MÉRITO – ETAPA ALIMENTAÇÃO – CORREÇÃO ANUAL PELO INPC – POSSIBILIDADE ATÉ DEZEMBRO DE 2004 JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 (...)

2. Segundo o Colendo STJ, a prescrição contra a Fazenda Pública é disciplinada pelo Decreto 20.910/32, que prevê o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento de ação.

3. (...)

4. (...). (EB 0817393-38.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande, 1ª Câmara Cível, relator Des. João Maria Lós, de 25.11.2014).

Frise-se, ainda, que o prazo prescricional, no caso versando, deve ser contado do instante em que ocorreu a última vistoria, momento em que foi constatada a alteração da numeração do chassi do veículo. Não haveria lógica alguma se esse prazo retrocedesse à época em que adquiriu o veículo em 2005, quando até então nada havia se constatado de irregular com a numeração do chassi.

Princípio da Dialeticidade:

Argumenta-se que a apelação não deveria ser conhecida porque não atenderia ao princípio da dialeticidade recursal, haja vista que os fundamentos suscitados pela parte não se articulariam com a sentença em exame.

Sem razão.

Como cediço, não fere o princípio da dialeticidade a insurgência da parte que ataca especificamente os termos da do *decisum*, pugnando por um novo pronunciamento judicial, tal como ocorre no caso em pauta, restando atendidos, como corolário, os requisitos previstos no art. 524, da Lei Adjetiva Civil, mormente considerando a relevância dos argumentos apresentados, a ponto de propiciar inclusive reforma do julgado, como se verá mais adiante.

Mérito

No mérito, assiste razão em parte ao apelante.

Pleiteia a reforma da sentença para condenar o apelado a título de danos materiais e morais na importância de R$ 55.100,00 em face dos motivos esposados acima.

Depois de lidas e sopesadas as provas carreadas, tenho que o apelado Detran/MS deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, posto que, por meio de seu agente, foi negligente, ao exercer a prestação de serviços que lhe competia, e que findou por causar prejuízos ao apelado, ao não detectar a adulteração do chassi de veículo submetido à vistoria.

O apelante, em fevereiro de 2005, se dirigiu à cidade de São Paulo e adquiriu o veículo ônibus marca Mercedes Benz, descrito na inicial, e de posse dos documentos dirigiu-se ao Detran/MS, agência de Glória de Dourados, onde apresentou o veículo e sua documentação para serem vistoriados.

Após a vistoria, nada sendo constatado, a transferência foi realizada para o nome do apelante, com expedição de certificado de registro e licenciamento.

Cerca de seis (06) anos após, ou seja, mais precisamente em 2011, negociou a venda do veículo para a pessoa de Dorneles Mick, quando, então, em nova vistoria, o Detran constatou irregularidade na numeração do chassi do veiculo, ficando o veículo retido na DEFURV de Campo Grande/MS para perícias, porém, a autoridade policial autorizou o mesmo a permanecer na posse do veiculo, na condição de fiel depositário. De toda forma, obrigou-se o apelante a desfazer o negócio.

Evidente que experimentou prejuízos, pois se o Detran tivesse constatado de imediato a irregularidade, certamente o negócio inicial teria sido desfeito.

Por outro prisma, não há falar que o Detran/MS não teria como averiguar tais irregularidades, vícios materiais etc, e que isso deveria ser atribuído a peritos, vez que não passaria de simples local de registro, funcionando como um cartório, onde se averiguam multas, encargos e impostos existentes sobre os veículos. Ao contrário, tem-se que o Detran, órgão com função específica, que mantém o registro dos veículos, exige vistorias para que transferências de propriedades se efetivem e, ao fazê-lo, averigua, ao menos deveria averiguar, toda e qualquer forma de irregularidade.

Diante disso, e tendo em vista que a numeração do chassi é a mesma tanto por ocasião da aquisição feita pelo apelante (2005) como por ocasião da posterior venda do veículo (2011), e que nesse primeiro período, aproximadamente três meses, foi submetido a pelo menos duas vistorias, com extração de dois decalques da numeração do chassi (docs. de fls. 145 a 148), emerge que o apelante já adquiriu o bem com a adulteração, fato que deveria ter sido, sim, constatado pelo Detran de Glória de Dourados, não fosse a má prestação do serviço realizado.

De outro lado, a possibilidade de a alteração da numeração ter ocorrido posteriormente à primeira vistoria, como procura discorrer o apelado, não comporta guarida, seja pela ausência de provas seguras a respeito ou seja porque percebe-se, a olho nu, que o primeiro decalque já apresentava as mesmas características descritas pelo perito na perícia realizada posteriormente, estando também em consonância com o segundo decalque extraído (fls. 23 e 148).

Insta observar que ao Detran/MS, autarquia estadual, aplica-se o disposto no § 6º do artigo 37, da Constituição Federal, no sentido de que responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, exceto nos casos em que fique comprovada a culpa exclusiva da vítima, o que, à toda evidência, não é o caso.

Segundo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "*essa culpa do serviço ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário."* (Direito Administrativo - p. 527).

No tocante à realização de vistoria, os órgãos de trânsito devem atentar para o que prevê o art. 1º e incisos da Resolução nº 282/2008 do CONTRAN[2], tomando as providências necessárias para verificação do chassi do veículo e de outros itens que a legislação determina.

E, sendo encontrando eventual sinal de adulteração, devem ser observadas as determinações do art. 7º da Resolução n. 282/08 do CONTRAN[3]. Por pertinente, vale transcrever parte do voto exarado pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay, relativo ao processo TJ/MS nº 0807949-46.2011.8.12.0002, ao analisar situação semelhante:

> *"Como se observa, na teoria da culpa administrativa ou do serviço público, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é vista sob a ótica do direito privado, o que caracteriza um regime jurídico estritamente privatístico, mas desvincula a responsabilidade do ente estatal da ideia de culpabilidade do funcionário, passando a falar-se em culpa do serviço.*
>
> *Nesse caso, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço da Administração, e em sendo assim, incide a responsabilidade estatal independentemente de qualquer indagação acerca da culpa do servidor.*
>
> *(...)*
>
> *Do acima exposto, tem-se que, em sendo o DETRAN o órgão estatal encarregado de tomar as providências atinentes ao registro, identificação, licenciamento e transferência de veículos, cabe-lhe, por seu turno, nos casos de transferência do veículo para proprietário diverso, efetuar a vistoria, que é um procedimento obrigatório e que, dentre outras irregularidades, visa identificar eventual alteração no chassis do veículo.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, quando da transferência do veículo, cabe ao Detran a verificação de que o chassi do mesmo encontra-se sem adulteração, sob pena de se permitir a transferência de automóvel possivelmente objeto de furto ou sinistrado, como ocorreu na hipótese dos autos, por negligência dos funcionários do apelado.*
>
> *Se o Detran não adotou todas as medidas ao seu dispor, permitindo a transferência de veículo com chassi adulterado, deve responder pelos prejuízos causados ao apelante. (...)"*
>
> *A propósito, o entendimento deste Tribunal também adotado nos seguintes julgados:*
>
> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – AFASTADA – MÉRITO – TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO COM ADULTERAÇÃO DE CHASSI – MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE VISTORIA REALIZADO PELO DETRAN – DANOS MATERIAIS (DANOS EMERGENTES) CONFIGURADOS - LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS – AUSÊNCIA DE PROVAS DOS GANHOS QUE DEIXARAM DE SER AUFERIDOS – DANOS MORAIS PRESENTES – RECURSO DE ALEXANDRO GERALDO DOS SANTOS E MARCOS VIEIRA DA SILVA PARCIALMENTE PROVIDO – APELO DE LUZIMAR DONIZETE PEREIRA DA COSTA PROVIDO.*
>
> *Não há que se falar em cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, quando presente prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador, mostrando-se inútil a produção de outras provas.*

Nos moldes da jurisprudência deste Tribunal, se o DETRAN permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto/roubo.

Estando comprovados os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

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

A partir de 29 de junho de 2009, conforme o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, "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." (Apelação Nº 0071938-33.2009.8.12.0001, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DETRAN - ADULTERAÇÃO DE CHASSI - TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO OBJETO DE FURTO - RESPONSABILIDADE - DANO MATERIAL COMPROVADO – DANO MORAL - CONFIGURADO - RECURSO PROVIDO.

Para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, é necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste, e, em havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal na prestação do serviço, ou sua má-prestação, e o dano experimento pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Se o DETRAN permite a transferência de veículo, com adulteração de chassi, que posteriormente é apreendido pela polícia, tem o dever de indenizar o adquirente pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização de veículo objeto de furto (grifei)

A obrigação de reparar o dano moral sofrido possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Desde que comprovados nos autos os danos materiais sofridos pela vítima, impõe-se o dever de reparar." (0819549-82.2002.8.12.0001 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 25/05/2009, Data de registro: 08/06/2009) -

"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CULPA DO DETRAN PELO LICENCIAMENTO DE VEÍCULO COM CHASSI ADULTERADO – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Se as vistorias e fiscalizações não tivessem sido prestadas de forma negligente pelo Detran, o autor não teria adquirido o veículo objeto de furto, e consequentemente não teria suportado os danos causados em razão dessa omissão. Trata-se erro grosseiro em não identificar veículo com chassi adulterado e esta função é da Autarquia, sob pena

de enriquecimento sem causa, já que cobra pelo serviço e o serviço de fiscalização não está sendo prestado de forma adequada e eficiente. Portanto, presente os requisitos do ato ilícito do art. 186 do Código Civil emerge o dever de indenizar." (Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.003239-3, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Primeira Turma Cível, j. 30/11/2010) -

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CORRETOR DE VEÍCULOS – VENDA DO BEM A TERCEIRO – VISTORIA REALIZADA PELO DETRAN – VEÍCULO APROVADO PARA CIRCULAÇÃO – TRANSFERÊNCIA EFETIVADA – APREENSÃO DO VEÍCULO – ADULTER AÇÃO DE CHASSI – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – DANO MATERIAL COMPROVADO – DANO MORAL – CONFIGURADO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DA LEI 11.960/09 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para se caracterizar a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, necessário que o terceiro lesado comprove a ausência do serviço, se funcionou de forma defeituosa, ou pela demora deste, e em havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal na prestação do serviço, ou sua má prestação, e o dano experimento pela vítima, impõe-se o dever de reparar.

Se o DETRAN permite a transferência de veículo que,posteriormente, é apreendido por estar com o chassi adulterado, tem o dever de indenizar a quem de direito pelos danos causados em virtude da má-prestação do serviço de vistoria e fiscalização. (...)" (0807949-46.2011.8.12.0002 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Dourados Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 22/01/2013).

No mesmo sentido a construção emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADULTERAÇÃO DE CHASSI. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. (...)" (AgRg no REsp 1296216/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 23/03/2012)

Desse modo, deve o Detran/MS ser condenado ao pagamento de indenização por danos materiais (danos emergentes) ao autor no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), prejuízos sofridos com a aquisição de veículo com chassi adulterado, bem como a importância de R$ 2.000,00 (dois mil reais), correspondente ao transporte do veículo de São Paulo a Glória de Dourados/MS, montantes que se tornaram incontroversos ante a ausência de impugnação pela parte ré/apelada.

Por outro lado, não se afigura possível o acolhimento da pretensão concernente aos lucros cessantes, porquanto não demonstrado o prejuízo alegado, máxime considerando que a autoridade policial nomeou o apelante como fiel depositário do bem pouco depois da ocorrência da apreensão do veículo.

Na presente situação, inexiste documentação hábil a comprovar o ganho que o apelante deixou de auferir com a apreensão do ônibus, tampouco foram ouvidas testemunhas.

O autor não se desincumbiu do ônus que lhe cabia neste particular.

No que diz respeito aos danos morais, à obviedade, não há que se falar em meros dissabores, pois não houve concorrência por parte do autor na produção do evento, bem como ficou demonstrada a conduta

ilícita, o dano e o nexo de causalidade, estando, destarte, presentes todos os requisitos autorizadores da indenização em tela.

Quem é submetido a situações desse jaez, experimenta não apenas condição vexatória e vergonhosa perante a coletividade, como, também, o constrangimento de figurar como suspeito e investigado por suposta fraude ou adulteração de numeração de chassi de veículo automotor. Inegável o dever de indenizar.

O *quantum* correspondente, como cediço, deve representar ao menos lenitivo ao ofendido, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido, revestindo-se, ainda, de caráter pedagógico, a fim de evitar a repetição da conduta. Dai por que não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de mostrar-se inócuo ao ofensor.

No caso em análise, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelo apelante verifica-se que o *quantum* indenizatório deve ser fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Não se afigura possível a indenização atinente à aquisição de pneus e baterias, porquanto evidente que tais se referem à manutenção normal do veículo, ônus de quem fez uso do bem e dele tirou proveito (bônus).

Quanto à correção monetária e juros de mora, por ser o apelado uma autarquia, equiparada à Fazenda Pública, possível a incidência da Lei 11.960/2009, que alterou e acrescentou dispositivos legais, dentre eles, o artigo 1º - F da Lei nº 9494/97, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> *"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."*

Assim, em qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, 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.

Do prequestionamento

Em relação ao prequestionamento, tem-se por satisfatoriamente apreciadas as matérias discutidas nos autos, sendo desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais.

Das verbas de sucumbência.

Com o provimento do recurso de apelação interposto por Ivanildo Alencar de Moura os ônus de sucumbência deverão ser suportados inteiramente pelo Detran/MS, tendo em vista o disposto no artigo 21, parágrafo único, do CPC. Para tanto, fixo os honorários advocatícios em R$ 3.000,00, consoante artigo 20, § 4º, do CPC.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao Recurso de Apelação interposto por Ivanildo Alencar de Moura para, em reformando a sentença de primeiro grau, condenar o Detran/MS ao pagamento da quantia de R$ 30.000,00, a título de danos materiais, bem como ao pagamento de R$ 10.000,00 pelos danos morais suportados pelo autor, cujos valores deverão ser atualizados segundo o disposto na Lei 11.960/2009,

que determina a obediência aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, até efetivo pagamento.

Fica o Detran/MS condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

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. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0803245-68.2013.8.12.0018/50000 - Paranaíba
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – INCLUSÃO DO NOME DE PESSOA JÁ FALECIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS – DEVER DE INDENIZAR PRESENTE – ABALO A HONRA DOS FAMILIARES – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO – AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Mostra-se indevida a inclusão no cadastro restritivo do nome de pessoa já falecida, mormente quado esta em vida não pactuou qualquer negócio que restasse inadimplido.

II. Mantida a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, pois evidenciado que a recorrente não logrou êxito em comprovar o desacerto da decisão atacada.

III. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento agrava regimentalmente contra a decisão monocrática (fls. 204/209) que negou seguimento ao recurso de apelação interposto em face da sentença proferida nos autos da ação de declaratória de inexistência de débito ajuizada em seu desfavor por Paulina Dias Machado e outros.

Insiste na tese de que não praticou ato lícito hábil a ensejar o dever de indenizar.

Reafirma a necessidade de ser reduzida a indenização por danos morais para patamares razoáveis e justos.

Ao final, pede a reconsideração da decisão ou a apresentação do recurso em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento contra a decisão monocrática (fls. 204/209) que negou seguimento ao recurso de apelação interposto em face da sentença proferida nos autos da ação de declaratória de inexistência de débito ajuizada em seu desfavor por Paulina Dias Machado e outros.

A decisão monocrática foi assim proferida:

> *"Vistos, etc.*
>
> *BV Financeira S/A interpõe recurso de apelação por não se conformar com a sentença de fls.137-146, prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, concernente à procedência dos pedidos formulados na Ação Declaratória de Inexistência de Débitos c/c Indenização por Danos Morais ajuizada em seu desfavor por Paulina Dias Machado, Josimara Viana da Silva Malheiros e Ana Paula da Silva Garcia.*
>
> *Afirma que houve fraude na contratação, sendo que a culpa pelo evento danoso foi exclusiva de terceiro e, por isso, descabida se apresenta a sua condenação, mormente porque atuou de maneira comedida e eficaz no sentido de prevenir a ocorrência do dano.*
>
> *Assevera que o quantum indenizatório é desproporcional e deve ser reduzido com observância do princípio da proporcionalidade e atenção ao valor do contrato bem como das parcelas, já que a lei não estabelece qualquer critério ou mecanismo de avaliação do dano moral.*
>
> *Rebate a condenação ao pagamento dos ônus da sucumbência e pede a sua inversão. Alternativamente, sequer a redução dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.*
>
> *Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.*
>
> *Caso não seja este o entendimento, postula a redução dos danos morais.*
>
> *As apeladas apresentaram contrarrazões às fls.172/175, pugnando pelo improvimento do recurso.*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *O caso versando dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, inclusive em homenagem à economia processual, ex vi do artigo 57 da Lei Adjetiva 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.*
>
> *A análise minuciosa dos autos evidencia que o recurso não comporta provimento.*
>
> *Exsurge da proemial que o nome da já falecida Dalva Rosa da Silva foi indevidamente encaminhado aos cadastros restritivos por iniciativa da apelante, em razão de uma contratação efetuada na data de 05/03/2013.*

Ocorre que a Sra. Dalva faleceu na data de 12/10/2012 (fl.2), despontando daí, como corolário lógico, que a contratação ocorrida na data de 05/03/2013 em seu nome é manifestamente fraudulenta.

Esse fato restou inconteste nos autos, uma vez que a própria apelante admite ter havido fraude na contratação, propugnando apenas pela sua isenção quanto ao dever de indenizar.

Mister se faz salientar, contudo, que a sua responsabilidade em casos desse naipe é objetiva, nos termos do artigo 14 do CDC, portanto, ainda que tenha havido a contratação fraudulenta em nome da Sra. Dalva, a responsabilidade da empresa apelante só poderia ser afastada caso comprovasse alguma das hipóteses excludentes do dever de indenizar, de cujo ônus, porém, não conseguiu se desincumbiu.

Sobre a matéria, trago à colação as considerações tecidas pelo Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Relator da Apelação Cível nº 0801509-78.2014.8.12.018:

"Mesmo que a compra tenha sido efetuada por terceiro utilizando-se indevidamente dos dados do autor, incumbe à empresa agir de forma diligente no momento da contratação, adotando medidas para se certificar a respeito da identidade verdadeira do contratante."

Portanto, inafastável o dever de reparação, passo à analise do pedido de redução do quantum indenizatório.

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando-o ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns fatores que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;

b) a intensidade de seu sofrimento;

c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;

d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;

e) a gravidade e a repercusão da ofensa;

f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso,atendendo-se para o caráter anti-social da conduta .

Aplicando-se esses parâmetros ao caso concreto, chego à conclusão de que o valor arbitrado pelo sentenciante, R$ 10.00,0 (dez mil reais) para cada autora, se afigura razoável, proporcional e atende à finalidade pedagógica que deve revestir a indenização.

De fato, a inserção do nome da Sra. Dalva nos cadastros restritivos mesmo após ter ocorrido o seu falecimento, constitui conduta grave que repercutiu negativamente na esfera jurídica das apeladas, mãe e filhas.

Referida conduta deve ser punida de maneira efetiva, não sendo razoável a minoração da indenização, até porque quantia de valor inferior à arbitrada não serviria

para inibir a instituição financeira neste particular, a ponto de evitar que reincida nesta espécie de conduta.

Destarte, levando em consideração o ocorrido, a intensidade do dano, a duração do sofrimento, a repercussão e consequências, bem como as condições econômicas de ambas das partes, tenho que a quantia de R$10.00,0 (dez mil reais) mostra-se razoável, dentro das circunstâncias e particularidades vislumbradas, não constituindo fonte de enriquecimento sem causa e, também, por outro lado, capaz de servir de alerta à instituição financeira quanto aos cuidados que deve nortear suas relações comerciais.

A propósito, esta Colenda Segunda Câmara Cível tem decidido:

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INDENIZAÇÃO MAJORADA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Indenização majorada para o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), como forma de reparação dos danos morais causados, sobretudo pelo constrangimento, humilhação e prejuízos advindos do abalo ao direito de crédito do autor ocasionados pela conduta da recorrida, em observância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente por se tratar de instituição financeira de porte nacional e que, não raro, comete a mesma irregularidade. Além disso, o valor não refoge ao limite normalmente adotado por este Tribunal.

Ausente fato ou fundamento jurídico novo a ensejar a mudança do entendimento já exarado, impõe-se a manutenção da decisão por seus próprios fundamentos." (TJ/MS - 2ª Câmara Cível - Agravo Regimental Nº 080969-54.2014.8.12.010/500 - Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues Julgamento: 1/1/2014)

"Atendida essa linha de avaliação, conforme demonstrado nos autos, a extensão da aflição do autor não guarda proporcionalidade com a fixação imposta pela juíza, no valor de R$ 2.500,00.

A propósito:

"A indenização ora fixada coaduna-se com seu duplo escopo, de reparar o dano sofrido e dissuadir o causador na reiteração da prática, evitando-se, ademais, enriquecimento sem causa. Quantum indenizatório reduzido para R$ 10.00,0." (STJ AgRg no Ag 979631/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 19.10.209).

Portanto, o quantum indenizatório deve ser majorado para R$ 10.00,0 (dez mil reais), em face dos critérios de proporcionalidade e razoabildade adotados." (Apelação - Nº 06285-2.201.8.12.001 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz, j. 2.9.2014).

De outro vértice, a apelante insiste na tese de que houve sucumbência recíproca e, por isso, as custas, despesas processuais e honorários advocatícios deveriam ser devidamente compensados.

Não lhe assiste razão.

Nos termos do artigo 21 da Lei Adjetiva Civil, ocorre a sucumbência recíproca quando ambos os litigantes forem em parte vencedores e vencidos, enfim, hipótese diversa

da vislumbrada neste caderno, em que as autoras foram vitoriosas quanto a todos os pedidos formulados na prefacial. Deve permanecer a condenação tal como distribuída pelo juiz singular.

Quanto ao pedido de redução dos honorários advocatícios, entendo que melhor sorte não é reservada à recorrente.

Com efeito, o magistrado singular arbitrou a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação (R$ 30.00,0).

Essa quantia mostra-se razoável e remunera de forma condigna o causídico que ingressou com a ação em novembro de 2013, atuou em toda a instrução e inclusive ofereceu as contrarrazões ao presente recurso.

Assim, os honorários advocatícios foram arbitrados em conformidade com o que estabelece o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, bem como alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do citado artigo, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, não merecendo, por isso, qualquer reparo.

Dispositivo

Pelo exposto, com suporte no art. 57, caput, do CPC, conheço do recurso, mas nego-lhe seguimento, por ser manifestamente improcedente."

Observa-se que a agravante devolve a conhecimento do Colegiado as mesmas razões recursais ventiladas em seu apelo, as quais, mister salientar, já foram suficientemente enfrentadas, conforme se infere da cognição monocrática exercida pelo relator.

Constata-se, portanto, que a recorrente, *in casu*, não trouxe novos elementos ou argumentação jurídica capazes de alterar a decisão monocrática proferida nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, razão pela qual a negativa de provimento deste agravo interno mostra-se de rigor.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1407935-14.2014.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA– CONCURSO PÚBLICO – CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DE SALTO EM ALTURA – EXIGÊNCIA DESARRAZOADA – PROVA QUE NÃO GUARDA CORRELAÇÃO LÓGICA COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE VIOLADO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 47, V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 114/2005 – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER.

I. O dispositivo legal que previa a realização de testes físicos para cargos de natureza eminentemente burocráticas da polícia civil foi retirado do ordenamento jurídico, por violar o princípio da razoabilidade.

II. As atribuições do cargo de escrivão não guardam correlação lógica com a exigência de teste físico de salto em altura, no qual o candidato necessita ultrapassar mais de 1,20m para ser aprovado.

III. Ainda que a norma concernente ao teste físico, elaborada de modo genérico para os cargos da polícia civil, não tivesse sido retirada do ordenamento jurídico, remanesceria a violação do direito líquido e certo em tela, máxime considerando que mencionado teste, por não guardar correlação com as funções do cargo almejado pelo impetrante, não se reveste da imprescindível razoabilidade.

IV. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 9 de março de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Diego Lemes Madruga da Silva impetra mandado de segurança em face de ato praticado pela Secretária de Estado de Administração e Secretária de Estado de Justiça e Segurança e Pública do Estado de Mato Groso do Sul, consistente em declaração de inaptidão na prova de aptidão física.

Alega que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos da Polícia Civil, regulado pelo edital n° 1/2013- SAD/SEJUSP/PCMS, tendo sido aprovado nas provas teórica, avaliação psicológica e avaliação médico-odontológica, mas considerado inapto em uma das provas de aptidão física, o que o impediu de prosseguir no certame.

Relata que o exame físico consistiu em exercício de flexão de barra fixa (duas flexões e extensão dos membros superiores em barra fixa); salto em altura (1.20m para homens) salto em distância (2,50m para homens) e corrida (2.300 m para homens com idade entre 26 e 30 anos, como é o caso do autor).

Afirma ter logrado êxito em quase todas as provas físicas, exceto no salto em altura, o que resultou na sua eliminação do concurso.

Defende que a sua reprovação no certame, calcada exclusivamente em força física, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto a atividade a ser exercida no cargo de escrivão de polícia exige primordialmente habilidade administrativa, não resistência física.

Sustenta, ainda, que o teste de aptidão física foi realizado em desconformidade com a regras previstas no edital, uma vez que a pista era de terra e possuía muita areia e buracos, não era lisa e sem obstáculos, consoante determina a regra editalícia.

Ao final, pediu a concessão de medida liminar para determinar a sua participação nas demais etapas do concurso, até julgamento final da demanda.

A medida liminar foi indeferida. (fls. 260-262).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa (fls.273-282), requerendo a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança. (fls.284-290).

Após vieram os autos conclusos.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Diego Lemes Madruga da Silva impetra mandado de segurança em face de ato praticado pela Secretária de Estado de Administração e Secretária de Estado de Justiça e Segurança e Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em declaração de inaptidão na prova de aptidão física.

Sustenta a ausência de razoabilidade quanto à sua eliminação do certame calcada exclusivamente na reprovação em uma das provas físicas e defende que o cargo de escrivão de polícia possui natureza administrativa, visto que suas atribuições são burocráticas, não guardando a prova física de salto em altura qualquer relação com a natureza das atividades a serem desempenhadas.

A concessão de segurança é medida que se impõe.

Exsurge deste caderno que o impetrante se submeteu ao concurso público da polícia civil de Mato Grosso do Sul regido pelo edital n. 40/2014 SAD/SEJUSP, obtendo aprovação nas provas teórica, avaliação psicológica e avaliação médico-odontológica, mas considerado inapto no exame físico denominado salto em altura.

Referido exame encontrava-se previsto no edital do concurso, sendo que a avaliação do candidato seria da seguinte forma:

> *2.9.2 - **SALTO EM ALTURA** - projeção do corpo na vertical com transposição de obstáculo:*
>
> *12.9.2.1 - O material a ser utilizado para este teste será uma barra de sarrafo de salto em altura e um colchão de atletismo, ambos utilizados em provas oficiais, da modalidade de salto em altura, dispostos em posição que permita a execução do teste sem qualquer obstáculo alheio ao exame.*
>
> *12.9.2.2 - **O candidato deverá transpor a barra de sarrafo, por cima, a qual estará estática, porém removível, ficando o colchão de amortecimento de queda após a barra de sarrafo. A transposição poderá ser feita em decúbito dorsal, ventral ou lateral, podendo fazê-la em velocidade.***
>
> *12.9.2.3 - **Não será exigido tempo para a execução deste teste e sim a transposição da barra de sarrafo, sem derrubá-la, colocada à altura de 1,00m (um metro) para o sexo feminino e 1,20m (um metro e vinte centímetros) para o sexo masculino**.*
>
> *12.9.2.4 - O candidato que não conseguir transpor a barra de sarrafo colocada na altura exigida terá direito a 2 (duas) outras tentativas distintas e consecutivas.*
>
> *12.9.2.5 - O candidato que transpuser a barra de sarrafo colocada na altura exigida sem derrubá-la será considerado apto neste exercício. (fl. 61). (g.n.).*

Além disso, o citado exame encontrava previsão no artigo 47, inciso V, da Lei Estadual nº 114/2005, que dispõe sobre os requisitos e condições para o ingresso na carreira da Polícia Civil:

> *"Art. 47. A habilitação de candidatos aos cargos das carreiras da Polícia Civil, será precedida de concurso público, por meio das seguintes fases, conforme determinar o edital:*
>
> *I - provas escritas, práticas e ou orais;*
>
> *II - títulos, específicos para carreira a qual concorre o candidato;*
>
> *III - avaliação psicológica;*
>
> *IV - avaliação médico-odontológica;*
>
> ***V - avaliação de aptidão física**;" (g.n.)*

Ocorre que a referida norma foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em decisão proferida na data de 12 de novembro de 2014, que restou assim ementada:

> *"EMENTA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE- INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO INCISO V DO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 114/2005- DESNECESSIDADE DE TESTE FÍSICO AOS CARGOS DE ESCRIVÃO, PAPILOCOPISTA E PERITO CRIMINAL DA POLICIA CIVIL- ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA.*
>
> *É inconstitucional a exigência de prova física desproporcional à cabível habilitação aos cargos de escrivão, papilocopista, perito criminal e perito médico-legista de Polícia Civil."*

Do voto do eminente Relator, extrai-se a seguinte passagem, perfeitamente aplicável ao caso versando:

> *"Analisando a fundamentação proposta pelo Des. Julizar Barbosa Trindade, que, aliás, foi colocada de forma clara e coerente, amparada em princípios constitucionais, bem como em ensinamentos de renomados doutrinadores, forçoso concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que exige o teste físico para os cargos da polícia civil que apenas possui função administrativa e burocrática"*

Nesse norte, verifica-se que o dispositivo legal que previa a realização de testes físicos para cargos de natureza eminentemente burocráticas da polícia civil foi retirado do ordenamento jurídico, por violar o princípio da razoabilidade.

Disso resulta o direito líquido e certo do ora impetrante, o qual logrou êxito em ser aprovado em todas as etapas do concurso para escrivão da polícia civil, tendo sido reprovado apenas no teste físico denominado salto em altura.

De fato, o próprio edital do concurso, ao descrever as atribuições do cargo de escrivão da polícia civil, assim pontuava as atividades inerentes à função:

> *- autuar, movimentar e participar da formação de inquéritos policiais;*
>
> *- Termo Circunstanciado de Ocorência, Auto de Prisão em Flagrante, procedimentos especiais e administrativos;*
>
> *- manter de forma atualizada e coreta o registro e escrituração delivros oficiais obrigatórios e outros;*
>
> *- expedir certidões e traslados; responder pela guarda dos procedimentos policiais, de bens, valores,instrumentos de crime entregues a sua custódia;*
>
> *- proceder ao inventário dos bens patrimoniais da unidade policial;*
>
> *- executar trabalho de escrituração manual, em equipamento mecânico, elétrico ou eletrônico em auxílio aos procedimentos administrativos e de polícia judiciária;*
>
> *- dilgenciar em locais de crime e participar do levantamento do local;*
>
> *- orientar a execução de trabalhos relacionados à coleta de provas e produção de fotografias, inclusive reproduções e ampliações, em local de infração penal, onde quer que se faça necessário o emprego de técnicas nas investigações policiais;*
>
> *- prestar asistência às autoridades superiores;*
>
> *- coordenar, supervisionar, orientar, controlar e dirigir trabalhos do cartório, bem como de seus servidores, quando na condição de Escrivão-Chefe ou por designação da autoridade policial."*

Emerge, portanto, que a atribuições do cargo de escrivão não guardam correlação lógica com a exigência de teste físico de salto em atura, no qual o candidato necessita ultrapassar mais de 1,20m para ser aprovado.

Como corolário, ainda que a norma alusiva ao teste físico, elaborada de modo genérico para os cargos da polícia civil, não tivesse sido retirada do ordenamento jurídico, remanesceria a violação do direito

líquido e certo em tela, máxime considerando que mencionado teste, por não guardar correlação com as funções do cargo almejado pelo impetrante, não se reveste da imprescindível razoabilidade.

Discorrendo sobre a matéria, giza Adilson Abreu Dallari[1] que "*Ressalvados os requisitos de capacidade civil e habilitação legal, toda e qualquer outra condição deve guardar total pertinência com o trabalho que vier a ser executado, sob pena de nulidade, pois a regra geral é a proibição de distinções puramente discriminatórias.*"

Nesse diapasão, inclusive, já se posicionou a Suprema Corte:

> *CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE ESFORÇO FÍSICO.*
>
> *Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado, com a função a ser exercida. Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à cabível habilitação aos cargos de escrivão, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista de Polícia Civil.*(RE 505654 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, Acórdão Eletrônico DJe-225 Divulg 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013)

Resulta evidente desse contexto o direito líquido e certo do impetrante, que foi aprovado nas demais etapas do concurso, porquanto manifesta a irrelevância da aprovação no salto em altura para o desempenho do cargo de escrivão da polícia civil.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls.284-290), posicionou-se nesse tom, acerca da ausência de razoabilidade quanto à previsão genérica de teste físico para os cargos burocráticos e não burocráticos da polícia civil, destacando:

> *"Destarte, sem adentrar às demais questões levantadas pelo Impetrante, por entender que necessitam de dilação probatória, tem-se que a exigência de teste de aptidão física, de maneira generalizada, sem distinção de cargos e funções, conforme exigido pelo edital de abertura do certame, viola o princípio da razoabilIdade e proporcionalidade, motivo pelo qual a segurança pleiteada merece ser concedida."*

A propósito, trago à colação as considerações tecidas pelo Des. Dorival Renato Pavan, então Relator do Mandado de Segurança nº 1406222-04.2014.8.12.000, julgado por esta Segunda Seção Cível:

> *"Sob esse aspecto-atendimento ao interesse público- merece destaque a conclusão de que a exigência do teste de aptidão física poderá ensejar a exclusão de candidato com preparo intelectual para a execução da função de escrivão, em razão do despreparo físico configurado no teste de aptidão física, sendo-lhe exigido a transposição de obstáculos que certamente são dispensados ao exercício de suas funções, o que, a meu modo de ver, prejudica integralmente o interesse público na busca de um profissional capacitado intelectualmente para o exercício da função, o que independe de sua condição física."*

Referido posicionamento se afigura assente nesta Corte de Justiça:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ESCRIVÃ DE POLÍCIA JUDICIÁRIA – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – DESARRAZOADO – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL (MS 1406222-04.2014.8.12.0000 JULGADO EM 12/05/2014) – SEGURANÇA CONCEDIDA COM O PARECER.*

1 In **Regime Constitucional dos Servidores Públicos.** 2. ed. São Paulo:RT, 1990, p. 34.

É certo que a lei ordinária pode estabelecer critérios para ingresso em funções, empregos e cargos públicos, desde que pautada no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, consoante interpretação dada aos artigos 7º, XXX; 39, § 3º, 37, I, da Constituição Federal; devendo a controvérsia ser dirimida a par dos elementos norteadores do caso concreto, considerando-se a natureza do cargo que se pretende prover, sempre dentro dos limites do razoável. No entanto, destaque-se que o cargo e as funções a serem exercidas pela impetrante como escrivã não encontram correlação com aptidão física, em especial, para realização de salto em altura uma vez que suas atividades são meramente burocráticas." (Mandado de Segurança - Nº 1407725-60.2014.8.12.0000 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Seção Cível, j.1 de setembro de 2014)

"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR DECISÃO QUE DEFERIU MEDIDA LIMINAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE DENEGOU MANDADO DE SEGURANÇA MEDIDA CAUTELAR QUE GARANTIU O DIREITO À PARTICIPAÇÃO EM FASES DE CONCURSO PÚBLICO E A POSSE NO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA CANDIDATA REPROVADA EM TESTE DE APTIDÃO FÍSICA AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DA PROVA DE APTIDÃO FÍSICA DIANTE DA FUNÇÃO A SER EXERCIDA PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.

Reputa-se presente o fumus boni iuris para a concessão desmedida cautelar quando o acórdão atacado considera legal ato administrativo afrontoso ao princípio da razoabilidade, ***uma vez que exclui candidato de concurso público, após a reprovação em teste de aptidão física em que as exigências são incompatíveis com natureza do cargo para o qual foi aprovado, cujas funções são puramente administrativas,*** *além ser posteriormente constatada a aptidão física da candidata na disciplina de condicionamento físico desenvolvida na academia de polícia. Recurso conhecido, mas improvido, mantendo inalterada a decisão atacada.*(Agravo Regimental em Medida Cautelar em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - N. 2008.037559-2/0002-02 - Capital. Relator: Des. Dorival Renato Pavan. 2ª Seção Cível. Julgamento em: 10.05.2010) (g.n.)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PERITO PAPILOSCOPISTA – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – EXIGÊNCIA DESARRAZOADA – ATRIBUIÇÕES QUE EXIGEM CONHECIMENTOS TÉCNICOS-CIENTÍFICOS – SEGURANÇA CONCEDIDA. Embora os candidatos a concurso público devam observar as instruções constantes no edital, tal não significa dizer que os critérios estabelecidos não devem ser interpretados a luz da mínima razoabilidade, evitando-se, assim, possíveis injustiças. ***A exigência de teste físico aos candidatos ao cargo de perito papiloscopista, embora tenha previsão legal e editalícia, não se reveste de razoabilidade, uma vez que para o desempenho de suas funções não há necessidade de força bruta mas de conhecimento técnico-científico****. "Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à cabível habilitação aos cargos de escrivão, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista de Polícia Civil." (RE 505654 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, Acórdão Eletrônico DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013).* (Mandado de Segurança - Nº 1407707-39.2014.8.12.0000 - Campo Grande Relator designado – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, 2ª Seção Cível, j. 8.09.2014). (g.n.)

Descabe, em casos desse naipe, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, conforme art. 25, da Lei nº 12.016/209 e Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ.

De igual sorte, conquanto isento o Estado do pagamento de eventuais custas remanescentes, por força do art. 24, I, do Regimento de Custas (Lei nº 3.779/2009), remanesceria a obrigação de ressarcir a parte vencedora das custas que esta efetivamente suportou com o processo, nos termos do art. 24, §1º, do referido diploma legal, enfim, hipótese inaplicável ao caso versando, tendo em vista a gratuidade inicialmente deferida ao impetrante.

Dispositivo

Ante ao exposto, com o parecer ministerial, concedo a segurança, tornando definitiva a liminar deferida *initio litis,* consoante artigo 1º da Lei 12.016/09.

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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 09 de março de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0102704-03.2008.8.12.0002 - Dourados
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRESTAÇÃO DE CONTAS – SÍNDICO DE CONDOMÍNIO – LAUDO PERICIAL QUE CONSTATOU A INEXISTÊNCIA DE DESVIO DE RECURSOS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO AO PAGAMENTO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS – PRINCÍPIOS DA SUCUMBÊNCIA E DA CAUSALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O sr. Juiz José Ale Ahmad Netto**.**

Condomínio Conjunto Residencial El Dorado 'B' recorre da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança que move em desfavor de Antônio Nunes Padilha.

A sentença consiste na improcedência do pedido, diante da comprovação pericial pela inexistência de desvio de recursos à época em que o requerido atuava como síndico, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I do CPC.

Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.400,00, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC.

Pede a inversão dos ônus da sucumbência sob a alegação de que o recorrido deu azo à propositura da ação, uma vez que apresentou prestação de contas incongruentes, levando o condomínio a crer que havia diferença a ser restituída.

Requer, alternativamente, com a aplicação do princípio da causalidade, o afastamento da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios e periciais.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto (Relator):

Condomínio Conjunto Residencial El Dorado 'B' recorre da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança que move em desfavor de Antônio Nunes Padilha.

A sentença consiste na improcedência do pedido, diante da comprovação pericial pela inexistência de desvio de recursos à época em que o requerido atuava como síndico, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I do CPC.

Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.400,00, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC.

Pede a inversão dos ônus da sucumbência sob a alegação de que o recorrido deu azo à propositura da ação, uma vez que apresentou prestação de contas incongruentes, levando o condomínio a crer que havia diferença a ser restituída.

Requer, alternativamente, com a aplicação do princípio da causalidade, o afastamento da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios e periciais.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

De início, ressalta-se que, após tomar conhecimento do laudo pericial (fls. 637), o próprio condomínio admitiu a improcedência do pedido (fls. 642-645) reconhecendo que de fato não havia crédito a ser fixado em seu favor.

Apesar disso, argumenta que o requerido deu causa à ação, pois apresentou contas inconsistentes e irregulares, obrigando-o a promover a presente demanda a fim de resguardar os interesses da coletividade.

Aduz que sua expectativa de crédito nasceu por culpa exclusiva do requerido, devendo este responder pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Sem razão o recorrente.

Isso porque, já está consolidado o entendimento acerca do princípio da causalidade, ao qual reza que as despesas processuais e os honorários advocatícios devem recair sobre a parte que deu causa à propositura da ação.

No caso, tem-se que o condomínio autor, não satisfeito com a prestação de contas apresentadas pelo síndico, optou por ingressar com ação judicial para cobrar os valores que acreditava terem sido desviados, pleiteando sua devolução, mesmo sem ter provas concretas da suposta divergência entre receitas e gastos.

Assim, torna-se evidente que seu comportamento imprudente deu causa à propositura da ação, responsabilizando-se, por consequência, pelas despesas e honorários decorrentes da demanda.

Theotônio Negrão, ensina que:

> *"A regra da sucumbência, expressa neste art. 20, não comporta aplicação indiscriminada na determinação da parte responsável pelo pagamento de honorários e reembolso de despesas. Em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo; é certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloqüente sinal daquela. Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao princípio da causalidade."* (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 40. ed. São Paulo: Saraiva, 208, p. 151-152).

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL. PROCESUAL CIVIL. LITISCONSORTE PASSIVO. EXTINÇÃO DO PROCESO EM RELAÇÃO À PARTE ILEGÍTIMA. HONORÁRIOS. CABIMENTO.(.) 3. Deveras, a imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (.) Recurso especial provido, mantido o mesmo percentual da sentença, mas, em favor da Fazenda Pública."* (Resp 824.702/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/02/207, DJ 08/03/207 p. 171).

Por fim, não merece prosperar o pedido de afastamento da condenação da sucumbência e das despesas periciais, uma vez que houve a movimentação da máquina judiciária pelo recorrente.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

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

Presidência do Senhor Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Presente o representante da Procuradoria Geral de Justiça Dr(a). Marcos Antônio Martins Sottoriva. Não houve solicitação de preferência ou sustentação oral.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801119-73.2012.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL NÃO PARTILHADO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO A SER CUMPRIDA PELA REQUERIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Evanir Ferreira da Silva recorre da sentença proferida nos autos da obrigação de fazer que move em desfavor de João Batista Escovilha.

A sentença consiste na improcedência da ação, com a extinção do processo, nos termos do art. 269, I do CPC, uma vez que a autora não logrou êxito em comprovar a existência dos fatos constitutivos de seu direito, bem como deixou de esclarecer qual seria a providência necessária para que o requerido promovesse a regularização de um bem imóvel, objeto de litígio na ação de divórcio n. 011.08.002489-1, envolvendo as mesmas partes.

Alega, em síntese, que o recorrido não se opõe ao direito que possui sobre o imóvel, tendo este concordado na ação de divórcio que a casa residencial deveria ser vendida para a partilha do lucro entre o casal.

Aduz que a partilha do imóvel foi expressamente requerida na inicial do divórcio, tratando-se de questão patrimonial, não havendo motivo para que não fosse homologada a meação na sentença do divórcio.

Assevera que não é razoável submeter as partes a outro processo judicial a fim de discutir o que as partes já concordaram - o direito da apelante na partilha do bem.

Pede a reforma da sentença para que a ação de obrigação de fazer seja julgada procedente, com fundamento no art. 515, § 3º do CPC.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Evanir Ferreira da Silva recorre da sentença proferida nos autos da obrigação de fazer que move em desfavor de João Batista Escovilha.

A sentença consiste na improcedência da ação, com a extinção do processo, nos termos do art. 269, I do CPC, uma vez que a autora não logrou êxito em comprovar a existência dos fatos constitutivos de seu direito, bem como deixou de esclarecer qual seria a providência necessária para que o requerido promovesse a regularização de um bem imóvel, objeto de litígio na ação de divórcio n. 011.08.002489-1, envolvendo as mesmas partes.

Alega, em síntese, que o recorrido não se opõe ao direito que possui sobre o imóvel, tendo este concordado na ação de divórcio que a casa residencial deveria ser vendida para a partilha do lucro entre o casal.

Aduz que a partilha do imóvel foi expressamente requerida na inicial do divórcio, inexistindo razão para que não fosse homologada a meação patrimonial na sentença do divórcio.

Assevera que não é razoável submeter as partes a outro processo judicial a fim de discutir o que as partes já concordaram - o direito da apelante na partilha do bem.

Pede a reforma da sentença para que a ação de obrigação de fazer seja julgada procedente, com fundamento no art. 515, § 3º do CPC.

Sem contrarrazões.

O recurso não merece prosperar.

Isso porque, embora decretada a revelia do recorrido, a pretensão autoral não pode ser acolhida, pois contrária às provas juntadas nos autos.

Conforme já bem consignado pelo magistrado, a sentença da ação de divórcio n. 011.08.02489-1 não abordou a partilha do imóvel, sendo omissa nesta questão. Veja-se:

> *"10 de junho de 2009. Aberta a audiência foi concedida a palavra ao Procurador da requerente, que disse o seguinte: 'MM. Juiz: Tendo em vista a revelia do requerido, ensejando o reconhecimento como verdadeira matéria de fato, restou demonstrado o lapso temporal da separação de fato exigida pela lei divorcista, requer a decretação do divórcio nos termos da petição inicial.' Dada a palavra ao MP, disse ue, tendo sido comprovados os fatos constantes da inicial, opinar pela procedência do pedido. Pelo Juiz foi dito que passava a prolatar a seguinte decisão: 'Vistos. Evanir Ferreira da Silva Escovilha qualificada nos autos, ajuizou divórcio contra João Batista Escovilha também qualificado, alegando que a vida em comum do casal foi rompida há mais de sete anos, permanecendo até o presente momento, sem possibilidade de reconstituição, pedindo a decretação do divórcio com base no art. 40 da Lei n. 6.515/77. Citado pessoalmente, o autor, com base na prova produzida, reiterou o pedido inicial. O MP opinou pelo acolhimento do pedido. É o relatório. Decido. A ação é procedente. A revelia do requerido impõe o reconhecimento da matéria de fato deduzida na inicial, dispensando-se a produção de provas testemunhais para a comprovação do lapso da separação de fato. Diante da revelia, restou demonstrado que o casal está separado de fato por tempo muito superior ao exigido pela lei para a concessão do divórcio direto. Sendo assim, não havendo obstáculo para o pleito, a solução*

que se impoe é o acolhimento do mesmo. Face ao exposto, julgo procedente o pedido inicial, e, com base no art. 40 da lei n. 6.515/77, decreto o divórcio do casal. Publicada nesta audiência, ficando os presentes intimados, cuja verba somente poderá ser cobrada na hipótese do art. 12 da Lei n. 1.060/50, eis que também defiro a Justiça Gratuita do requerido. Condeno o requerido ao pagamento dos alimentos em favor dos filhos do casal no valor correspondente a 25% para cada um, totalizando 50%, hoje no valor de R$ 232,50. A requerente voltará a usar o nome de solteira. Registre-se. Expeça-se mandado de averbação. Após, arquive-se".

Assim, pode-se averiguar que a sentença prolatada na ação de divórcio de fato não tratou sobre a meação do imóvel, nem mesmo fez menção à alienação do bem para posterior partilha, embora tenham as partes requerido de forma expressa na inicial.

Apesar da omissão daquela sentença, não houve a interposição de recursos pelo casal, tornando-se definitiva a decisão após seu trânsito em julgado.

Portanto, no caso, verifica-se que não há dispositivo legal ou ordem judicial que obrigue o requerido a proceder a alienação do bem imóvel, esbarrando a pretensão autoral na falta de interesse processual, uma vez que não há obrigação nenhuma a ser cumprida quanto ao bem imóvel.

É cediço que há interesse de agir quando a parte autora tem a necessidade de se valer da via processual para alcançar o bem da vida pretendido, interesse esse que está sendo resistido pela parte *ex adversa*. No entanto, não é este o caso dos autos.

O que se constata é a ausência de determinação judicial para que o requerido seja compelido a realizar o seu cumprimento.

Logo, a manutenção da sentença é medida que se impõe, devendo a recorrente se utilizar dos meios necessários para obter o reconhecimento de seu direito à meação do bem imóvel para, somente após, realizar a alienação e partilha dos frutos.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Conflito de Competência n. 1602305-90.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – EMPRESA AUTORA – PESSOA JURÍDICA QUE NÃO SE ENQUADRA COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO N. 42/2010 E DA LEI N. 12.153/2009 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, julgar procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de conflito de competência instaurado pelo Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública em face do Juiz de Direito da Vara de Execução Fiscal, ambos da comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de lançamento fiscal n. 0809952-74.2011.8.12.0001.

O magistrado do Juizado Especial requer seja declarada a competência da Vara de Execução Fiscal para processar e julgar a causa, sob o argumento de que a parte autora - Tracktel Engenharia Ltda - não possui a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que impede o processamento da ação perante os juizados especiais, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.099/95 c/c Art. 5º, I, da Lei n. 12.153/09.

As informações foram prestadas (fls. 138), sustentando a juíza suscitada que a parte ativa se trata de microempresa e que o valor da causa é inferior à 60 salários mínimos, razões que ensejam a competência absoluta do juizado.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 142, opinando pela procedência do conflito, atribuindo-se a competência ao juízo da Vara de Execução Fiscal.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de conflito de competência instaurado pelo Juiz de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública em face do Juiz de Direito da Vara de Execução Fiscal, ambos da comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de lançamento fiscal n. 0809952-74.2011.8.12.0001.

O magistrado do Juizado Especial requer seja declarada a competência da Vara de Execução Fiscal para processar e julgar a causa, sob o argumento de que a parte autora - Tracktel Engenharia Ltda - não possui a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte, o que impede o processamento da ação perante os juizados especiais, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.099/95 c/c Art. 5º, I, da Lei n. 12.153/09.

As informações foram prestadas (fls. 138), sustentando a juíza suscitada que a parte ativa se trata de microempresa e que o valor da causa é inferior à 60 salários mínimos, razões que ensejam a competência absoluta do juizado.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 142, opinando pela procedência do conflito, atribuindo-se a competência ao juízo da Vara de Execução Fiscal.

Assiste razão ao juiz suscitante.

Verifica-se que a controvérsia do conflito reside apenas quanto à natureza jurídica da empresa autora, pois o juiz suscitante (Juizado Especial da Fazenda Pública) assevera que a autora não se enquadra como microempresa enquanto que o juíza suscitada (Vara de Execução Fiscal) afirma que a parte possui tal qualificação jurídica.

É cediço que o polo ativo das ações atinentes à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública vem expressamente consignado nas normas que regulam a matéria:

> *"RESOLUÇÃO N. 42 DE 16 DE JUNHO DE 2010. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências.*
>
> *Art. 2º Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, instalados a partir do dia 23 de Junho de 2010, terão a competência prevista no artigo 2º da Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, excluídas as ações de natureza pessoal de servidor público, em face das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais e, observadas, ainda, as restrições previstas no §1º do mesmo artigo.* (Alterado pelo art. 1º da Resolução nº 48, de 16/3/2011 – DJMS, de 17/3/2011.)"
>
> *"LEI Nº 12.153, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2009. (Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.)*
>
> *Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006;"*

Conforme bem esclarecido no parecer ministerial (fls. 142-145), *"nota-se a existência de dois documentos aparentemente divergentes, um emitido pela Junta Comercial do Estado de Mato Groso do Sul (fl. 121), que serviu de substrato para a suscitação do conflito, e outro retirado do site da Receita Federal (fl. 140), no qual se embasou o juiz suscitado."*

Extraí-se do documento de fls. 121, da Junta Comercial, as seguintes informações:

"Nome Empresarial: Tracktel Engenharia Ltda

Natureza jurídica: Sociedade Empresária Limitada

Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte" (lei n. 123/06): Não".

Já no documento emitido pela Receita Federal, consta o nome empresarial Tracktel Engenharia Ltda ME e, no campo "código e descrição da natureza jurídica: 206-2 Sociedade Empresária Limitada".

Pois bem.

No caso, a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) é requisito obrigatório, de acordo com o art. 967 do Código Civil:

"Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade."

Logo, sabendo que a Junta Comercial é o órgão que detem as informações necessárias sobre a natureza jurídica das empresas ali registradas, deve-se considerar os dados constantes em seus arquivos para o deslinde da questão.

Ademais, a própria autora afirmou expressamente que não se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte (fls. 119).

Por fim, acompanho a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de que houve mero erro material na anotação constante do site da Receita Federal, mencionando a abreviatura "ME" na razão social da empresa autora.

Posto isso, com o parecer, julgo procedente o conflito negativo de competência a fim de declarar a competência do Juízo da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande para o processamento e julgamento da presente ação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1410573-20.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PREVENTIVA – INOCORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – CONCESSÃO PARCIAL.

Ainda que a legislação imponha maior rigor aos casos de violência doméstica contra a mulher, não é recomendável a decretação da prisão preventiva quando inocorrente qualquer das hipóteses do art. 313, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus que concede parcialmente, a fim de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares protetivas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder em parte a ordem.

Campo Grande, 8 de setembro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso Do Sul ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de T. R. G. sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande.

Esclarece que o paciente foi preso preventivamente, aos 22 de agosto de 2014, pela prática do crime de lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal).

Aduz que a segregação cautelar é desproporcional ao fato e às apenações previstas; não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva; e nunca houve descumprimento de medida protetiva.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 41/42), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 46).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela concessão (f. 49/52).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso Do Sul ingressa com pedido de Habeas Corpus, com pleito de liminar, em favor de T. R. G. sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente foi preso em flagrante, aos 22 de agosto de 2014, pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º (lesão corporal qualificada pela violência doméstica), do Código Penal.

Não obstante as informações apresentadas pela autoridade apontada como coatora e a argumentação deduzida pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, não há como manter a custódia cautelar do paciente.

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 no 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 nº 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 crimes cujas penas máximas *in abstrato* não alcançam 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*." [1]

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.

1 **Manual de processo penal,** Vol. I, Niterói: *Impetus*, 2011, p. 1.344.

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."* [2]
>
> *"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 nº 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.*
>
> *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."* [3]

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 T. R. G., revogando a prisão decretada, expedindo-se o necessário "alvará de soltura", se por *al* não estiver preso,

2 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.

3 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.

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 unanimidade, concederam em parte 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, 08 de setembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1411890-53.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – FURTO – CONDIÇÃO FINANCEIRA PRECÁRIA – SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS – CONCESSÃO PARCIAL.

A fiança é apenas uma das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas pelo art. 319, do Código de Processo Penal, não se justificando a continuidade da custódia somente pela precariedade da situação financeira do acusado.

Sendo incabível a prisão preventiva e demonstrada a insuficiência financeira do paciente em arcar com o valor estabelecido, deve a fiança ser substituída por outras cautelares mais adequadas ao caso concreto.

Habeas Corpus que se concede parcialmente, substituindo-se a custódia por medidas outras.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder em parte a ordem.

Campo Grande, 13 de outubro de 2014.,

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Rafael Rodrigues Franco sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande.

Esclarece que o paciente foi preso em flagrante, aos 09 de setembro de 2014, acusado da prática do crime de furto (art. 155, do Código Penal).

Sustenta que está sendo mantido encarcerado unicamente em razão de sua situação financeira, porquanto não tem condições de arcar com o valor da fiança arbitrada, que é de 04 (quatro) salários mínimos.

Alega, outrossim, que preenche todos os requisitos para responder a ação penal em liberdade.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 31/32), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 36/37).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela não concessão (f. 41/44).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso Do Sul ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Rafael Rodrigues Franco sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande.

O paciente foi preso em flagrante, aos 09 de setembro de 2014, pela prática do crime de furto (art. 155, do Código Penal).

Verifica-se que o próprio magistrado *a quo* reconheceu que a prisão preventiva é desnecessária, eis que manteve a liberdade provisória mediante pagamento de fiança (f. 61/64).

Inobstante, o paciente permanece encarcerado há aproximadamente 01 (um) mês unicamente em razão de sua hipossuficiência.

Neste cenário, a manutenção do encarceramento cautelar unicamente pelo não recolhimento de fiança acarreta induvidoso constrangimento ilegal.

Desta forma, não se justifica a exigência do *quantum* de 04 (quatro) salários mínimos, pois seria o mesmo que chancelar a custódia extrema apenas pela precariedade da condição financeira do suspeito.

Este Colegiado tem precedentes neste sentido:

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – RECEPTAÇÃO – FIANÇA – CONDIÇÃO FINANCEIRA PRECÁRIA – SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS – CONCESSÃO PARCIAL.*
>
> *A fiança é apenas uma das medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas pelo art. 319, do Código de Processo Penal, não se justificando a continuidade da custódia do indiciado somente pela precariedade de sua situação financeira.*
>
> *Sendo incabível a prisão preventiva e comprovada a falta de condição financeira do paciente para arcar com o valor estabelecido deve a fiança ser substituída por outras cautelares mais adequadas ao caso concreto.*
>
> *Habeas Corpus que se concede parcialmente, ante a necessidade de dispensa da fiança, substituindo-a por medidas outras."* [1]
>
> *"HABEAS CORPUS – FURTO – FIANÇA ARBITRADA PELA AUTORIDADE POLICIAL E REDUZIDA PELA JUDICIAL – NÃO RECOLHIMENTO – PACIENTE COMPROVADAMENTE POBRE – DISPENSA DA FIANÇA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 325, § 1º, I, C. C ART. 350, AMBOS DO CPP – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.*
>
> *Conforme o 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 sensu, significa dizer que, arbitrada a fiança, não se encontram presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão cautelar.*
>
> *Ademais, tratando-se de paciente pobre, com situação financeira precária, não se mostra recomendável o arbitramento de fiança como condição para a liberdade provisória,*

1 TJMS, HC 1403839-53.2014.8.12.0000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 14/04/2014, DJ 23/04/2014.

medida a ser adotada no presente caso com base no artigo 325, § 1º, I, c.c art. 350, ambos do CPP, sobretudo por não restarem presentes os requisitos previstos no artigo 313, do CPP." [2]

Por outro lado, para que haja certo controle estatal acerca do comportamento do paciente, a fiança deve ser substituída por medidas cautelares alternativas, quais sejam: a) comparecimento mensal em juízo, para informar e justificar atividades; e b) proibição de ausentar-se da comarca enquanto durar a ação penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente o pedido de *Habeas Corpus* em favor de Rafael Rodrigues Franco, para suspender a exigência de fiança, mediante substituição da mesma pelas medidas cautelares do art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam em parte 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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 13 de outubro de 2014.

***

2 TJMS, HC 1402489-30.2014.8.12.0000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 02/04/2014.

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414705-23.2014.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA – IRRELEVÂNCIA DIANTE DA NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR – NÃO CONCESSÃO.

É cabível a decretação da prisão preventiva quando as circunstâncias evidenciam a necessidade de constrição cautelar diante da gravidade das condutas perpetradas, sendo irrelevante, o fato de o acusado ter se apresentado espontaneamente às autoridades policiais, ainda mais quando responde a outro processo de homicídio qualificado.

Habeas Corpus a que se nega concessão ante a legalidade do decreto prisional.

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, 9 de dezembro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O advogado Fauze Walid Selem ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Robson Caitano da Silva sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Naviraí.

Esclarece que o paciente foi preso preventivamente aos 12 de novembro de 2014, pela prática dos crimes do art. 121, § 2º, I (homicídio qualificado), do Código Penal, e art. 121, § 2º, I c/c art. 14, II (tentativa de homicídio qualificado), ambos do mesmo *Codex* e por 02 (duas) vezes.

Assevera não se fazerem presentes os requisitos da prisão cautelar, mormente diante da positividade de suas condições pessoais.

Requer a concessão da ordem, a fim de que aguarde o deslinde do processo em liberdade.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 74), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 77/89).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 92/95).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

O advogado Fauze Walid Selem ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Robson Caitano da Silva sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Naviraí.

A autoridade coatora fundamentou a custódia cautelar na necessidade de assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do crime, assim como a reiteração delitiva, *in verbis* (f. 59/60):

> *"Destarte, o fato imputado ao representado é concretamente grave, eis que se trata de um homicídio, praticado mediante emprego de arma de fogo, a revelar que a incolumidade física da vítima falta, como de outras duas pessoas que também foram alvos do autor, mas que não foram alcançadas por ele. Segundo consta, o motivo para a prática do delito teria sido motivado por vingança, vez que na noite anterior, as vítimas teriam agredido o sogro do representado. Além disso, em consulta ao SAJ, verifiquei que o autor está sendo acusado de outros delitos, como porte de arma de fogo e tentativa de homicídio.*
>
> *Assim sendo, do binômio - gravidade concreta do delito + risco de reiteração criminosa - observo ser necessário* ***garantir a ordem pública****, conceito este que a doutrina e jurisprudência atuais interpretam de maneira restritiva, disciplinando-a como vetor de reprodução de fatos criminosos.*
>
> *(...)*
>
> *Não bastasse a presença do requisito da ordem pública, também se faz imperiosa a prisão cautelar do representado por* ***conveniência da instrução processual****, a fim de obstar uma eventual fuga, bem como evitar que possa novamente atentar contra a vida das vítimas Eduardo e Gabriel."*
>
> *(Destaques originais)*

Por outro lado, ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora ainda alertou, (f. 77):

> *"Em que pesem as argumentações explanadas pelo defensor, embora o paciente tenha se apresentado em Delegacia para prestar esclarecimentos sobre os fatos e se entregado para cumprimento do mandado de prisão, este juízo levou em consideração o fato do acusado já responder em liberdade por outra ação penal por delito de homicídio datado no ano de 2012, reiterando agora a prática do mesmo crime, dando claras manifestações de que, em liberdade, nada o obsta a reiteração delituosa.*
>
> *Vale ressaltar que, conforme narrativa contida na denúncia (em anexo), o crime é dotado de gravidade concreta, eis que o paciente, movido por vingança, perseguiu as vítimas, sendo três menores de idade, disparando contra a cabeça de uma delas que já estava caída ao chão, esta vindo a óbito, demonstrando tamanha frieza na execução de seus atos."*

A gravidade do crime é circunstância hábil a lastrear a manutenção da custódia processual, pois, malgrado esse fundamento careça da instrumentalidade inerente às demais hipóteses autorizadoras da medida, não pode ser desprezado visto que:

> *"Dirige-se (...) à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (...) Haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Judiciário, sob pena de se por em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal."* [3]

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal,** 9 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 418.

O entendimento encontra ressonância em julgado do Supremo Tribunal Federal:

> *"A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da gravidade do delito e da repercussão social."* [4]

Igual posição, também, é sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, colhendo-se:

> *"De acordo com jurisprudência desta Casa de Justiça, a gravidade concreta da imputação enseja o risco para a ordem pública, justificando a prisão cautelar."* [5]

Finalmente, mister ressaltar que a apresentação espontânea do acusado às autoridades policiais, por si só, não constitui circunstância suficiente a permitir a concessão da benesse em testilha.

Deveras, conforme remansoso entendimento jurisprudencial:

> *"A apresentação espontânea mostra-se insuficiente para ensejar liberdade processual se presentes os pressupostos da custódia cautelar. Os predicados pessoais não autorizam, em si, a revogação da custódia preventiva, tampouco a aplicação de medidas cautelares alternativas, mormente diante da necessidade de proteger a integridade física das vítimas e de testemunha."* [6]

> *"Conforme julgado pretérito desta Colenda Câmara Criminal, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça: "a apresentação espontânea à autoridade policial, a teor do disposto no art. 317, do Código de Processo Penal, não impede a decretação da prisão preventiva nos casos em que a Lei a autoriza e nem é motivo para a sua revogação, mormente quando concretamente demonstrada a necessidade da prisão cautelar para garantia da instrução criminal" RHC 27.103/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., julgado em 22/11/2011, dje 02/12/2011)."* [7]

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *Habeas Corpus* em favor de Robson Caitano da Silva.

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. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2014.

***

4 HC 96.693/SP, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/03/2009.

5 HC 122.617/SP, 6ª T., rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/08/2009.

6 TJMT, HC 91903/2014, rel. Des. Marcos Machado, j. 27/08/2014, DJ 02/09/2014, p. 210.

7 TJPA, HC 20143016080-8, Câm. Crim. Reunidas, rel. Juiz Conv. Paulo Gomes Jussara Junior, j. 11/08/2014, DJ 27/08/2014, p. 169.

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002687-37.2010.8.12.0018/50000 - Paranaíba
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – EMBARGOS INFRIGENTES E DE NULIDADE EM APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES E TRÁFICO DE DROGAS – INEXISTÊNCIA DE *ABOLITIO CRIMINIS* – CONDENAÇÃO MANTIDA – MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS CONFIGURADOS – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE INAPLICÁVEL – REGIME INICIAL ALTERADO – PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Acompanho o entendimento proferido no voto vencedor no sentido de que não é aplicável a *abolitio criminis* na hipótese. A previsão estabelecida no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento que tipifica como crime possuir munição, visa tutelar a coletividade, a paz social, a segurança pública e não a integridade física de isolado indivíduo. Ademais o embargante não entregou voluntariamente o artefato. Nestes termos, a lesividade jurídica está presente na simples posse da munição, independentemente da quantidade e de estar ou não acompanhada de arma de fogo, pois adquirida, seja de forma paga ou gratuita, mediante comércio ilegal, figura esta que a lei pretende combater.

Mesmo que os antecedentes criminais tenham data de mais de cinco anos, nada há na legislação a respeito, diferente da reincidência, que foi regulamentada pelo Código Penal no art. 64,I. Sobre o tema, o STF reconheceu Repercussão Geral no Re n. 593.818-SC, todavia pende de julgamento. Válida a exigência legal. Assim, possuindo o réu outra condenação transitada em julgado, não só pelo art. 16 da Lei n. 6.368/76, conforme folha de antecedentes de fls. 294-296, bem como pelo registro de duas ações de execução penal (autos 0000296-18.1987 e 0000201-22.1986), conforme consulta SAJ PG, logo, imperativa a manutenção dos antecedentes. Além disso, a conduta antes prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, atualmente prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, apesar de ser despenalizada, "não deixou de ser crime, inviável o afastamento da valoração negativa dos antecedentes." (...) (HC 252.688/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

Embora o embargante tenha confessado perante a autoridade policial a prática do delito, em juízo retificou a confissão, buscando eximir-se da responsabilidade penal apresentando a versão de que pensava transportar "bolachas". A confissão a ser considerada como atenuante deve ser feita espontaneamente e sem ressalvas, não podendo por meio dela, buscar algum benefício legal, como se verifica no caso em análise. Além disso, sequer a confissão na fase policial foi utilizada para embasar o decreto condenatório. Logo, inaplicável a referida atenuante.

Exclusivamente quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, merece guarida a pretensão, porquanto não reincidente e condenado à pena final de 06 anos de reclusão pelo crime de tráfico. Assim, nos moldes do art. 33, § 2º, "b", do CP, deve ser-lhe fixado o regime inicial semiaberto.

EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA DO ENTORPECENTE – LAUDO PERICIAL DEFINITIVO – JUNTADA TARDIA – VALIDADE - REINCIDÊNCIA CONFIGURADA – REGIME INICIAL MANTIDO – NÃO ACOLHIDOS.

Deve ser preservada a valoração negativa da natureza, pois em que pese a juntada tardia do laudo definitivo, há nos autos "o laudo preliminar, assinado por perito oficial e não contestado pela Defesa, descreveu a natureza do material submetido a exame. (...) Nesse contexto, verifica-se que a juntada tardia do laudo toxicológico definito não exerceu influência no julgamento do feito, não havendo demonstração do prejuízo sofrido pela Defesa.(...) (HC 134.886/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011). Outrossim, tal circunstância é analisada conjuntamente com a quantidade do entorpecente, que no caso se apresenta expressiva – 16 quilos de maconha. Além da cocaína – 143,95 gramas. Assim, mantém-se como negativa a circunstância judicial da natureza e quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.342/2006.

A reincidência está configurada, pois consta da certidão juntada aos autos que a extinção da punibilidade por condenação anterior transitou em julgado em 04.10.2005, logo, o quinquênio legal operou-se em 04.10.2010 e o crime cometido nos presentes autos data de 22.07.2010.

Deve ser mantido o regime inicial mais gravoso, qual seja, o fechado, porquanto "A utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura bis in idem.(...) HC 120994, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 15-05-2014 PUBLIC 16-05-2014)"

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover parcialmente os embargos infringentes de João Evangelista da Costa Júnior e improver os embargos de Joel Araújo Barbosa, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal interpostos por João Evangelista da Costa Júnior e Joel Araújo Barbosa em face do acórdão de fls. 546-591 que, por maioria, deu parcial provimento aos recursos de apelação.

Os embargantes pretendem que prevaleça o voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

João Evangelista, nas razões de fls. 601-612, requer a absolvição pelo crime de posse irregular de arma de fogo, argumentando ausência de lesividade na posse isolada de munição, bem como falta de exame pericial nos únicos dois cartuchos apreendidos. Postula o afastamento dos antecedentes criminais aduzindo que da extinção da punibilidade transcorreu o quinquênio legal e que uma das condenações se refere ao crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, que entende descriminalizado pela Lei n. 11.343/2006. Pretende o reconhecimento da confissão espontânea e a aplicação do regime inicial semiaberto.

Joel Araújo Barbosa, nas razões de fls. 613-626 pede a exclusão da valoração negativa da natureza da droga (cocaína); o afastamento da agravante da reincidência pelo decurso do quinquênio legal e a aplicação do regime inicial semiaberto.

A Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 632-649 opinou pela rejeição dos embargos.

VOTO (EM 26/11/2014)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal interpostos por João Evangelista da Costa Júnior e Joel Araújo Barbosa em face do acórdão de fls. 546-591 que, por maioria, deu parcial provimento aos recursos de apelação.

Os embargantes pretendem que prevaleça o voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

João Evangelista, nas razões de fls. 601-612, requer a absolvição pelo crime de posse ilegal de munição, argumentando ausência de lesividade na posse isolada de munição, bem como falta de exame pericial nos únicos dois cartuchos apreendidos. Postula o afastamento dos antecedentes criminais aduzindo que da extinção da punibilidade transcorreu o quinquênio legal. Pretende o reconhecimento da confissão espontânea e a aplicação do regime inicial semiaberto.

Joel Araújo Barbosa, nas razões de fls. 613-626 pede a exclusão da valoração negativa da natureza da droga (cocaína); o afastamento da agravante da reincidência pelo decurso do quinquênio legal e a aplicação do regime inicial semiaberto.

A Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 632-649 opinou pela rejeição dos embargos.

Recurso de João Evangelista da Costa Júnior

1. Crime de posse irregular de munições

Deve ser mantido o voto vencedor.

Ressalto que acompanho o entendimento do Des. Manoel Mendes Carli de que não é aplicável a *abolitio criminis* na hipótese, pelas razões que ratifico:

> *"A Lei n.º 10.826/2003, nos seus artigos 30 a 32, concedeu um prazo de 180 dias para que os possuidores ou proprietários de armas de fogo não registradas, solicitassem o seu registro no órgão competente ou as entregassem à Polícia.*
>
> *Tal prazo foi sucessivamente prorrogado pelas Leis 10.884/2004, 11.118/2005 e 11.191/2005, que estenderam o seu vencimento para 23/10/2005.*
>
> *A Medida Provisória n.º 417/08, convertida na Lei n.º 11.706/2008, de 19 de junho de 2008, prorrogou novamente o prazo para 31.12.2008, alterando a redação dos artigos 30 e 32 da Lei n.º 10.826/2003.*
>
> *Por fim, a Lei n.º 11.922/09, permitiu que os proprietários ou possuidores de armas de fogo não regulamentadas, tivessem a oportunidade de solicitarem o seu registro até 31/12/2009, ou entregá-las à Polícia Federal.*

Assim, o prazo para a população brasileira legalizar as suas armas de fogo e munições, após sucessivas dilações, expirou-se no dia 31/12/2009, a partir de quando nenhum novo prazo foi concedido.

O Decreto Presidencial nº 7.473, publicado em 06/05/2011, não prorrogou novamente o prazo para entregada arma de fogo, acessório ou munição, de que tratam os artigos 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, apenas estabeleceu os procedimentos a serem obedecidos para a respectiva entrega na Polícia Federal ou nos órgãos e entidades credenciados pelo Ministério da Justiça).

Em razão do referido Decreto, o Ministério da Justiça publicou em 06 de maio de 2011, a Portaria nº 797, de 05 de maio de 2011, estabelecendo os procedimentos de entrega de arma de fogo, acessório ou munição e da indenização prevista no art. 31 e 32 da Lei nº 10.826/2003.

Desse modo, não trouxe novamente a abolitio criminis em relação à posse de arma de fogo, mas, tão somente, estabeleceu regras administrativas para a entrega das armas de fogo e sua indenização.

O Decreto 7.473 e a Portaria nº 797/MJ apenas estabeleceram regras procedimentais para extinção da punibilidade em relação ao agente que espontaneamente entregar a arma aos órgãos competentes, sem gerar, contudo, nova descriminalização temporária.

Além disso, a Constituição Federal determina que apenas a lei, em seu sentido estrito, disponha sobre direito penal. Os decretos servem apenas como complemento às normas penais incriminadoras quando o tipo penal não é suficientemente exato e depende de fontes auxiliares para sua perfeita integração, não possuindo o condão de gerar ou extinguir tipos incriminadores.

Portanto, a partir de 1º de janeiro de 2010, ao cidadão que possua arma sem registro, somente lhe resta a alternativa de devolução espontânea na Campanha do Desarmamento para que seja beneficiado pela extinção da punibilidade, nos termos do Decreto 7.473 e da Portaria nº 797/2011, pois caso o agente não restitua e seja surpreendido na posse dessa arma, responderá pelo crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

No caso dos autos, o apelante não estava mais acobertado pela abolitio criminis temporária, a qual expirou em 31/12/2009, tendo em vista que foi flagrado na posse de duas munições, uma de calibre 22 e outra de calibre 32 (auto de apreensão, às f. 19-verso).

Assim, não há se falar em atipicidade da conduta prevista no artigo 12 da Lei nº 10.826/2003, atribuída ao recorrente." fls. 558-559

Ao se prever no delito estabelecido no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento ser crime possuir munição, quis o legislador tutelar a coletividade, a paz social, a segurança pública e não a integridade física de isolado indivíduo.

Como o embargante não entregou voluntariamente o artefato, a benesse legal a ensejar a exclusão do crime (*abolitio criminis temporalis*) não é aplicável.

A lesividade jurídica está presente na simples posse da munição, independentemente da quantidade e de estar ou não acompanhada de arma de fogo, pois adquirida, seja de forma paga ou gratuita, mediante comércio ilegal, figura esta que a lei pretende combater, conforme prevê o dispositivo em questão:

> ***Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:*** *- grifei -*

Para se combater o comércio ilegal de artefatos bélicos, tem-se como condição "*sine qua non*" a repreensão daqueles que se valem dessa atividade, auferindo lucros ou não. Sendo mais claro, ao se repreender aquele que possui ou porta arma, munição e outros artefatos de forma irregular atua-se visando atacar o tráfico ilegal desses objetos e não só a conduta individualizada do possuidor ou portador, daí porque se sustentar que o crime em apreço é de mera conduta, tornando desnecessária, para sua consumação, a ofensa a bem jurídico individual.

A lesividade jurídica, está presente no simples fato do agente possuir ou portar a munição, e o laudo pericial é prescindível, pois o legislador antecipou a tutela penal, sendo irrelevante para a configuração do delito, a ocorrência de resultado lesivo ou situação de perigo. Assim já decidiu o STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES. EXAME PERICIAL. NULIDADE. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO DE DIREITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não demanda reexame de provas a análise da pretensão voltada à qualificação jurídica de fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido, consistente na subsunção da conduta do Réu ao crime de porte ilegal de munições, independente de perícia para averiguar a materialidade do delito. 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser prescindível a realização de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva da munição e, por conseguinte, caracterizar o crime previsto na Lei n.º 10.826/03. 3. O legislador, ao criminalizar o porte clandestino de armas de fogo e munições, preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou o porte de armas de fogo e munições, à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros. Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1363870/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013)*

Deve ser mantido o voto condutor que condenou o embargante pelo crime de posse irregular de munição de uso permitido.

2. Antecedentes

Postula o embargante João o afastamento dos antecedentes criminais e ainda pretende que o delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 foi descriminalizado pela Lei n. 11.343/2006. Os argumentos não procedem.

Mesmo que os antecedentes criminais tenham data de mais de cinco anos, nada há na legislação a respeito, diferente da reincidência, que foi regulamentada pelo Código Penal no art. 64,I. Sobre o tema, o STF reconheceu Repercussão Geral no Re n. 593.818-SC, todavia pende de julgamento. Válida a exigência legal.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NÃO ADMITIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES DO PACIENTE RECONHECIDOS PELO JUIZ SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL EM*

> *SEDE DE APELAÇÃO. PRECEDENTES. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NESSA EXTENSÃO. I - Das questões suscitadas no Superior Tribunal de Justiça, somente àquela relativa à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi conhecida por aquela Corte. Todas as demais (redução da pena pela delação premiada, inclusão do paciente em programa de proteção à testemunha e a progressão de regime prisional) não foram conhecidas por não terem sido debatidas pelo Tribunal de origem. II - Esse fato também impede que elas sejam conhecidas por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites da competência outorgada no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. III -* ***Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. IV - No presente caso, o Juízo de primeiro grau deixou de aplicar a causa de diminuição da pena, em razão dos maus antecedentes do paciente, reconhecidos também pelo Tribunal em sede de apelação. V - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente específico, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenação anterior pelo mesmo crime caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que impede a aplicação da referida causa especial de diminuição da pena****. Precedentes. VI - Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado nessa extensão.* (HC 97390, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-02 PP-00384)

> *EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I -* ***Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social,*** *o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. II - Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.* (RHC 106814, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-037 DIVULG 23-02-2011 PUBLIC 24-02-2011 EMENT VOL-02470-01 PP-00151) - grifei -

No mesmo vértice, o entendimento do STJ:

> *"(...) 3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes. 4. O Superior Tribunal de Justiça entende que "condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes."* (HC n.172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013). (...) (HC 269.634/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014).

Apesar de constar julgado de minha relatoria do ano de 2010 no voto vencido, trata-se de entendimento já superado, tendo em vista que mudei meu posicionamento há tempos, conforme se verifica no EI 0003216-17.2010, julgado em 25.01.2012.

Possuindo o réu outra condenação transitada em julgado, não só pelo art. 16 da Lei n. 6.368/76, conforme folha de antecedentes de fls. 294-296, bem como pelo registro de duas ações de execução penal (autos 0000296-18.1987 e 0000201-22.1986), conforme consulta SAJ PG, logo, imperativa a manutenção dos antecedentes.

A conduta antes prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, atualmente prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, apesar de ser despenalizada, *"não deixou de ser crime, inviável o afastamento da valoração negativa dos antecedentes."*(...) (HC 252.688/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

Neste sentido os julgados dos Tribunais Superiores:

> *"(..)* ***Com o advento da nova Lei de Drogas, não houve descriminalizaçãoda conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal,mas mera despenalização. Precedentes do STF e deste SuperiorTribunal. 2. Verificado que os fatos antes disciplinados no art. 16 da Lei6.368/76 não deixaram de ser crime, já que o advento da Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis dessa conduta, econstatando-se a existência de uma condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente pelo cometimento desse delito,inviável acoimar de ilegal a consideração da sua condição de reincidente****.(...) (STJ - HC: 163287 SP 2010/0031742-6, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 14/06/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/06/2011)*
>
> *EMENTA:I.* ***Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107).*** *II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523) - destaquei -*

3. Confissão espontânea

O embargante João pede ainda o reconhecimento da confissão espontânea em razão de seu depoimento na fase extrajudicial e, também neste ponto a pretensão não merece guarida, pois confessou perante a autoridade policial a prática do delito (fl. 15), mas em juízo retificou a confissão, buscando eximir-se da responsabilidade penal apresentando a versão de que pensava transportar "bolachas", segundo se verifica do interrogatório as fls. 250-254.

A confissão a ser considerada como atenuante deve ser feita espontaneamente e sem ressalvas, não podendo por meio dela, buscar algum benefício legal, como se verifica no caso em análise.

Além disso, sequer a confissão na fase policial foi utilizada para embasar o decreto condenatório.

Nesse sentido é o ensinamento de Ricardo Augusto Schmitt:

> *"Por sua vez, a confissão deve ser pura e simples, pois se o agente admite a prática do delito, mas alega em seu favor a existência de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (confissão qualificada), não poderá fazer jus ao benefício. Tal fato se revela até mesmo em conseqüência da exclusão do crime ou isenção da pena, caso sejam aceitas algumas das alegações defensivas apresentadas."* ("*in*" "Sentença Penal Condenatória", Bahia: Ed. Jus Podium,4ª Ed., p.135).

Nucci diz:

> *"Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. (...) Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal". (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9 ed. São Paulo: RT, 2008)*

E Mirabete:

> *"(...) Não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante; exige a lei que seja ela espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento. Na jurisprudência, porém, tem-se aceitado a atenuante quando o acusado confessa o crime em seu interrogatório. De outro lado, não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente. (...)" (MIRABETE. Julio Fabbrini. Código penal interpretado, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 353)*

Nesse diapasão, o entendimento jurisprudêncial do STJ:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. De qualquer forma, a versão dos fatos apresentados pelo ora Paciente sequer foi utilizada para embasar a sua condenação, uma vez que restou refutada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 2. In casu, o Paciente confessou ter esfaqueado a vítima para se defender, alegando, portanto, ter agido em legítima defesa. 3. Ordem de Habeas Corpus denegada.* (HC 197.395/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013)

Não lhe cabe o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

4. Regime inicial

Exclusivamente neste ponto merece guarida a pretensão, porquanto não reincidente e condenado à pena final de 06 anos de reclusão pelo crime de tráfico.

Nos moldes do art. 33, § 2º, "b", do CP, deve ser-lhe fixado o regime inicial semiaberto.

Recurso de Joel Araújo Barbosa

1. Valoração negativa da natureza da droga

Deve ser preservada a valoração negativa da natureza, pois em que pese a juntada tardia do laudo definitivo (acostado as fls. 522-525), há nos autos as fls. 20-21, *"o laudo preliminar, assinado por perito oficial e não contestado pela Defesa, descreveu a natureza do material submetido a exame. (...) Nesse contexto, verifica-se que a juntada tardia do laudo toxicológico definito não exerceu influência no julgamento do feito, não havendo demonstração do prejuízo sofrido pela Defesa.* (...) (HC 134.886/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011).

Neste sentido ainda:

> *"(...)2. No mais, "[a] juntada do laudo de exame toxicológico após a produção das alegações finais não constitui causa de nulidade se, já havendo no processo o auto de constatação pericial, este identificou a substância entorpecente e atestou-lhe a potencialidade ofensiva. A posterior anexação do laudo pericial apenas atua, em tal situação, como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar"* (STF, HC 69.806/GO, 1.ª Turma, Rel. Min. Celso DE Mello, DJ de 04/06/1993). (...) (HC 218.604/MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

Tal circunstância é analisada conjuntamente com a quantidade do entorpecente, que no caso se apresenta expressiva – 16 quilos de maconha. Além da cocaína – 143,95 gramas.

Mantenho como negativa a circunstância judicial da natureza e quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.342/2006.

2. Reincidência

Pede o afastamento da reincidência, aduzindo que da extinção da punibilidade transcorreu o quinquênio legal e também razão não lhe assiste, pois consta da certidão de fls. 301 que a extinção da punibilidade por condenação anterior transitou em julgado em 04.10.2005, logo, o quinquênio legal operou-se em 04.10.2010 e o crime cometido nos presentes autos data de 22.07.2010. Ou seja, configurada a reincidência.

3. Regime inicial

O réu Joel sendo reincidente, deve ser mantido o regime inicial mais gravoso, qual seja, o fechado, porquanto "*A utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura bis in idem.(...)* HC 120994, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 15-05-2014 PUBLIC 16-05-2014)"

No mesmo vértice os julgados:

> *"(...) 2. A imposição do regime inicial de cumprimento de pena não se condiciona somente ao quantum da sanção cominada, mas também à reincidência delitiva, conforme expressa remissão do art. 33, § 2º, b e c, do Código Penal. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 117357, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, Processo Eletrônico DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)"*

> *"(...) As alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação. IV - Writ denegado.(...) (HC 116888, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, Processo Eletrônico DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013)"*

Isto posto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de João Evangelista da Costa Júnior, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto e nego provimento ao recurso de Joel Araújo Barbosa.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des.Luiz Claudio Bonassini da Silva (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 28/01/2015, em face do pedido de vista do 5º vogal (Des. Romero Osme Dias), após o relator, o Revisor, o des. Francisco Gerardo, a Desª Maria Isabel, o Des. Luiz Gonzaga e o Des. Luiz Claudio Bonassini proverem parcialmente os embargos infringentes de João Evangelista da Costa Junior e improverem os embargos infringentes de Joel Araujo Barbosa. Ausentes, por licença, o des. Ruy Celso Barbosa Florence, e justificadamente, o Des Carlos Eduardo Contar.

VOTO (EM 28/01/2015)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (5º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar o processo e formular meu entendimento.

Após criteriosa análise, vou acolher os embargos infringentes em toda sua extensão, para nos termos do voto minoritário, da lavra do e. Des. Ruy C. B. Florence, proferido quando do julgamento do recurso de apelação criminal, absolver João Evangelista do crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/03, e no tocante ao crime de tráfico ilícito de drogas, afastar os antecedentes penais e a natureza da droga apreendida (143 gramas de cocaína), mantendo-se entretanto a quantidade negativa (16 quilos de maconha).

Quanto ao embargante Joel Araujo, afastar a natureza da droga apreendida (cocaína), mantendo-se entretanto a quantidade negativa (16 quilos de maconha), e afastar a reincidência.

Para tanto, adoto integralmente o voto divergente do Des. Ruy Florence por haver suficiente fundamentação, não havendo necessidade de se tecer maiores considerações acerca da matéria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram parcialmente os embargos infringentes de João Evangelista da Costa Júnior e improveram os embargos de Joel Araújo Barbosa, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0038114-44.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PROVA ROBUSTA – INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – PENA-BASE E MULTA – REDUÇÃO PARA *QUANTUM* ADEQUADO – AGRAVANTE – MANTIDO O PATAMAR – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – REGIME PRISIONAL – ALTERADO PARA UM DOS RÉUS – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – CABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Incabível a absolvição ou desclassificação para o delito de uso de entorpecentes, pois o conjunto probatório traz elementos suficientes para embasar o édito condenatório dos apelantes pela prática do crime de tráfico de drogas, porque mais de um relato atesta que mantinham em depósito substância de entorpecente (pasta base de cocaína e maconha), sendo apreendida, ainda, balança de precisão e considerável quantia em dinheiro.

2. Pena-base. Circunstâncias judiciais (antecedentes e natureza da droga) acertadamente negativadas. Condenação definitiva por crime anterior e droga que possui nocividade elevada – pasta base de cocaína. Contudo, cabível a redução para *quantum* mais adequado e proporcional. Pena de multa igualmente readequada.

3. O Código Penal não estabelece patamar a ser fixado para elevar a pena, em virtude das agravantes, sendo assim, atento ao caso concreto, pois a ré ostenta condenação anterior por crime de tráfico de drogas, bem como de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade, tenho que o *quantum* 1/6 fixado pelo sentenciante pela agravante da reincidência revela-se justo e adequado.

4. Malgrado entendimento diverso, entendo que a prática do tráfico no âmbito de "boca de fumo", por si só, não é elemento suficiente para acarretar o expurgo da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, pois tal circunstância não pode, isoladamente, caracterizar dedicação à atividade criminosa, especialmente se considerada a quantidade de droga apreendida, qual seja, 9,8 g de pasta base de cocaína e 28,8 g de maconha, além da inexistência de elementos que demonstrem a quanto tempo a atividade era exercida. Desta forma, reconhece-se o privilégio na hipótese a um dos réus, porquanto preenchidos os requisitos para tal.

5. Observando-se os princípios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como levando-se em consideração a natureza e quantidade de droga apreendida e o *quantum* da pena fixada, mostra-se adequado à hipótese a fixação do regime aberto para início do cumprimento da reprimenda e a substituição da pena corpórea por duas restritivas de direitos para dois apelantes, nos moldes do art. 33, § 2º alínea "*c*", e do art. 44, todos do Código Penal, para um dos recorrentes.

6. Para a outra apelante, nos termos do 33, § § 2º e § 3º, do Código Penal, considerando que se trata de ré portadora de maus antecedentes e reincidente, tenho que deve ser mantido o regime prisional inicial fechado, por se mostrar o mais justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base dos réus, bem como aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, alterar o regime prisional para o aberto e substituir por duas restritivas de direitos em relação ao réu Nereu Aquiles.

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 maioria, em parte com o parecer, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator (Des. Dorival), restando vencido o vogal (Des. Luiz Claudio Bonassini) que provia em menor extensão.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelações interpostas por Adriana Bastos de Melo, condenada à pena de 08 meses, 05 meses e 03 dias de reclusão e 840 dias-multa, no regime fechado e Nereu Aquiles**,** condenado à pena de 05 anos, 01 mês e 03 dias de reclusão e 510 dias-multa, no regime fechado, ambos pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A apelante Adriana, nas razões de apelação de fls. 218-231, pleiteia a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, aduzindo que a substância apreendida era para consumo próprio e não há provas da traficância. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base para o mínimo legal; a redução do *quantum* de aumento pela agravante da reincidência; a alteração para regime prisional mais brando e a redução proporcional da pena de multa. Prequestiona negativa de vigência ao art. 28 da Lei Antidrogas, art. 386, VII, do CPP e art. 5º, LVII, da CF e o princípio da individualização da pena.

O recorrente Nereu, nas razões de apelo de fls. 233-243, pede a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, sob a alegação de que a droga encontrada se destinava ao seu consumo próprio. Alternativamente, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e alteração para o regime prisional mais brando e a readequação da pena de multa. Prequestiona negativa de vigência ao art. 28 da Lei n. 11.343/06, art. 386, VII, do CPP e art. 5º, LVII, da CF.

Em contrarrazões de fls. 245-261, o Órgão Ministerial requer o não provimento dos recursos.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer as fls. 266-277, opina pelo desprovimento dos apelos.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas por Adriana Bastos de Melo, condenada à pena de 08 meses, 05 meses e 03 dias de reclusão e 840 dias-multa, no regime fechado e Nereu Aquiles, condenado à pena de

05 anos, 01 mês e 03 dias de reclusão e 510 dias-multa, no regime fechado, ambos pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

A apelante Adriana, nas razões de apelação de fls. 218-231, pleiteia a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, aduzindo que a substância apreendida era para consumo próprio e não há provas da traficância. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base para o mínimo legal; a redução do *quantum* de aumento pela agravante da reincidência; a alteração para regime prisional mais brando e a redução proporcional da pena de multa.

O recorrente Nereu, nas razões de apelo de fls. 233-243, pede a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06, sob a alegação de que a droga encontrada se destinava ao seu consumo. Alternativamente, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; alteração para o regime prisional mais brando e a readequação da pena de multa.

Desclassificação

Os recorrentes pedem a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, sob o argumento de que a droga encontrada era destinada para consumo e não existem provas da traficância.

A prova carreada aos autos não deixa dúvidas quanto à autoria dos réus do delito de tráfico de drogas.

Infere-se dos autos que policiais realizavam rondas pelas imediações do Bairro Nova Lima, quando avistaram o réu em atitude suspeita. Assim, resolveram abordá-lo quando ele adentrava na residência localizada na Rua Profª. Antonia Capille, nº 1428, Bairro Nova Lima. No local também estava a ré Adriana e, após vistoriarem a casa, os milicianos encontraram 10 (dez) papelotes que estavam no bolso de uma calça jeans feminina e 01 (uma) porção de pasta base de cocaína, totalizando 9,8 g; 01 (uma) porção de maconha, totalizando 28,8 g; 01 (uma) balança de precisão e R$ 772,00 (setecentos e setenta e dois reais).

De todos os referidos elementos, a conclusão lógica é de que os réus praticavam tráfico de drogas, tanto em face das condições em que se desenvolveu a ação que culminou com a prisão em flagrante quanto pela prova testemunhal colhida.

O réu Nereu na fase investigativa (fls. 17-18) afirmou que residia com Adriana, a qual praticava tráfico de entorpecentes. Asseverou, ainda, que ajudava a embalar a droga e algumas vezes também vendia.

Em juízo (fls. 98-99 – arquivo de áudio disponível no SAJ – 1º Grau), o recorrente confirmou que estava na casa de Adriana, mas há cerca de três dias. Disse que embalava a droga para Adriana, que vendia por R$ 10,00 cada "paradinha". Afirmou que recebia entorpecente para usar em troca do auxílio que fornecia à ré.

Já a ré Adriana, na fase extraprocessual (fls. 15-16), disse que estava na residência de Nereu, o qual era seu namorado, bem como que não sabe de quem era a droga encontrada na casa. Asseverou que Nereu é quem traficava, vendendo cada embalagem pelo valor de R$ 5,00.

Na fase judicial (fls. 98-99 – arquivo de áudio disponível no SAJ – 1º Grau), a ré disse que as porções de droga encontradas na calça jeans eram de sua propriedade e destinada ao seu uso. Já o restante da substância entorpecente e o dinheiro eram de propriedade de Nereu.

O policial militar Gildney José Benites, que efetuou a prisão dos recorrentes, afirmou na fase extraprocessual (fls. 10-11):

> *"(...) avistou um indivíduo, posteriormente identificado como Nereu Aquiles, entrando rapidamente na residência de nº 1428, sendo que este apresentou nervosismo ao perceber a presença dos policiais; QUE, os policiais foram a referida residência e, quando Nereu abriu a porta, estes avistaram um mulher, posteriormente identificada como Adriana Bastos De Melo, adentrando apressadamente no banheiro (...) QUE, quando Adriana saiu do banheiro, os policiais realizaram uma vistoria no local e encontraram no bolso de uma calça jeans, feminina, 10 (dez) papelotes de substância análoga a cocaína e um aparelho celular (...). QUE, em um dos quartos, os policiais encontraram uma bolsa de cor preta, contendo a quantia de R$ 772,00 (setecentos e setenta e dois reais) e mais uma porção de substância análoga a pasta base de cocaína e uma balança de precisão da marca SF 400; QUE, sobre uma estante que fica na sala, os policiais encontraram cinco porções de substância análoga a maconha, das quais Nereu assumiu ser proprietário, alegando que a droga era para seu consumo pessoal; QUE, Nereu, ainda relatou aos policiais que reside no imóvel juntamente com Adriana, como quem possui relacionamento amoroso, e confessou que ajuda esta a preparar os papelotes de drogas para vender (...)".*

Em juízo, manteve integralmente seu depoimento (fls. 98-99 – arquivo de áudio disponível no SAJ – 1º Grau).

Da mesma forma, o policial militar Marcio Rogerio dos Santos, que participou das diligências que culminaram com a prisão em flagrante dos réus, asseverou durante a fase investigativa (fls. 13-14):

> *"(...) realizaram uma vistoria no local, tendo localizado no bolso de uma calça jeans feminina, 10 (dez) papelotes de substância análoga a cocaína (...) os policiais encontraram uma bolsa de cor preta, contendo a quantia de R$ 772,00 (setecentos e setenta e dois reais), mais uma porção de substância análoga a pasta base de cocaína e uma balança de precisão da marca SF-400; QUE, sobre uma estante que fica na sala, os policiais encontraram cinco porções de substância análoga a maconha (...) Nereu informou aos policiais que reside no imóvel juntamente com Adriana, com quem possui relacionamento amoroso, e confessou que a ajuda preparar os papelotes de drogas para vender (...)".*

Sob o crivo do contraditório e ampla defesa, manteve integralmente seu depoimento (fls. 98-99 – arquivo de áudio disponível no SAJ – 1º Grau).

Vê-se que os policiais foram uníssonos ao relatarem que realizavam rondas no bairro Nova Lima, quando visualizaram o réu em atitude suspeita adentrando no imóvel, momento em que resolveram abordá-lo. Assim, ao entrarem na residência, em que também estava a ré Adriana, localizaram a droga, a balança de precisão e a considerável quantia em dinheiro.

Cabe ressaltar que o depoimento de policiais é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório. Ademais, inexiste qualquer elemento a demonstrar que os milicianos possuem algo contra os apelantes ou interesse próprio na investigação do fato criminoso.

Guilherme de Souza Nucci defende a validade dos depoimentos prestados por policiais nos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes:

> *"[...] preceitua o art. 202 do CPP que 'toda pessoa pode ser testemunha', logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho."*[1]

Nessa esteira de pensamento, temos os seguintes julgados:

1 NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

> *"[...] Palavra dos policiais.Validade. O depoimento de policial tem o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isento de suspeição e harmônico com os demais elementos de prova dos autos, de modo que é hábil a embasar um Decreto condenatório."*[2].
>
> *"[...] Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório"*[3].

Insta salientar que os réus afirmaram que não trabalhavam e, por outro lado, não souberam explicar qual a origem da quantia considerável de dinheiro apreendida na residência, restando certo que era produto do tráfico exercido por eles no local.

De igual forma, a balança de precisão, a forma como estava acondicionada a substância entorpecente (em papelotes) e a variedade apreendida (cocaína e maconha), não deixam dúvidas sobre a prática de traficância no local.

Ricardo Antonio Andreucci ensina que "*para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz deve atender à natureza e à quantidade da substancia apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstancias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (art. 28, § 2º*)."[4]. Logo, na hipótese, fica evidente a traficância exercida pelos réus.

Outrossim, repito, mesmo que sejam usuários, isto não afasta, por si só, a imputação do crime de tráfico, pois é comum a figura do usuário-traficante, pois até mesmo para manter o vício, muitos acabam comercializando entorpecente.

Como é cediço, o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla, e os réus incidiram no verbo "ter em depósito", configurando assim, o tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Por todo o conjunto probatório, resta suficientemente demonstrado que os réus praticavam o tráfico de drogas, razão pela qual deve ser mantida a condenação tal como lançada na sentença monocrática, não havendo falar na pretendida desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Pena-base

Ao fixar as penas-bases dos réus, o magistrado singular consignou:

> *"Ré Adriana Bastos de Melo*
>
> *Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal verifico inicialmente que a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta da condenada, não deve lhe prejudicar, porquanto comum a esse crime; os antecedentes lhes são desfavoráveis, eis que possui 03 (três) sentença condenatórias definitivas (pgs. 109/111, 114, 120 e 127/130), sendo certo que uma delas (a mais recente e anterior aos fatos) será valorada na fase seguinte como reincidência e as demais, por sua vez, nesta primeira fase como antecedentes; a conduta social e a personalidade da agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias não devem aumentar as penas, porquanto não possuem peculiaridades que assim justifiquem; já as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime.*

2 TJRS; ACr 7325-65.2013.8.21.7000; Porto Alegre; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas; Julg. 29/05/2013; DJERS 27/08/2013.
3 STJ - HC 115516/SP; Relatora Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; Julgado em 03/02/2009 e Publicado no DJe em 09/03/2009.
4 ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. SP: ed. Saraiva. 2008. P. 52

De outra banda, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a natureza do entorpecente deve prejudicar a condenada, porquanto, além da maconha, foi apreendida cocaína, droga com alta carga de dependência e que ataca de forma mais grave o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde); a quantidade da substância entorpecente apreendida, por outro lado, em que pese suficiente para configuração do crime não justifica anotação negativa; a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem, ainda, elementos suficientes para se definir a personalidade da agente.

Assim sendo, hei por bem na primeira fase fixar as penas básicas um pouco acima dos seus respectivos mínimos legais, mais precisamente em 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 720 (setecentos e vinte) dias-multa, acréscimo justificado pelo reconhecimento de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza do entorpecente e antecentes), utilizando-se como critério de fixação do valor da circunstância judicial a divisão do intervalo entre a pena mínima e máxima pelo número de circunstâncias judiciais previstas pelo legislador (no caso da Lei n.º 11.343/06 - nove).

Réu Nereu Aquiles

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal verifico inicialmente que a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum a esse crime; os antecedentes não lhe prejudicam, eis que, apesar de haver registros de inquérito e/ou ação penal em curso, não há anotações de condenações definitivas anteriores (pgs. 102/103, 112 e 123/126); a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias não devem aumentar as penas, porquanto não possuem peculiaridades que assim justifiquem; já as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime.

De outra banda, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a natureza do entorpecente deve prejudicar o condenado, porquanto, além da maconha, foi apreendida cocaína, droga com alta carga de dependência e que ataca de forma mais grave o bem jurídico tutelado pela norma penal (saúde); a quantidade da substância entorpecente apreendida, por outro lado, em que pese suficiente para configuração do crime, não justifica anotação negativa; a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem, ainda, elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim sendo, hei por bem na primeira fase fixar as penas básicas um pouco acima dos seus respectivos mínimos legais, mais precisamente em 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mais 610 (seiscentos e dez) dias-multa, acréscimo justificado pelo reconhecimento de uma circunstâncias judicial desfavorável (natureza do entorpecente), utilizando-se como critério de fixação do valor da circunstância judicial a divisão do intervalo entre a pena mínima e máxima pelo número de circunstâncias judiciais previstas pelo legislador (no caso da Lei n.º 11.343/06 – nove).”

Adriana Bastos de Melo

Foram consideradas como desfavoráveis à ré Adriana os antecedentes e a natureza do entorpecente.

No tocante aos antecedentes, consoante se verifica da certidão de fls. 109-111, possui mais de uma condenação definitiva por fatos anteriores, de forma que é plenamente possível uma ser utilizada para

majorar a pena-base e outra para agravar a pena na segunda fase da dosimetria a título de reincidência. Logo, sem reparos em relação à referida moduladora.

Em relação à natureza da droga, a recorrente sustenta que é inerente ao tipo penal e que a pasta base de cocaína é psicotrópico de uso geral e em todas as classes sociais.

Entendo que as espécies de droga não possuem a mesma natureza deletéria.

Justamente por tal razão o legislador ressaltou que deve ser considerada a natureza da droga, em face do maior grau de prejuízo à saúde dos usuários.

Sabidamente a maconha, apesar de viciar e ser prejudicial à saúde, se comparada com a pasta base, cocaína ou o crack, tem efeitos menos nocivos no organismo e menor poder viciante.

> *A pasta é obtida através da maceração das folhas de coca, cujo percentual não ultrapassa a 10%, misturadas a desde ácidos convencionais até fibra de vidro moído (incluindo tubos de lâmpada fluorescente), com ácido bórico, lidocaína, fermento e solventes, como o querosene, a parafina, benzina ou éter, o que reforça o caráter de dependência rápida e, junto ao efeito intenso, apesar da curta duração de cada dose. (...). Provoca e/ou aprofunda as lesões cerebrais e pulmonares, como também infecções e coágulos no sangue. Já no começo do vício, a droga gera infecções na boca e na garganta, bem como seqüelas neurológicas irreversíveis porque afeta os centros nervosos, provocando perda de reflexos, motricidade, inteligência e até memória.*
>
> *Com um tempo maior de consumo, o uso do paco pode provocar infarto, pneumonia, efizema pulmonar e/ou hepatite. O tempo de vida do viciado ainda não dá para definir, mas avalia-se, pelos efeitos até então observados e os componentes utilizados, que a perspectiva é que seja menor que a dos viciados em crack, em que os usuários adultos costumam morrer antes dos cinco anos de vício."*[5]

Como explica Içami Tiba: "*Cada droga apresenta um índice conhecido como Poder Viciante da Droga. No caso da maconha existe um poder viciante de 50%; da cocaína, de 80%; do crack, da heroína e da morfina há um poder maior que 80%.*[6]

Considerando a natureza da droga (pasta base de cocaína) que possui nocividade elevada, tenho que seja suficiente para a exasperação da pena-base.

Devem ser mantidas como desfavoráveis à ré os antecedentes e a natureza da droga.

Por haver duas circunstâncias judiciais em desfavor da apelante, mantenho a pena-base acima do mínimo legal. Contudo, como acertadamente alegou a Defesa, a elevação da reprimenda em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 220 (duzentos e vinte) dias-multa acima do mínimo é desarrazoada.

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais foram, em sua maioria, consideradas favoráveis, elevo a reprimenda em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 160 (cento e sessenta) dias, restando a pena-base fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

Patamar de aumento da agravante da reincidência

5 Wikipédia, acessado em 04.11.2014 - http://pt.wikipedia.org/wiki/Paco_(droga)

6 http.vidasemdrogas - autor: Içami Tiba, conferencista, escritor, médico, orientador educacional, psicodramatista, psicoterapêuta e psiquiatra brasileiro. Famoso especialista no aconselhamento e terapia de jovens com problemas e suas famílias, acessado em 24.09.2013

O Código Penal não estabelece patamar a ser fixado para elevar a pena em virtude das agravantes, sendo assim, atento ao caso concreto, pois a ré ostenta condenação anterior por crime de tráfico de drogas, bem como de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade, tenho que o *quantum* 1/6 fixado pelo sentenciante pela agravante da reincidência revela-se justo e adequado.

Sobre o tema trago o entendimento jurisprudencial do STJ:

> *"(...) HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO (1/3). DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS PELO MESMO DELITO. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO IMPLEMENTADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 08 ANOS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. O tribunal a quo negou provimento ao recurso defensivo, considerando, para efeito de maus antecedentes, condenações recorríveis. Tal posição não se harmoniza com o entendimento adotado nesta corte no sentido de que "vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. " (súmula n. º 444/STJ) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta corte superior, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do ne bis in idem. 3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto. 4. O acréscimo fixado pelo tribunal de origem, na segunda fase da dosimetria da pena, no patamar de 1/3, em razão da reincidência, não se afigura desproporcional, em se considerando que o agente ostenta duas condenações definitivas pelo mesmo delito contra o patrimônio. (...)". (STJ; HC 198.185; 2011/0037046-3; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 06/06/2013)*

Na segunda fase da dosimetria em razão da agravante da reincidência, mantenho o aumento de 1/6, ficando a pena intermediária fixada em 07 anos e 07 meses de reclusão e 770 dias-multa.

Na terceira etapa, diante da inexistência de causas de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 770 (setecentos e setenta) dias-multa.

Regime

Nos termos do 33, § § 2º e § 3º, do Código Penal, considerando que se trata de ré portadora de maus antecedentes e reincidente, tenho que deve ser mantido o regime prisional inicial fechado, por se mostrar o mais justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito.

2. Nereu Aquiles

Para o réu Nereu, verifica-se que a natureza da droga foi utilizada para exasperar a pena-base.

Pelos mesmos fundamentos expostos quando da análise da pena-base da corré Adriana, a natureza da droga apreendida (pasta base de cocaína) deve ser considerada como desfavorável diante de sua maior nocividade à saúde dos usuários.

A majoração da pena-base em 01 (um) ano e 01 (um) mês de reclusão e 110 (cento e dez) dias-multa não se apresenta razoável e proporcional, razão pela qual altero o *quantum* de aumento e fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 590 (quinhentos e noventa) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas, permanecendo a pena intermediária no mesmo patamar.

Causa de diminuição do tráfico privilegiado

O recorrente pede, ainda, o reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, argumentando que se encontram preenchidos todos os requisitos para a concessão de tal benesse.

É cediço que para a incidência da minorante referente ao tráfico de drogas, exige-se que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa, nem integre organização criminosa.

O magistrado singular entendeu que não incide a causa de diminuição porque *"ficou claro dos autos que o condenado, justamente com Adriana, mantinha uma 'boca de fumo', pois não possuíam emprego e, ainda assim, mantinham razoável quantia de dinheiro, demonstrando, portanto, que faziam do tráfico seu meio de vida, o que também afasta a causa de diminuição em questão* " (fls. 182).

Malgrado tal entendimento, entendo que a prática do tráfico no âmbito de "boca de fumo", por si só, não é elemento suficiente para acarretar o expurgo da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, uma vez que, tal circunstância não pode, isoladamente, caracterizar dedicação à atividade criminosa, especialmente se considerada a quantidade de droga apreendida no caso, qual seja, 28,8 g de maconha e 9,8 g de pasta base de cocaína.

Por oportuno, que, embora a variedade e por ter a cocaína elevada nocividade, a quantidade não é das maiores e inexiste prova idônea o suficiente para atestar, indubitavelmente, que se dedica de forma duradoura e estável à atividade criminosa ou integre organização criminosa.

Insta salientar que o apelante declarou em juízo que estava na casa de Adriana há cerca de três dias, inexistindo elementos nos autos para precisar uma certa estabilidade, característica exigível para conclusão acerca da devotação do réu ao serviço criminoso.

Verifica-se pelas certidões carreadas às fls. 123-126/131-132, que o réu é primário e de bons antecedentes.

Mostra-se admissível a diminuta pleiteada. No caso em apreciação, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo que a pena deve ser reduzida em 1/2 (metade), montante que se mostra adequado às circunstâncias do caso concreto (ponto de venda de drogas).

Na terceira fase da dosimetria, em razão da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/2, tornando-a definitiva em 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 295 (duzentos e noventa e cinco) dias-multa, diante da inexistência de outros elementos.

Regime

Declarada a inconstitucionalidade da norma que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados pelo STF (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), a fixação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de tais delitos deve observar os critérios do art. 33, § § 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

A recorrente não é reincidente, bem como a pena é inferior a 08 (oito) anos. De fato, diante da quantidade e natureza da droga apreendida – 9,8 g de pasta base de cocaína e 28,8 g de maconha – é cabível a imposição do regime prisional aberto, que se mostra adequado para prevenção e reprovação do delito.

Substituição por restritiva de direitos

Cabível também a substituição da pena por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal, uma vez que o apelante preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. Destarte, pois foi beneficiado com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e diante da natureza e quantidade da droga, a medida mostra-se recomendável.

Quanto ao prequestionamento suscitado, ressalto que inexiste violação ou negativa de vigência.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base dos réus, bem como aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, alterar o regime prisional para o aberto e substituir por duas restritivas de direitos em relação ao réu Nereu Aquiles.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (Vogal)

Divirjo em parte do e. Relator, Des. Dorival Moreira Santos, para o fim de afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 concedida ao apelante Nereu Aquiles, assim como para manter o regime fechado aplicado na sentença e, portanto, dar provimento parcial ao recurso.

A finalidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, que consubstancia a hipótese do denominado "tráfico privilegiado", é abrandar a pena do traficante que preencher os requisitos legais estabelecidos pelo legislador.

Reza o mencionado dispositivo legal que: *"Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".*

Embora não pese contra o apelante Nereu Aquiles maus antecedentes ou reincidência, extrai-se dos autos, em especial de seu depoimento prestado em Juízo, que ele auxiliava Adriana Bastos de Melo no comércio de drogas.

Infere-se que a versão do apelante Nereu não é dotada do menor grau de verossimilhança, pois nota-se que ele alterou por completo seu modo de narrar os fatos, vindo a sustentar durante seu interrogatório em Juízo que estava na casa de Adriana havia apenas 03 (três) dias, mas não residia lá, ao ontrário do que havia afirmado na fase extrajudicial.

Não obstante o período que o apelante tenha declarado acerca de sua hospedagem na residência da apelante Adriana, é certo que ele tinha plena ciência de que ali funcionava uma "boca de fumo" e assumiu a prática do tráfico, afirmando, inclusive, que ele quem embalava a droga a ser comercializada. Confira-se:

Juiz: O senhor do que está sendo acusado?

Interrogando: De tráfico.

Juiz: Essa acusação, Nereu, de ter praticado o tráfico, é verdadeira ou não é?

Interrogando: É verdadeira.

Juiz: O senhor estava ajudando a Adriana a vender essa droga?

Interrogando: Sim.Eu preparava a droga pra ela. - f. 98-99 (fonte: aúdio)

Tais fatos são suficientes para atestar a dedicação do apelante Nereu à atividades criminosas e associação ao tráfico, posto que sua prática auxiliava Adriana a organizar e administrar a "boca de fumo".

De tal modo, não preenche o apelante dois dos requisitos dispostos no parágrafo do artigo em questão – a ausência de dedicação à atividades criminosas e a não integração de associação ao tráfico. Logo, obstada está a aplicação desse benefício ao apelante Nereu Aquiles por não preenchê-los cumulativamente.

De tal sorte, com o devido respeito, a pena definitiva de Nereu Aquiles, deve permanecer em 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 590 (uinhentos e noventa) dias-multa.

No mais, é certo que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (HC 111.840-ES), estabeleceu que no âmbito do delito de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06, art. 33), não há mais a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena, de modo que a fixação do regime prisional inicial deve estar em harmonia com o que dispõe o art. 33, §§ 2.º e 3.º do CP.

Assim, em vista da quantidade da pena definitiva aqui considerada (**05** (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 590 (quinhentos e noventa) dias-multa), o regime inicial de cumprimento seria o semiaberto, a teor do art. 33, §2º, "b" do CP.

No entanto, há que se levar em consideração a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, circunstâncias judiciais preponderantes, consoante o art. 42 da Lei de Drogas, que devem ser observadas na fixação do regime prisional, em conformidade com a previsão contida no art. 33, § 3.º, do CP.

Deste modo, a natureza dos entorpecentes apreendidos (9,8 gr de cocaína e 28,8 gramas de maconha), é fundamento apto a embasar a imposição do regime fechado, pois a reprovabilidade do delito cometido, autoriza a determinação de regime carcerário mais severo.

A propósito, destaco os seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 FUNDAMENTADAS NA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.1. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do ne bis in idem (HC n. 215.088/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 16/5/2012).2.* ***A despeito da inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1º, da Lei n.8.072/1990, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais negativas, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso,*** *nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.3. Agravo regimental improvido.(AgRg no HC 203.196/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)." (Destaquei).*

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. **NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA**. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...). 5. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado. 6. **A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o quantum de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal. 7. Na espécie que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder da paciente, a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, bem como a existência de elementos que apontam para o envolvimento da sentenciada em práticas ilícitas**. (...). (HC 177.696/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 25/04/2012)." (Destaquei).*

Considerando, portanto, a natureza potencialmente viciante das substâncias apreendidas neste caso, em especial a cocaína, justa a imposição de regime mais gravoso, por se revelar mais adequado para a reprovação do delito.

Pelo exposto, divergindo em parte do e. Relator, Des. Dorival Moreira Santos, nego provimento à presente Apelação, a fim de afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 concedida ao apelante Nereu Aquiles, assim como para manter o regime fechado para cumprimento da pena, mantendo-se a sentença tal como foi lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento, nos termos do voto do relator (Des. Dorival), restando vencido o vogal (Des. Luiz Claudio Bonassini) que provia em menor extensão.

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, 11 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1413776-87.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO E ALEGADA FALTA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR – NÃO EVIDENCIADOS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA.

Consta dos autos que o paciente foi acusado de homicídio em 2001. Ocorreu o Júri, e restou absolvido. O Ministério Público recorreu e o recurso fora provido por esta Corte.

Quando da intimação para realização do novo julgamento, o acusado não foi encontrado, motivo que levou ao decreto de prisão, pois, vigente à época, o art. 451 do CPP, previa a necessidade da presença do pronunciado no Júri.

O mandado de prisão foi expedido em 2006 e cumprido em 2014.

Realizado novo julgamento, a prisão, neste momento, decorre de sentença, em que o paciente foi condenado a pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão em regime fechado e esteve em local incerto e não sabido em grande parte do processo, demonstrando descaso com a justiça.

Condições pessoais, ainda que favoráveis, não bastam, por si sós, para garantirem a liberdade provisória, mormente quando inequivocadamente presentes os pressupostos da prisão preventiva.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de um *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo Mohamed Ale Cristaldo Dalloul, em favor do paciente Advaugles Pinheiro Floes, acusado da prática do crime previsto no art.121, § 2º, incisos I e IV. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS.

Alega, em síntese que o paciente sofre constrangimento ilegal uma vez que ausentes os requisitos da segregação cautelar e ausência de fundamentação para decreto prisional, por não estar em conformidade com os requisitos do art. 312 CPP.

Requer revogação do mandado de prisão, para aguardar o processo em liberdade.

A liminar foi indeferida as fls. 86.

Informações prestadas as fls. 57-58.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina as fls. 89-95, pela denegação da ordem.

Prequestiona a negativa de vigência dos arts.121, do Código Penal e arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de um *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo Mohamed Ale Cristaldo Dalloul, em favor do paciente Advaugles Pinheiro Floes, acusado da prática do crime previsto no art.121, § 2º, incisos I e IV. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS.

Alega, em síntese que o paciente sofre constrangimento ilegal uma vez que ausentes os requisitos da segregação cautelar e ausência de fundamentação para decreto prisional, por não estar em conformidade com os requisitos do art. 312 CPP.

Afirma possuir condições pessoais favoráveis.

Requer revogação do mandado de prisão, para aguardar o processo em liberdade.

A ordem deve ser denegada.

Consta dos autos que o paciente foi acusado de homicídio em 2001. Ocorreu o Júri, e restou absolvido. O Ministério Público recorreu e o recurso fora provido por esta Corte.

Quando da intimação para realização do novo julgamento, o acusado não foi encontrado, motivo que levou ao decreto de prisão, pois, vigente à época, o art. 451 do CPP, previa a necessidade da presença do pronunciado no Júri.

O mandado de prisão foi expedido em 31 de julho de 2006 e cumprido em 23 de setembro de 2014.

Realizado novo julgamento, a prisão, neste momento, decorre de sentença proferida em 14.05.2014 (fls.62-64), em que o paciente foi condenado a pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão em regime fechado e esteve em local incerto e não sabido em grande parte do processo, demonstrando descaso com a justiça.

Constata-se ainda, que há recurso de apelação cadastrado sob n.º 0006462-29.2001.8.12.0001, pendente de julgamento.

Nesse sentido já julgou o Superior Tribunal de Justiça :

> *"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA.GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU QUE SE APRESENTA PERANTE A AUTORIDADE JUDICIAL E PERMANECE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO DURANTE 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES. ELEMENTOS CONCRETOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o paciente não ter comparecido a diversos atos do processo, inclusive à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, sem apresentar nenhuma justificativa para sua ausência, permanecendo em local incerto e não sabido durante 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, constitui motivo idôneo à decretação da medida para garantir a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. 2. Habeas corpus denegado.(HC 204.171/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 15/12/2011)*

O paciente apresentou certidão de nascimento dos filhos (fls. 22-23), declaração de trabalho com firma reconhecida (fls.25-27), contudo, cumpre ressaltar que condições pessoais favoráveis, não bastam, por si sós, para garantirem a liberdade provisória, mormente quando inequivocadamente presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Neste sentido, este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"(...) III- As condições pessoais da paciente, por si só, não possuem a prerrogativa de afastar a custódia cautelar, sobretudo quando presentes os pressupostos legais que a autoriza (...)" (TJMS, Habeas Corpus n. 2012.016313-4, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Julgado em 25.06.2012)- Unânime.*

Diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar e mediante as circunstâncias do caso em concreto que revelam a efetiva necessidade da custódia cautelar, não há constrangimento ilegal a ser sanado pelo *writ*.

Necessário o cárcere e incabível a substituição da prisão preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão, elencadas no art. 319, do Código de Processo Penal, por serem insuficientes para reprovação e prevenção da conduta.

Quanto ao prequestionamento, toda matéria foi apreciada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos prequestionados.

Com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

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, 18 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1412157-25.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – PRISÃO CIVIL – DÍVIDA DE ALIMENTOS – PLEITO PELO SALVO-CONDUTO – ALEGADA PERDA DO CARÁTER EMERGENCIAL DOS ALIMENTOS PELO DECURSO DO TEMPO E POR DECISÃO FAVORÁVEL EM AÇÃO DE EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – SÚMULA 309 DO STJ – PACIENTE QUE REITERADAMENTE PROCRASTINA O PAGAMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA ATÉ O MOMENTO DA DECISÃO QUE DECRETA CUSTÓDIA – NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO A FIM DE VIABILIZAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – ORDEM DENEGADA.

Observa-se que paciente, no interregno da ação originária, já foi preso por três vezes, e somente quando da segregação é que prontamente quitou os débitos vencidos.

Ação de alimentos que já se arrasta há mais de 05 (cinco) anos.

A prisão funda-se na Súmula n. 309 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:*"O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo"*.

A expedição de salvo-conduto ao alimentante implicará automaticamente no não cumprimento da obrigação, haja vista ter sido este o comportamento adotado diuturnamente pelo paciente. ordem denegada. Com o parecer da PGJ.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Heitor Miranda Guimarães impetra *Habeas Corpus* preventivo, com pedido de liminar, em favor de Ronivaldo José de Lima, apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande (MS).

Segundo narra o impetrante, Mariana Barcelos, filha do paciente, intentou execução de alimentos em seu desfavor, postulando o recebimento das parcelas atrasadas referentes aos meses de junho, julho e agosto de 2009, bem como as vincendas, sustentando serem para sua subsistência.

Relata que durante o trâmite processual, que perdura até a presente data, foi decretada, cumprida e revogada a prisão civil do paciente por diversas vezes.

Afirma que, anteriormente, o paciente impetrou *Habeas Corpus* perante esta Corte, sendo concedida liminar favorável ao seu pedido, todavia, quando da análise colegiada, esta Corte cassou a liminar, denegando a ordem e, por conseguinte, expedindo novo mandado de prisão.

Pondera que no dia 11 de abril de 2014, o paciente obteve sentença favorável, prolatada pelo magistrado da 3ª Vara de Família Digital, na ação de exoneração de alimentos proposta contra Mariana Barcelos, sua filha.

Obtempera que é inadimissível que sua filha pretenda a prisão civil do paciente, embasando-se na alegação da extrema necessidade em auferir a referida verba alimentar, passados mais de 05 (cinco) anos da propositura da execução de alimentos, mais de um ano da prisão civil anterior, e quase 6 (seis) meses após extinta sua obrigação alimentícia.

Assevera que o paciente manifestou-se no processo de execução de alimentos, requerendo a conversão da execução processada pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil, para o rito do art. 732 do mesmo códex, haja vista não mais existir emergência no pagamento do débito.

Alega, ainda, que a autoridade apontada como coatora, em vez de examinar o requerimento feito pelo paciente, simplesmente deixou de apreciar o referido fato, determinando a expedição de ofício à autoridade competente, a fim de esta promovesse o cumprimento de mandado de prisão.

Requer, assim, seja concedido, liminarmente, salvo-conduto em favor do paciente.

Por fim, postula pela concessão definitiva da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 947/952.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Heitor Miranda Guimarães impetra *Habeas Corpus* preventivo, com pedido de liminar, em favor de Ronivaldo José de Lima, apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande (MS).

Segundo narra o impetrante, Mariana Barcelos, filha do paciente, intentou execução de alimentos em seu desfavor, postulando o recebimento das parcelas atrasadas referentes aos meses de junho, julho e agosto de 2009, bem como as vincendas, sustentando serem para sua subsistência.

Relata que durante o trâmite processual, que perdura até a presente data, foi decretada, cumprida e revogada a prisão civil do paciente por diversas vezes.

Afirma que, anteriormente, o paciente impetrou *Habeas Corpus* perante esta Corte, sendo concedida liminar favorável ao seu pedido, todavia, quando da análise colegiada, esta Corte cassou a liminar, denegando a ordem e, por conseguinte, expedindo novo mandado de prisão.

Pondera que no dia 11 de abril de 2014, o paciente obteve sentença favorável, prolatada pelo magistrado da 3ª Vara de Família Digital, na ação de exoneração de alimentos proposta contra Mariana Barcelos, sua filha.

Obtempera que é inadimissível que sua filha pretenda a prisão civil do paciente, embasando-se na alegação da extrema necessidade em auferir a referida verba alimentar, passados mais de 05 (cinco) anos da propositura da execução de alimentos, mais de um ano da prisão civil anterior, e quase 6 (seis) meses após extinta sua obrigação alimentícia.

Assevera que o paciente manifestou-se no processo de execução de alimentos, requerendo a conversão da execução processada pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil, para o rito do art. 732 do mesmo códex, haja vista não mais existir emergência no pagamento do débito.

Alega, ainda, que a autoridade apontada como coatora, em vez de examinar o requerimento feito pelo paciente, simplesmente deixou de apreciar o referido fato, determinando a expedição de ofício à autoridade competente, a fim de esta promovesse o cumprimento de mandado de prisão.

Requer, assim, seja concedido, liminarmente, salvo-conduto em favor do paciente.

Por fim, postula pela concessão definitiva da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 947/952.

É o relato do necessário.

O *writ* merece ser conhecido, porém a ordem deve ser denegada.

A prisão civil em decorrência de dívida alimentar é instituto reconhecido tanto pela Constituição Federal Brasileira, quanto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sabidamente recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo incontestável o débito alimentar encerra a possibilidade de segregação do alimentante.

Com efeito, tal medida, visa compelir o alimentante a adimplir com o seu ônus, sendo, pois, extremamente distinta da finalidade da sanção penal, qual seja, preventiva-retributiva.

Em abono a conclusão manifesta, colhe-se o escólio de Yussef Said Cahali:

> *"(...) A prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como criminoso fosse, mas para forçá-lo a indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar a sua prisão, ou readquirir a liberdade (...) Decreta a prisão civil não como pena, não com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago pensão alimentícia, mas sim com o fim, muito diverso, de coagi-lo a pagar (...)" (CAHALI, Yussef Said, Dos Alimentos. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2007. Pág. 741).*

Desta forma, resta claro que a legitimidade do decreto prisional visa compelir o alimentante que, embora detenha condições para adimplir com o seu ônus, não arque com referidas obrigações.

O paciente detém patrimônio, porém procrastina ao máximo a prestação de alimentos, só depositando os respectivos valores para se livrar do encarceramento, os quais se deram em 12 de fevereiro de 2010, 23 de agosto de 2011 e 11 de julho de 2012, e, uma vez pago os vencidos e determinada a soltura do paciente, o inadimplemento tornava a se repetir (ação de n. 0352498-12.2008.8.12.0001 - ação revisional de alimentos -; fls. 147/151 / apelação cível nº 2011.022582-6/0000-00 -; fls. 718/725).

Outrossim, o débito alimentar que deu origem ao mandado de prisão não é de 5 (cinco) anos atrás, como alegado pelo impetrante, mas data do mês de julho de 2012, coincidentemente momento do cumprimento do último mandado de prisão.

Em que pese, o impetrante ter alegado que obteve sentença favorável na ação de exoneração de alimentos movida por ele contra sua filha, tal decisão não tem o condão de eximi-lo da obrigação pendente, razão pela qual foi indeferido o seu pedido de revogação de prisão civil (fl. 431).

Outrossim, para melhor esclarecermos, ainda que *obiter dictum*, a sentença favorável obtida pelo paciente na ação exoneratória de alimentos tem suas particularidades, dentre elas, a citação de sua filha ocorreu por edital, sendo que esta não constituiu defesa nem compareceu à audiência, e mais, tal ação encontra-se em grau de recurso, tendo transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões por parte do paciente.

No mais, o rito escolhido pela exequente é o previsto no ordenamento jurídico para a cobrança de débito alimentar em atraso - art. 733 do CPC, no qual a prisão é elemento coercitivo válido, desde que observada atualidade do débito como prevê a Súmula n. 309 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:*"O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo"*.

Logo, verifica-se que, *in casu*, não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder a ser sanado por meio deste *mandamus*, eis que a decretação da prisão está devidamente fundamentada.

Destarte, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

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, 18 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414192-55.2014.8.12.0000 - Fátima do Sul
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ARTIGO 33, LEI 11.343/2006 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE PRIMÁRIO – PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – POSSIBILIDADE CONCRETA DE APLICAÇÃO DO § 4°, DA LEI N° 11.343/2006 – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS ALTERNATIVAS – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão cautelar só pode ser decretada ou mantida se demonstrada a necessidade da segregação provisória, mediante elementos idôneos constantes dos autos.

Sendo possível estimar que o paciente, se e quando condenado como incurso nas penas do artigo 33, da Lei n. 11.343/206, fará jus às benesses do § 4°, do artigo 33, daquela lei, o que implicaria, possivelmente, na substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direito, ensejando a desproporcionalidade da imposição da prisão preventiva, quão mais diante das circunstâncias pessoais favoráveis ostentadas pelo paciente. Ordem concedida. Com o parecer da PGJ.

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, 18 de dezembro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Os advogados Cícero Calado da Silva e Marília Amorim Calado Cortes impetram *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de Clayton de Jesus Santos, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul (MS).

Segundo narram os impetrantes, imputa-se ao paciente a coautoria do crime de tráfico de drogas, uma vez que estava transportando em sua motocicleta a pessoa de Alberto Magno Cherri, a qual, por sua vez, trazia consigo 440 g (quatrocentos e quarenta gramas) de substância análoga à "maconha".

Aduz que o paciente é usuário de "maconha" há aproximadamente 03 (três) anos, sendo que a substância entorpecente apreendida seria partilhada igualmente como o réu, o qual a destinaria ao seu consumo.

Assevera que o paciente é pessoa honesta, possui profissão definida, endereço certo e determinado e que não iria praticar o tráfico ilícito de entorpecentes.

Obtempera que a conduta do paciente amolda-se à condição de usuário, tendo em conta a pequena quantidade que lhe seria destinada, a condição inconteste de trabalhador, aliado ao conjunto familiar de que usufrui.

Pondera que o paciente reúne os requisitos essenciais para aguardar o julgamento processual em liberdade, não havendo uma suspeita indelével de que seja narcotraficante.

Neste passo, em sede de liminar, pleiteia a concessão do presente *writ*, expedindo-se alvará de soltura em favor de Clayton de Jesus Santos.

Por fim, pugna pela concessão definitiva do pedido.

A liminar foi indeferida às fls. 81/82.

As informações foram prestadas às fls. 86/87.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão em parte da ordem, submetendo-se o paciente à aplicação de medidas cautelares.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Os advogados Cícero Calado da Silva e Marília Amorim Calado Cortes impetram *Habeas Corpus,* com pedido de liminar, em favor de Clayton de Jesus Santos, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul (MS).

Segundo narram os impetrantes, imputa-se ao paciente a coautoria do crime de tráfico de drogas, uma vez que estava transportando em sua motocicleta a pessoa de Alberto Magno Cherri, a qual, por sua vez, trazia consigo 440 g (quatrocentos e quarenta gramas) de substância análoga à "maconha".

Aduz que o paciente é usuário de "maconha" há aproximadamente 03 (três) anos, sendo que a substância entorpecente apreendida seria partilhada igualmente como o réu, o qual a destinaria ao seu consumo.

Assevera que o paciente é pessoa honesta, possui profissão definida, endereço certo e determinado e que não iria praticar o tráfico ilícito de entorpecentes.

Obtempera que a conduta do paciente amolda-se à condição de usuário, tendo em conta a pequena quantidade que lhe seria destinada, a condição inconteste de trabalhador, aliado ao conjunto familiar de que usufrui.

Pondera que o paciente reúne os requisitos essenciais para aguardar o julgamento processual em liberdade, não havendo uma suspeita indelével de que seja narcotraficante.

Neste passo, em sede de liminar, pleiteia a concessão do presente *writ*, expedindo-se alvará de soltura em favor de Clayton de Jesus Santos.

Por fim, pugna pela concessão definitiva do pedido.

A liminar foi indeferida às fls. 81/82.

As informações foram prestadas às fls. 86/87.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão em parte da ordem, submetendo-se o paciente à aplicação de medidas cautelares.

É o relatório.

Conheço do *writ*, eis que preenchidos seu requisitos.

Compulsando detidamente o *mandamus*, tenho que a ordem deve ser concedida, pelos motivos que passo a exarar.

No presente caso, os impetrantes questionam a manutenção da prisão preventiva do paciente, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, sustentando que o paciente foi preso por portar uma pequena quantidade de droga, cuja finalidade seria para consumo próprio.

Some-se a isto o fato de o paciente ostentar condições pessoais favoráveis, do que se denotaria a possibilidade de cumprir medidas cautelares diversas da prisão, conforme o aduzido, inclusive do parecer ministerial.

Pois bem, na hipótese em epígrafe, concluo que deve ser revogada a prisão preventiva impingida ao paciente.

Pondero que, muito embora o artigo 44, da Lei n. 11.343/2006, vede a concessão de liberdade aos acusados de traficância, entendo que, confortando-me à Resolução do Senado Federal de n° 05/2012, autorizadora da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito quando da condenação, a possibilidade de libertação daqueles réus deve ser analisada à luz das peculiaridades do caso concreto.

O julgador deve se orientar pelo disposto no rol do artigo 312 e seguintes do Código de Processo Penal, haja vista que com a vigência da Lei n° 12.403/2011, a prisão preventiva passou a ser concebida como *ultima ratio*, devendo ser decretada quando presentes os seus pressupostos autorizadores e, ao mesmo tempo, se outras medidas cautelares não se revelarem proporcionais e adequadas para o cumprimento de sua finalidade.

Neste passo, toda e qualquer espécie de prisão, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, possui natureza cautelar, razão pela qual, deve estar devidamente comprovada a necessidade de restringir um bem maior assegurado pela Constituição da República: a liberdade, conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

> *"(...) É que agora a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que em princípio deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares)." (Atualização do Processo Penal - Lei n°12.403 de 05 de maio de 2011.p.13).*

Assim, a prisão preventiva é medida excepcional, só podendod ser decretada quando os elementos concretos, configuradores de algumas das hipóteses previstas no artigo 312, do Código de Processo Penal, fizerem-se presentes, sendo perniciosa sua imposição quando pautada em meras presunções, de conteúdo abstrato.

Pois bem, da análise dos documentos jungidos aos autos depreende-se que o paciente é primário e detém residência fixa, não havendo contra ele qualquer informação concreta que noticie ser pessoa perniciosa ao convívio social, dando mostras de ser suficiente a aplicação até o fim da instrução, de medidas cautelares diversas da prisão, para o resguardo da ordem pública, garantia do bom andamento da instrução e da aplicação da lei penal.

Conquanto evidenciada a gravidade do crime perpetrado pelo paciente, havendo permanecido custodiado desde sua prisão em flagrante, tal circunstância não constitui, por si só, fundamento hábil a justificar a segregação preventiva, se ausentes elementos concretos a autorizarem a excepcional medida, mormente em se considerando que a gravidade do crime já traz aspectos subsumidos ao próprio tipo penal, refletindo-se na pena cominada a tais delitos.

Nesse diapasão, para corroborar a tese de concessão da liberdade provisória, registra-se que, tanto a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, como a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, apresentou fundamentação abstrata, não restando configurada a presença dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, de forma que não é possível vislumbrar efetivamente que o paciente estaria a ameaçar a ordem pública, bem como a ordem econômica, ou que pudesse frustrar a aplicação da lei penal, atento ao disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Destarte, entendo ser desarrazoado e desproporcional a manutenção da prisão preventiva do paciente, razão pela qual lhe deve ser revogada a prisão preventiva, observadas as medidas cautelares impostas, eis que, se uma vez condenado, poderá vir a ser agraciado pelas pelas benesses do artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/2006, e, por conseguinte, com a substituição da reprimenda celular por penas restritivas de direitos.

Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. ART. 33, § 1º, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CONDUTA EQUIPARADA A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Carece de fundamentação a decisão que, ao decretar a prisão preventiva, limita-se a dizer da existência de indícios da AUTORIA, sem demonstrar a periculosidade da Paciente ou a ocorrência de risco à ORDEM PÚBLICA.*
>
> *2. Hipótese em que, a Paciente, após a prisão em flagrante dos Corréus, compareceu perante a Autoridade Policial, espontaneamente, prestou depoimento e, posteriormente, respondeu à intimação e forneceu elementos para a realização de exame grafotécnico.*
>
> *3. Falta de demonstração da intenção, por parte da Paciente, de obstruir a instrução criminal ou evadir-se de eventual decreto condenatório, mormente quando possui, ainda, residência fixa, além de ser primária e detentora de bons antecedentes.*
>
> *4. ORDEM concedida para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo de eventual decretação de nova segregação cautelar, caso existentes motivos que a autorizem." (STJ, HC 148420/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 20/05/2010 - grifamos).*
>
> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCIDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. I - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante do art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos - caso em que estará evidenciada*

> *a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora pode ser considerada como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena. II - In casu, contudo, a quantidade de droga apreendida foi pequena, não tendo o Tribunal de origem indicado outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do TRÁFICO.III - Assim, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e, por fim, pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), por preencher os requisitos legais.* (STJ, HC 156573/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 18/05/2010 - grifamos).

Frente a tais colocações, concedo a presente ordem de *Habeas Corpus* para revogar a custódia preventiva de Clayton de Jesus Santos, se por outro motivo não estiver preso, mediante a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a situação peculiar do paciente, coligada a inexistência de fundamentos concretos a alicerçarem a conservação da custódia preventiva.

Destarte, eis as respectivas medidas:

> *I - Comparecimento mensal em juízo para comprovar o endereço atual, mediante apresentação de fotocópia de comprovante de residência;*
>
> *II - Comprovação mensal em juízo de exercício de atividade lícita;*
>
> *III - Dever de comparecer a todos os atos processuais de que for intimado;*
>
> *IV - Proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do juízo competente;*

Insta ressaltar 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.

É como voto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator, determino:

> *I - Expeça-se alvará de soltura, nele devendo constar as condições impostas e a advertência acima mencionada, bem como a missiva respetiva, eis que o paciente está preso na Presídio Harry Amorim Costa, na Comarca de Dourados-MS, conforme informação extraída do Sistema Integrado de Gestão Operacional-SIGO.*
>
> *II - Comunique-se, com urgência, ao juízo da Comarca de Fátima do Sul, onde a ação originária tramita.*

Atente-se a Secretaria que os atos devem ser cumpridos pelo meio mais célere (fax, SCDPA).

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. 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, 18 de dezembro de 2014.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1414897-53.2014.8.12.0000 - Camapuã
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 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO EVIDENCIADO - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA.

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, prescindindo, inclusive, da existência de medida protetiva, 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.

Não há falar em revogação da prisão preventiva se a medida constritiva está devidamente fundamentada nos requisitos legais do art. 312 e do art. 313, inciso III, do CPP.

Presentes elementos capazes de indicar a autoria e a materialidade delitiva demonstrada está a existência de justa causa a autorizar o processamento da ação.

A prisão cautelar do demandado implicará na garantia da ordem pública evitando-se o reiterar delitivo, já que a medida diversa da prisão – medidas protetivas – não se mostrou eficaz na contenção de seu ímpeto delitivo.

Destaque-se que as condições pessoais do denunciado não autorizam de forma automática a revogação da prisão sem pena, pois concretamente fundamentada a necessidade da custódia cautelar na garantia da ordem pública.

Ordem denegada, dada a higidez do decreto prisional. Com o parecer.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Defensoria Pública Estadual, por seu membro Carlos Renato Cotrim Leal, impetra *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de M. B. R., apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Camapuã.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente no dia 18 de novembro de 2014, por ter supostamente desobedecido as medidas protetivas decretadas em favor de sua ex-namorada, S. L. B. S., incorrendo, em tese, nos artigos 163 e 140, do Código Penal, e artigo 21 do Decreto Lei 3.688/1941.

Assevera que para decretar a prisão preventiva devem estar presente pelo menos um dos requisitos previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal, não podendo ser fundada em meras suposições.

Obtempera que a prisão preventiva deve ser a última medida cautelar a ser aplicada, somente quando outra não for cabível para a situação, de modo que é excepcional no ordenamento jurídico.

Menciona que as penas previstas para os crimes impingidos, em tese, ao paciente, se somadas não ultrapassam 8 (oito) anos, tornando desproporcional a reprimenda cautelar.

Afirma que o paciente possui residência fixa e trabalho lícito, fatores que atraem a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Requer, assim, seja expedido, liminarmente, alvará de soltura em favor do paciente.

Por fim, pugna pela concessão da ordem.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 49/50.

As informações foram prestadas às fls.55/86.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem às fls. 88/93.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A Defensoria Pública Estadual, por seu membro Carlos Renato Cotrim Leal, impetra *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de M. B. R., apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Camapuã.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente no dia 18 de novembro de 2014, por ter supostamente desobedecido as medidas protetivas decretadas em favor de sua ex-namorada, S. L. B. S, incorrendo, em tese, nos artigos 163 e 140, do Código Penal, e artigo 21 do Decreto Lei 3.688/1941.

Assevera que para decretar a prisão preventiva devem estar presente pelo menos um dos requisitos previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal, não podendo ser fundada em meras suposições.

Obtempera que a prisão preventiva deve ser a última medida cautelar a ser aplicada, somente quando outra não for cabível para a situação, de modo que é excepcional no ordenamento jurídico.

Menciona que as penas previstas para os crimes impingidos, em tese, ao paciente, se somadas não ultrapassam 8 (oito) anos, tornando desproporcional a reprimenda cautelar.

Afirma que o paciente possui residência fixa e trabalho lícito, fatores que atraem a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.*

Requer, assim, seja expedido, liminarmente, alvará de soltura em favor do paciente.

Por fim, pugna pela concessão da ordem.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 49/50.

As informações foram prestadas às fls.55/86.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem às fls. 88/93.

É o relato do essencial.

Passo a decidir.

A ordem merece ser denegada.

Em consulta aos autos de medida protetiva de urgência de n. 0000974.24.2014.8.12.0006, através do Sistema de Automação da Justiça-SAJ de primeiro grau, que, no dia 10 de setembro de 2014 o paciente teria praticado, em tese, os crimes descritos nos artigos 140 e 163, do Código Penal, e 21, do Decreto-Lei 3.688/1941, contra sua ex-namorada S. L. B. S, razão pela qual a esta foi deferida medida protetiva nos seguintes termos:

> *"(...) Destarte, forte no artigo 22, da Lei nº 11.340/06, como medida protetiva de urgência, determino a proibição do requerido em aproximar-se a menos de 100 (cem) metros do local onde estiver a vítima S. L. B. S, bem como a proibição de contato com a ofendida por qualquer meio de comunicação. O descumprimento poderá caracterizar perigo à ordem pública com a consequente decretação de sua prisão preventiva*
>
> *Dê-se conhecimento desta decisão à Polícia Militar e à Polícia Civil, para que, caso flagrem o descumprimento pelo suposto agressor, como acima especificado, procedam sua imediata prisão. Expeça-se mandado.(...)"*

Ocorre que, embora devidamente cientificado da aludida decisão, o paciente, em 18 de outubro de 2014, compareceu na residência da vítima e ameaçou-a de causar mal injusto ou grave, descumprindo, portanto, a decisão o judicial proferida nos autos de medida protetiva, ensejando a decretação de sua prisão preventiva, cuja decisão ora transcrevo:

> *"(...) Assim, tendo em vista que o réu descumpriu as medidas protetivas fixadas pelo juízo, demonstrando total descaso com o Poder Judiciário, coloca em risco a ordem pública, razão pela qual a decretação da prisão preventiva é medida que se impõe.*
>
> *Diante do exposto, visando à garantia da ordem pública, bem com a integridade física e psíquica da vítima, requer seja decretada a prisão preventiva do requerido M. B. R., com fulcro no artigo 312 c/c. artigo 313, inciso III, ambos do Código de Processo Penal(...)"*

Pois bem, defrontadas as decisões, concluo que os indícios de autoria fazem-se presentes, tanto que já tramita ação penal sob o n. 0001340-63.2014.8.12.0006, na qual, inclusive, houve citação válida e apresentação de defesa técnica pelo acusado.

A materialidade também restou demonstrada através do Boletim de Ocorrência acostado com pedido de medidas protetivas (fls.02/03 e 06/09 - autos n. 0000974-24.2014.8.12.0006), bem como o Boletim de ocorrência constantes às fls.04/05, do qual se denota o descumprimento da medida protetiva concedida, e Prontuário Médico de Atendimento da vítima (fls. 04/05 - autos de n. 0000974-24.2014.8.12.0006).

Neste passo, é de se reconhecer a presença dos pressupostos descrito no artigo 312, do Código de Processo Penal, quais sejam *fumus comissi delicti* (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria), e *periculum in libertatis* (garantia da ordem pública).

Neste sentido, esta Corte também já exarou seu entendimento:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL, INJÚRIA E AMEAÇA – ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE FÍSICA DA VÍTIMA – REITERAÇÃO DELITIVA – APENAS A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – INSUFICIENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTES – ORDEM DENEGADA. A autoridade apontada como coatora indicou elementos concretos constantes dos autos à razão pela qual manteve a segregação cautelar do paciente; encontrando-se devidamente fundamentada a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva. Presentes os requisitos constantes no art. 312 do CPP; prova da materialidade, indícios suficientes de autoria, necessidade de garantir da ordem pública – visando preservar a integridade física da vítima diante da gravidade dos delitos – e aplicação da lei penal – ante o concreto risco de reiteração delitiva; inúmeros boletins de ocorrências registrados onde o paciente apresenta-se na condição de autor.*
>
> *Eventuais condições subjetivas favoráveis, por si sós, não obstariam à decretação da custódia provisória. Por tais fundamentos, necessário o cárcere e incabível a substituição da prisão preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão elencadas no art. 319, do CPP, por serem insuficientes para reprovação e prevenção da conduta. COM O PARECER – ORDEM DENEGADA" (1ª Câmara Criminal Habeas Corpus - Nº 1409736-62.2014.8.12.0000 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos)"*

Impende ressaltar que a reiteração criminosa é inferida da declarações da vítima, constante da fotocópia do histórico da ocorrência (f. 62), *in verbis*:

> *"(...) que o ex- marido estava na sua casa e havia ligado para a mesma a ameaçando dizendo que iria pegar de pau a vítima; Que a mesma ainda relatou que já havia feito outros boletins de ocorrência contra o mesmo e que o autor estava proibido de se aproximar novamente dela. Que esta Gu ao chegar no local encontrou o autor o que estava escondido atrás de um banco próximo a cerca. Que foi dada nova ordem para que esta Gu iniciasse a abordagem sendo que o mesmo novamente não acatou. Que diante dos fatos foi necessária empregar o uso progressivo da força sendo que a todo momento o mesmo resistiu. Que foi necessário o uso de algemas para que o mesmo fosse controlado. Que a vítima relata temer por sua vida, pois o autor sempre liga a ameaçando e vai na sua casa sem sua autorização. Que no celulart do autor foram encontrados diversas mensagens da vítima dizendo ao mesmo que a deixasse em paz senão a mesma iria acionara a policia; (...)".*

Em que pese tal questão exarada na inicial, observo que o magistrado pautou sua decisão na mais estrita legalidade, interpretando sistematicamente os textos do inciso III, do artigo 313, do Código de

Processo Penal, e do artigo 20, da Lei 11.340/2006, o que se torna mais límpido quando se transcreve as disposições daqueles, vejamos:

> *"Art. 20.* ***Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal****, caberá a prisão preventiva do agressor,* ***decretada pelo juiz, de ofício,*** *a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial(...)" (grifo nosso)*
>
> *"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *(...)*
>
> *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 (...)"*

Por fim, o impetrante também aduz que o paciente possui condições pessoais de responder ao processo em liberdade, já que possui residência fixa e ocupação lícita.

No que diz respeito a tal argumento, cabe referir, na esteira da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que tais predicados pessoais, por si só, não autorizam a concessão da ordem, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, como ocorre na hipótese, *in verbis*:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu antes de transitada em julgado a condenação deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*
>
> *2. O juiz singular apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o recorrente cautelarmente privado de sua liberdade, em razão da sua reiteração delitiva, bem como pela necessidade de proteger a vítima, ex-companheira, ante "práticas delitivas em situação de violência doméstica e familiar cometidas pelo acusado, em desrespeito reiterado às medidas [protetivas de urgência]*
>
> *3. Recurso não provido."* (RHC 46.316/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014).

Ante o exposto, por inexistir constrangimento ilegal a ser sanado, com o parecer, denego a ordem impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

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, 29 de janeiro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1400379-24.2015.8.12.0000 - Amambai
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – RECEPTAÇÃO - USO DE DOCUMENTO FALSO E ADULTERAÇÃO DE CHASSI – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA.

I- Mantém-se a prisão cautelar fundamentadamente decretada com base em elementos concretos, extraídos dos autos, que evidenciam a presença dos motivos autorizadores (*fumus comissi delicti* – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o *periculum libertatis* - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal).

II- Representa sério risco à ordem pública e à garantia da aplicação da lei penal a liberdade de duas pessoas detidas transportando para o Paraguai veículo objeto de furto em São Paulo pouco dias antes, já com chassis adulterados e documentação falsificada, com indícios de participação de pelo menos outras duas pessoas, a indicar atividade praticada por organização criminosa diante do rapidez e do refino das condutas, além de os fatos terem ocorrido em região de fronteira, nacionalmente conhecida como corredor de veículos objeto de furto e roubo, rotineiramente utilizados como moeda de troca por armas, drogas ou para o próprio transporte de tais objetos.

III - Presente requisito instrumental de admissibilidade da prisão preventiva (artigo 313, I, do Código de Processo Penal) quando a acusação é por receptação (art. 180 do Código Penal), adulteração de chassi (art. 311 do Código Penal) e uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), cujas penas privativas de liberdade máxima são superiores a quatro anos.

IV - Condições pessoais favoráveis, por si sós, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar, ainda que tivessem sido comprovados.

V - Inviável aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a gravidade do delito e o risco de reiteração delitiva, concretamente analisados, demonstram que não serão suficientes para acautelar a ordem pública.

VI- 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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Flávio Alves de Jesus impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Fábio Magalhães e Alex Sandro Lupi, alegando constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Amambaí, alegando, em resumo, ausência de fundamentos para embasar a prisão cautelar diante das condições pessoais serem todas favoráveis.

Em vista disso requer a concessão da ordem de habeas corpus em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva e, por conseguinte, expedido alvará de soltura em favor dos pacientes.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 96/98 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 102/103.

A f. 105/112 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, impetrado por Flávio Alves de Jesus em favor de Alex Sandro Lupi e Fábio de Magalhães, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambaí/MS, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal.

Segundo consta dos autos, os pacientes foram presos no dia 08 de janeiro de 2015, pelo suposto envolvimento na prática das condutas típicas previstas nos artigos 180, 304 e 311 do Código Penal, em razão de que, supostamente, estariam levando um carro roubado na cidade de São Paulo/SP para Coronel Sapucaia/MS, além disso, o veículo supostamente apresentava chassi adulterado e documentação falsa.

Primeiramente mister destacar que o *habeas corpus* é ação constitucional de natureza penal, destinada à proteção da liberdade de locomoção, ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder.

Segundo a dicção do artigo 312, do Código de Processo Penal, o decreto de prisão preventiva, que é medida excepcional, conforme dispõe a Lei nº 12.403/2011, somente se justifica diante da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria) e do *periculum libertatis,* (necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal), demonstrados claramente mediante indicação de dados concretos, e não meramente genéricos, extraídos dos elementos dispostos nos autos, e quando impossível a aplicação das medidas cautelares diversas, relacionadas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal.

No caso em comento a prisão decorreu da suposta prática de receptação (art. 180 do Código Penal), adulteração de chassi (art. 311 do Código Penal) e uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), cujas penas máximas privativas de liberdade cominadas ultrapassam 4 (quatro) anos, de forma que presente encontra-se a hipótese de admissibilidade prevista no artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Presentes, também, a prova da materialidade e indícios de autoria, como se verifica do depoimento das testemunhas responsáveis pela prisão e pela propria confissão dos pacientes, o que se afigura suficiente nesta fase, atendendo-se, assim, ao requisito do *fumus comissi delicti*.

Quanto ao *periculum libertatis*, no caso sob análise, segundo a decisão recorrida, vem consubstanciado nos seguintes termos:

> *(...) Conforme elementos declinados quando do decreto da prisão preventiva, as características do fato indicam gravidade da conduta, atraindo a necessidade de se acautelar a ordem pública. Segundo consta do Auto de Prisão em Flagrante os acautelados foram presos na fronteira do Paraguai, conduzindo veículo subtraído em São Paulo/SP quarenta dias antes e cuja numeração de motor e chassi já havia sido adulterada, sendo que já contavam com documento falso para o veículo. Há um grau de refinamento em tal conduta que revela a gravidade em concreto da mesma. Ademais, o cometimento de crime em região de fronteira, principalmente em se tratando de pessoa que não possui qualquer vínculo com o distrito da culpa demonstra, ainda, a necessidade de acautelar a aplicação da lei penal. As circunstâncias concretas que envolvem o delito, portanto, demonstram gravidade que justifica a manutenção da prisão dos acautelados. (...)"(fl. 88/91- autos de origem).*

Como visto, elementos concretos foram invocados pela decisão, como é o caso de o paciente representar sério risco à comunidade pois os delitos foram praticados em região de fronteira, nacionalmente conhecida como corredor de veículos objetos de furto e roubo, os quais rotineiramente são utilizados como moeda de troca por armas, drogas ou para o próprio transporte de tais objetos. Ademais, trata-se de pessoas que se deslocaram de São Paulo/SP para Coronel Sapucaia/MS, conduzindo veículo objeto de crime poucos dias antes, já com chassis adulterado e documentos falsos, circunstâncias que denotam atividade criminosa refinada, não deixando dúvida acerca da necessidade da custódia, tanto para garantir a aplicação da lei penal quanto para preservar a ordem pública.

Além de tudo isso cabe ressaltar que há informes nos autos da participação de pelo menos outras duas pessoas nas atividades delituosas em voga, o que caracteriza indícios de envolvimento em uma organização criminosa.

A garantia da ordem pública, autorizadora da prisão preventiva, segundo a doutrina:

> *"(...) é um dos fundamentos (...) consistente na tranquilidade do meio social. Traduz-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88). Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. (...) o STF entende que a necessidade de se prevenir a reprodução de novos crimes é motivação bastante para se prender o acusado ou indiciado, em sede de prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública (HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC).* (BIANCHINI. Alice. Et al. Coord. Luiz Flávio Gomes. Ivan Luíz Marques. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 146).

Neste sentido colaciono o seguinte julgado, reduzido ao necessário e sem grifo na origem:

> **"***HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO, USO DE DOCUMENTO FALSO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA - TESE AFASTADA - ORDEM PRISIONAL QUE ESTÁ SUFICIENTEMENTE EMBASADA - IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS DO PACIENTE PRISÃO MANTIDA - ORDEM DENEGADA. 1.Não há falar em revogação da prisão preventiva se a situação estiver inserida em uma das hipóteses do art. 313 do CPP e, também, estiverem preenchidos os requisitos e fundamentos legais do art. 312 desse mesmo Codex. 2. No caso, cuja situação amolda-se ao art. 313, I, do CPP, a necessidade da prisão preventiva está*

> *assentada na necessidade de se estabelecer tutela à garantia da ordem pública, afetada pela "gravidade concreta da conduta" e pela "repercussão social do fato". Nesse contexto, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do poder judiciário. 3.No tráfico ilícito de drogas, a realização da conduta típica faz presumir a ofensa à ordem pública, principalmente por se tratar de crime de perigo abstrato, cuja exposição do bem jurídico a perigo é decorrente de presunção absoluta, sendo prescindível prova no tocante à existência da real situação de perigo. As condutas típicas inseridas no tipo penal de perigo abstrato são aquelas que abalam não apenas a ordem pública, mas também o direito à segurança e incolumidade coletiva, de modo a justificar a presunção de violação do bem jurídico, capaz de fundamentar a segregação do paciente. 4. 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, mormente se estiverem presentes, no caso concreto, os requisitos e fundamentos legais da prisão preventiva."* (Segunda Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 141431990.2014.8.12.0000 – Caarapó - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Julgamento: 15/12/2014)

Como se vê, presentes os requisitos para a conservação da custódia em comento para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Ainda que as condições pessoais sejam comprovadamente favoráveis, por si sós, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar. A respeito:

> *"CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF."* (STJ, 5ª Turma, HC 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Por fim, diante da gravidade concreta do delito, bem como das demais circunstâncias retro mencionadas, inviável afigura-se a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois não seriam adequadas nem suficientes para acautelar a ordem pública. Neste sentido:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TESE DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A CONSTRIÇÃO CAUTELAR. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A custódia cautelar do Réu encontra-se concretamente fundamentada, demonstrados os indícios de autoria e materialidade do delito, bem como fundado receio de reiteração delitiva. 2. O Juízo Singular atentou para o histórico criminal do Recorrente que conta com péssimos antecedentes, outras condenações transitadas em julgado, sendo, inclusive, reincidente específico. Além disso, o decreto de custódia cautelar menciona que os suspeitos já estavam sendo investigados por homicídios e pelo crime de tráfico de drogas, tudo isso a indicar o risco concreto de reiteração criminosa, daí a necessidade da custódia antecipada a fim de preservar a ordem pública. 3. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que "a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social para que seja resguardada a ordem pública, além de constituírem fundamento*

> *idôneo para a prisão preventiva." (HC 115462, 2.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 23/04/2013.) 4. Inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois o risco concreto de reiteração criminosa revela serem insuficientes para acautelar a ordem pública. 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 44677 MG 2014/0015894-3, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 10/06/2014, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 24/06/2014)".*

Destarte, atentando para os critérios da necessidade e da adequação, e diante das circunstâncias do caso sob análise, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal na decisão vergastada, de maneira que, presentes os requisitos legais, a confirmação da medida extrema é providência impositiva.

Por esses fundamentos, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1401181-22.2015.8.12.0000 - Amambai
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA A ELEMENTOS CONCRETOS – EXCEPCIONALIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – PACIENTES PRIMÁRIOS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – REVOGAÇÃO – MEDIDA EXTREMA SUBSTITUÍDA POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Segundo a dicção do artigo 312, do Código de Processo Penal, o decreto de prisão preventiva, que é medida excepcional, conforme dispõe a Lei nº 12.403/2011, somente se justifica diante da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria) e do *periculum libertatis,* (necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal), demonstrados claramente mediante indicação de dados concretos, e não meramente genéricos, extraídos dos elementos dispostos nos autos, e quando impossível a aplicação das medidas cautelares diversas, relacionadas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal.

II – Desatende a tais ditames a decisão que faz referência exclusivamente a elementos genéricos, como o fato de ser grave o crime em tese cometido e o clamor social por ele provocado sem apontar qualquer fato que indique ser a liberdade dos pacientes um risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à garantia da aplicação da lei penal.

III – 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 parcialmente a ordem.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Flávio Alves de Jesus impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Marcos Cordeiro de Souza e Tiago Alves Duarte, alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Amambaí/MS.

Segundo a inicial, o pacientes foram presos em flagrante, pela suposta prática do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/06, porque estariam supostamente comercializando drogas, contudo alega que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Em vista disso requer a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, com o fito de que seja expedido alvará de soltura em favor dos pacientes.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 29/31 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 34/36.

A f. 39/41 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, impetrado por Flávio Alves de Jesus em favor de Marcos Cordeiro de Souza e Tiago Alves Duarte, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos autorizadores da prisão.

Segundo a inicial os pacientes foram presos no dia 03 de agosto de 2014, pelo suposto envolvimento na prática da conduta típica prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Razão com a douta Procuradoria de Justiça ao sustentar em seu parecer que, em que pese tratar-se de delito abstratamente grave (tráfico de drogas), a motivação contida na decisão proferida pelo Juízo de primeira grau, qual seja a decretação da prisão preventiva, não evidencia qualquer circunstância concreta apta a demonstrar que a soltura dos pacientes representa risco à garantia da ordem pública ou à conveniência da instrução criminal.

São inúmeros os julgados exarados por esta Corte, no sentido de que o juízo valorativo acerca da gravidade genérica do delito em tese praticado, a prova de materialidade e os indícios de autoria, não constituem fundamentação idônea para autorizar a prisão sob a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer circunstância concreta.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já sedimentou o entendimento de que "*não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação penal.*" (STF, HC 90.064/SP, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 8-5-2007, Dje n.42, de 22-6-2007).

Na mesma esteira, em recente pronunciamento, o Ministro Celso de Mello, em decisão proferida no HC n. 100959, registrou que "*todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, eis que a supressão meramente processual do 'jus libertatis' não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo".*

E prossegue afirmando que *"a mera suposição desacompanhada de indicação de fatos concretos – de que o ora paciente, em liberdade, poderia delinqüir ou frustrar, ilicitamente, a regular instrução processual – revela-se insuficiente para fundamentar o decreto (ou a manutenção) de prisão preventiva cautelar, se tal suposição, como ocorre na espécie dos autos, deixa de ser corroborada por base empírica idônea*.".

É certo, portanto, que a decisão impugnada constitui manifesta violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige, para os provimentos jurisdicionais, a devida fundamentação, mormente quando se trata de medidas que desafiam bens de grande valia, como a liberdade, que se discute neste caso.

Destarte, não basta ao decreto confinatório a mera alegação de que, em liberdade, os pacientes poderão oferecer risco à garantia da ordem pública ou à aplicação da lei penal, se não houver indicativos concretos que evidenciem a real probabilidade do alegado.

Aliado à ausência de fundamentação concreta, deve-se atentar para o fato de que os pacientes trouxeram aos autos comprovante de primariedade (fl.99/104 – autos de origem), e de residência (fl.14/20), que, embora não sejam, por si sós, garantidores de eventual direito à liberdade, "*devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional*." (HC 244.778/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

Além disso, no caso concreto, especialmente da análise da decisão (fl. 27/29 autos nº 001783-20.2014.8.12.004), verifica-se que não houve argumentação capaz de demonstrar qual o risco que os pacientes representariam em liberdade, o que evidencia a ilegalidade da prisão. A decisão utiliza argumentação genérica, deixando de apreciar as circunstâncias particulares do caso, tornando inviável a manutenção da segregação cautelar nos termos de sua fundamentação.

É de se destacar, neste panorama, que não mais persiste a vedação legal à concessão da liberdade para prisões referentes às condutas descritas no art. 33 da Lei de Drogas, após o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (HC 97.256) e edição da resolução 5/2012 pelo Senado. Vejamos a jurisprudência:

> *"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. INEXPRESSIVIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. I. Não tendo o pleito de excesso de prazo na formação da culpa sido submetido ao crivo do órgão colegiado do Tribunal a quo, não pode ser conhecido por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. II. O Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no habeas corpus n.º 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar. III. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP. IV. A quantidade de entorpecente apreendida (aproximadamente 7.85 gramas de crack e 19.4 gramas de cocaína) não se revela substancial a ponto de, por si só, justificar a segregação como forma de garantir a ordem pública. V. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida."* (HC 221734 – STJ – Quinta Turma - Relator Ministro Gilson Dipp – Julgamento: 12.02.2012).

Frente a tais colocações, de acordo com o parecer, concedo a presente ordem de *Habeas Corpus* para revogar a custódia preventiva de Marcos Cordeiro de Souza e Tiago Alves Duarte, se por outro motivo não estiverem presos, mediante a imposição das seguintes medidas cautelares alternativas:

A) Comparecimento mensal em juízo para comprovarem o endereço atual (deverá trazer cópia do comprovante de residência) e suas atividades;

B) comparecerem a todos os atos processuais de que forem intimado.

C) não se ausentarem 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 art. 312 do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam parcialmente a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1415517-65.2014.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PEDOFILIA – FAVORECIMENTO PROSTITUIÇÃO – LIBERDADE PROVISÓRIA – INDEFERIMENTO – DECISÃO FUNDAMENTADA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES – INVIABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

I - Segundo a dicção do artigo 312, do Código de Processo Penal, o decreto de prisão preventiva, que é medida excepcional, conforme dispõe a Lei nº 12.403/2011, somente se justifica diante da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria) e do *periculum libertatis,* (necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal), demonstrados claramente mediante indicação de dados concretos, e não meramente genéricos, extraídos dos elementos dispostos nos autos, e quando impossível a aplicação das medidas cautelares diversas, relacionadas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal.

II - Mantém-se decreto prisional cautelar suficientemente fundamentado no concreto elemento de o paciente, acusado da prática de estupro de vulnerável, pedofilia e favorecimento à prostituição, mesmo após ciente da investigação, e da busca e apreensão de documentos em sua casa, ter continuado a praticar os mesmo atos.

III - O decreto excepcional justifica-se também diante da necessidade de garantia da ordem pública, posto que se trata de delitos extremamente graves, de particular repercussão social, praticados contra vários adolescentes, inclusive com prática de relações sexuais desprotegidas, por agente portador do vírus HIV, circunstâncias que impedem a substituição por qualquer outra medida distinta.

IV - A existência de condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si só, não é suficiente para autorizar a concessão da liberdade provisória, já que tais condições devem ser analisadas diante do contexto dos autos

V - 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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Noemir Felipetto e outro impetram a presente ordem de habeas corpus com pleito liminar em favor de Jeferson Porto da Silva, alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Segundo a inicial o paciente foi preso preventivamente pela prática dos crimes previstos nos artigos 217-A, caput, art. 218- B c/c art.71 ambos do Código Penal e art. 241-B da Lei 8069/90 e que a autoridade coatora denegou o pedido de revogação da prisão preventiva mesmo não existindo indícios de autoria.

Em vista disso requer a concessão da ordem de habeas corpus em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva e, por conseguinte, expedido alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 55/57 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 61/94.

A f. 96/100 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, impetrado por Noemir Felipetto em favor de Jeferson Porto da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal.

Segundo a inicial o paciente foi preso preventivamente pela prática dos crimes previstos nos artigos 217-A, caput, art. 218- B c/c art.71 ambos do Código Penal e art. 241-B da Lei 8069/90, porque entre os anos de 2013 e 2014 submeteu, induziu e atraiu à prostituição ou outra forma de exploração sexual, pelo menos doze vítimas menores de dezoito anos, à época dos fatos. O paciente utilizava-se de perfis falsos na rede social "Facebook", nos quais, passando-se por mulher, escrevia textos de natureza sexual para atrair a atenção dos adolescentes, dando a entender que se tratava de uma menina com grande experiência sexual e disponível para se relacionar sexualmente com qualquer homem. Além disso o paciente é soro positivo e manteve relação sexual sem preservativo.

A decisão denegatória é vazada nos seguintes termos:

> *(...) Insta salientar que tudo deu-se origem quando fora levado ao conhecimento da autoridade policial, por meio da mãe de um dos adolescentes, indícios de prática de crimes de "pedofilia" por Jeferson Porto da Silva, porque segundo ela, vinha ele mantendo contato com seu filho pela rede social "Facebook", mandando mensagens pedindo para que seu filho fosse até a casa dele, juntamente com amigos, para terem relacionamento sexual. A representação da autoridade policial pela temporária, inclusive, aventou a prática delituosa prevista no art. 213 § 1º do CP, bem como homicídio doloso, na forma tentada, ante a possibilidade de Jeferson estar contaminando vítimas com o vírus HIV, vez que o mesmo sendo soro positivo estaria mantendo relações sexuais sem preservativos, para tanto apresentado falso exame e dizendo ser limpo. Não bastasse isso, durante diligências que se seguiram, referida autoridade policial soube que Jeferson, mesmo após a busca e apreensão de materiais em sua residência e ter ciência de ser alvo de*

> *investigações, teria comprado um aparelho de telefonia celular novo e continuou aliciar crianças e adolescentes, atraindo-os para manterem relação sexual, semelhante ao que já fazia, em alguns casos prometendo-lhes dinheiro, em outros casos em troca de apresentar-lhes algumas amigas que não existiam.(...) O pedido deve ser indeferido pois ainda presentes os motivos ensejadores da medida segregatória principalmente porque mesmo após o cumprimento da ordem judicial o requerente voltou a atentar contra a liberdade sexual de adolescentes, mediante pagamento de valores ou favores, o que denota a sua insensibilidade moral, além de revelar persistência na atividade delituosa. (...)"(fl. 75-78 autos de origem).*

O impetrado elucida, assim, de forma clara, os fundamentos da custódia cautelar, justificando a necessidade da manutenção da prisão, respeitando o que dispõe o artigo 93 inciso IX da CR/88.

Em situação semelhante já se decidiu:

> *"HABEAS CORPUS - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO - LIBERDADE PROVISÓRIA - DECISÃO DENEGATÓRIA FUNDAMENTADA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AUTORIZADORES - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA. - Reveste-se de legalidade a decisão que invocando elementos concretos dos autos demonstra que a prisão preventiva do paciente se mostra necessária para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. - É pacífico na doutrina e na jurisprudência que as eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam sua segregação provisória, desde que essa se manifeste necessária nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal".* (Habeas-Corpus nº 1.0000.10.001124-6/000, Relator Des. Júlio Cezar Guttierrez - TJMG -, data do julgamento 03/03/2010).

A prisão antes da sentença definitiva tem natureza cautelar, havendo pois o impetrado demonstrado a presença dos pressupostos da prisão preventiva - ordem pública e conveniência da instrução criminal - o que impõe a manutenção da custódia provisória.

Sobre o tema leciona Guilherme de Souza Nucci:

> *"Trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social. (in Código de Processo Penal Comentado. 6º ed. São Paulo: 2007, p.590).*

A exordial acusatória demonstra a complexidade do feito principal que busca a apuração de delitos de estupro de vulnerável, ''pedofilia" e favorecimento à prostituição contra menores. Além disso, existem elementos nos autos que demonstram que o paciente é soro positivo, ou seja, possui o vírus da AIDS, e que manteve relações sexuais sem preservativos, não sabendo precisar com quantos adolescentes.

A materialidade, os indícios suficientes de autoria, o *modus operandi* e a possibilidade de reiteração criminosa revelam a periculosidade do paciente e a gravidade concreta dos delitos, justificando a manutenção da custódia. Já que, mesmo após a busca e apreensão de materiais em sua residência, e de ter ciência de ser alvo de investigações, teria comprado um aparelho de telefonia celular novo, e continuado a aliciar crianças e adolescentes, atraindo-os para manterem relação sexual, de forma semelhante ao que já fazia, em alguns casos prometendo-lhes dinheiro, em outros apresentar-lhes algumas amigas que não existiam, o que revela a sua persistência na prática delituosa.

A primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e o trabalho lícito não justificam lado outro a revogação da cautela, se existem outros elementos autorizadores.

A respeito:

> *''PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO - PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO COM BASE EM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA - RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA - UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA EMBASAR ESSA CONCLUSÃO - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA. I. (...) II. (...) III. (...) IV. Presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal no caso concreto, tão-só as supostas primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita do paciente não são aptos a garantir-lhe a liberdade provisória. Precedentes. V. Ordem denegada."* (Habeas-Corpus nº 1.0000.09.491724-2/000 - 3ª Câmara Criminal do TJMG, Relatora Desª. Jane Silva, p. 15.05.2009).

Em relação ao princípio da presunção de inocência, faz-se necessário deixar registrado que este não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao paciente uma pena antecipada porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar em violação de tal presunção.

Colhe-se da jurisprudência:

> *"O princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não revogou a prisão processual. Esta, como cediço, tem natureza cautelar, que não leva em conta a culpabilidade do réu, mas sim atende à finalidade do processo, como medida necessária para a garantia da ordem pública, para facilitar a colheita de prova e assegurar a aplicação da lei penal". (RT 665/282).*

Outro não é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, senão vejamos:

> *"Inexiste incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão preventiva, podendo esta ser decretada quando presentes os requisitos autorizadores, estando caracterizada, portanto, sua necessidade"* (HC 70.486, Rel. Min. Moreira Alves; HC 80.830, Rel. Min. Maurício Corrêa; HC 84.639, Rel. Min. Joaquim Barbosa) (...) (STF - HC 88362 - SE - 2ª T. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJU 24.11.2006 - p. 89) JCPP.580 JCPP. 499.

No mesmo sentido, decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art. 5º, LXI)".* (STJ – RT 686/388).

Os Tribunais de Justiça não discrepam deste posicionamento:

> *"HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE - ADENTRAR AO MÉRITO - VIA INADEQUADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. Tendo o decreto de custódia cautelar se fundado em indícios suficientes de autoria da existência do delito,*

> *a que acresce a necessidade de manter-se a ordem pública, descogita-se, no caso, de constrangimento ilegal. Não fere o princípio da presunção da inocência o decreto prisional que fundamentadamente manda recolher o réu à prisão, visando a garantia da ordem pública e a instrução criminal. A alegação de não ter o paciente praticado os delitos que lhes são imputados demanda incursão na seara probatória, o que não se admite na estreita via do "writ". - Ordem denegada".* (TJMG - HC 1.0000.06.443666-0/000 - 1ª C.Crim - Rel. Des. Gudesteu Biber - DJMG 10.10.2006).

Por fim, quanto à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, dispõe o art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal sobre a necessidade de sua adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do réu.

Assim, em virtude das circunstâncias do fato e da gravidade in concreto dos delitos, entende-se que são inaplicáveis, ao presente caso, quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, uma vez que estas se mostram insuficientes e inadequadas.

Em face de tais ponderações, ausente o alegado constrangimento ilegal, denego a presente ordem de Habeas Corpus.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001811-40.2006.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EMBASADA NO *IN DUBIO PRO REO* – PALAVRA DA VÍTIMA ALIADA ÀS DEMAIS PROVAS TESTEMUNHAIS – CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Quando os elementos de provas constantes da instrução processual não permitem ao julgador aferir indene de dúvidas que o apelado praticou o fato nos moldes da acusação contida na denúncia, persistindo a dúvida, a manutenção da absolvição é medida de rigor.

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, 12 de março de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de N. R. D. objetivando a reforma da decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Sidrolândia/MS que julgou improcedente a denúncia, absolvendo-o das sanções previstas no artigo 214 c.c. artigo 224, alínea "a", e art. 226, inciso II, todos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apresentou recurso de apelação e nas suas razões às fls. 288-295, pugnou, pela condenação do apelado pelo crime previsto no artigo 214 c.c. artigo 224, alínea "a", e art. 226, inciso II, todos do Código Penal, sustentando que foram colacionadas aos autos provas suficientes de que o ora apelado tenha praticado o delito narrado na denúncia.

Prequestionou a violação ao artigo 226, inciso II, do Código Penal, bem como ao artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

A Defensoria Pública apresentou suas contrarrazões às f. 297-305, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 311 – 318), opinou pelo acolhimento da pretensão recursal, com a condenação do apelado nos termos da denúncia.

Prequestionou, em caso de eventual interposição de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário, respectivamente, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 211[1] do STJ e das Súmulas 282[2] e 356[3] do STF, pugnando para que haja manifestação expressa acerca de eventual contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 214, 217-A, § 1.º, e 226, inciso II, ambos do Código Penal; ao artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; bem como ao artigo 227 da Constituição Federal.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de N. R. D. objetivando a reforma da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Sidrolândia/MS, que julgou improcedente a denúncia, absolvendo-o das sanções previstas no artigo 214 c.c. artigo 224, alínea "a", e art. 226, inciso II, todos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apresentou recurso de apelação e nas suas razões às fls. 288-295, pugnou, pela condenação do apelado pelo crime previsto no artigo 214 c.c. artigo 224, alínea "a", e art. 226, inciso II, todos do Código Penal, sustentando que foram colacionadas aos autos provas suficientes de que o ora apelado tenha praticado o delito narrado na denúncia.

Prequestionou a violação ao artigo 226, inciso II, do Código Penal, bem como ao artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

A Defensoria Pública apresentou suas contrarrazões às f. 297-305, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 311 – 318), opinou pelo acolhimento da pretensão recursal, com a condenação do apelado nos termos da denúncia.

Prequestionou, em caso de eventual interposição de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário, respectivamente, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 211[4] do STJ e das Súmulas 282[5] e 356[6] do STF, pugnando para que haja manifestação expressa acerca de eventual contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 214, 217-A, § 1.º, e 226, inciso II, ambos do Código Penal; ao artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; bem como ao artigo 227 da Constituição Federal.

Decido.

1 STJ, Súmula 211: "Inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo." (CORTE ESPECIAL, julgado em 01.07.1998, DJ 03.08.1998 p. 366)

2 STF, Súmula 282: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." (Sessão Plenária de 13/12/1963)

3 STF, Súmula 356: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". (Sessão Plenária de 13/12/1963)

4 STJ, Súmula 211: "Inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo." (CORTE ESPECIAL, julgado em 01.07.1998, DJ 03.08.1998 p. 366)

5 STF, Súmula 282: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." (Sessão Plenária de 13/12/1963)

6 STF, Súmula 356: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". (Sessão Plenária de 13/12/1963)

Depreende-se da denúncia do processo o seguinte:

"Consta das presentes peças, que entre os anos de 2004 e 2006, lote n.º 32, do Assentamento Valinhos, na área rural do Município de Sidrolândia/MS, o denunciado, visando a satisfação de suas necessidades sexuais, praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima L. P. S., nascida em 01/02/1993, consistente em "acariciar" os seios e a vagina da menor.

Segundo consta dos autos, o denunciado passou a ter um relacionamento amoroso com a genitora da vítima, Sra. I. P. C., aproximadamente três anos antes dos fatos.

Após o início do relacionamento, o denunciado passou a assediar a menor, sendo que esperava que todos dormissem e se dirigia até o quarto de L., se deitava em sua cama e passava as mãos nos seios e vagina da mesma, que pedia para o denunciado saísse do quarto, onde o mesmo negava-se a fazê-lo.

Também restou apurado que o denunciado, além de reiterar o ato criminoso, certa vez teria sido surpreendido pela genitora da menor, quando passava as mãos nos seios de L., que nada fazia.

Vale ressaltar que a vítima era menor de quatorze anos na data dos fatos, e o denunciado era o padrasto de L.

Por fim, depois que os fatos chegaram ao conhecimento da autoridade policial local, o denunciado empreendeu fuga e não mais foi encontrado. (...)[7]*"*

Encerrada a instrução, foi prolatada a sentença, através da qual o apelado foi absolvido pelo fundamento de falta de provas. Para melhor compreensão dos fatos, hei por bem colacionar o trecho da sentença proferida pela Magistrada da primeira instância, objeto da insurgência recursal*:*

"Nos crimes contra os costumes, em que a liberdade sexual é o bem jurídico tutelado, primando pela dignidade da pessoa humana, quando cometido contra menor de idade, deve ser conferido à palavra da vítima, credibilidade. No entanto, no caso concreto, a vítima foi ouvida somente na fase extrajudicial, imputando os fatos narrados na denuncia ao réu. E, durante a instrução processual, por diversas vezes foram dadas oportunidades para o comparecimento da vítima, com a redesignação da audiência para localizá-la, sendo inclusive, determinada a condução coercitiva e não encontrada. Assim, não houve a judicialização da prova produzida, demonstrando o desinteresse da vítima na colaboração da busca da verdade real.

Em juízo, perante a autoridade judiciária, foram ouvidas a genitora da vítima e conselheira tutelar, que à época, recebeu a denúncia.

Conforme se infere dos autos a genitora da vítima prestou declarações frágeis quanto à conduta do réu, pois num primeiro momento relata que nada sabia, para posteriormente, alegar que viu a prática do ato pelo réu, gerando, assim, dúvida quanto à existência do crime.

Também, a conselheira tutelar, em seu depoimento, tão somente reproduz a notícia que a vítima lhe passou por ocasião da denúncia, não tendo nenhum conhecimento das consequências deste ato na vida da vítima, pois nenhum acompanhamento psicológico foi sugerido ou realizado.[8]*"*

7 Denuncia de fls. 01-03.

8 Sentença de fls. 274-277.

Analisando os autos, observa-se que os elementos de provas coligidos durante toda a atividade de apuração dos fatos não são suficientes no sentido de subsidiar a condenação pela prática do crime inscrito no art. 214 c/c art. 224, "a" do CP, especialmente porque não comprovam a existência do fato delituoso, conforme doravante será analisado.

Inicialmente, constata-se que a vítima foi ouvida perante a autoridade policial, oportunidade que relatou a ocorrência dos seguintes fatos:

> *"Há cerca de dois anos sua mãe passou a ter um relacionamento amoroso com o N. R D. N., desde que o relacionamento começou, mora no lote 32 do Assentamento Valinhos, neste Município. Por várias vezes, estando a declarante e sua genitora no dito assentamento, N. esperava que todos dormissem e então ia até a cama da declarante e se deitava com esta. A declarante pedia que ele saísse, mas ele se recusava. Deitado com a declarante, N. passava a mão em seus seios e em sua vagina, sendo certo que nunca tirou a roupa da declarante. A declarante contou isso à sua mãe e então N. disse que se a mãe da declarante contasse para alguém, ele a mataria. N. nunca ameaçou a declarante. A declarante nunca teve relação sexual nem com o N. e nem com qualquer outra pessoa. N. dizia para a declarante que a ensinaria a praticar sexo e que iria dar para a declarante uma "televisãozinha" que mostra. A genitora da declarante já presenciou o N. praticando tais atos com a declarante." (fl. 09)*

A Conselheira Tutelar Marley Verão Ferreira declarou extrajudicialmente (fls. 22) que:

> *"Lembra que recebeu denúncia da Escola Catarina de Abreu informando que a adolescente L. P. S. estava sofrendo violência sexual por parte do padrasto N. Tal fato estava ocorrendo no PA Valinhos, zona rural de Sidrolândia/MS. Foi à casa de L. e esta* ***confirmou que há mais de dois anos N. a molestava pegando nos seios e na vagina dela, enquanto a mãe dormia. A mãe sabia da violência sexual praticada por N. contra L., mas nada fazia*** *" (Destaquei).*

Em juízo (fls. 242-243), Marley confirmou a versão apresentada perante a autoridade policial, acrescentando, ainda que a vítima fazia acompanhamento na APAE e aparentava possuir certa limitação mental.

A genitora da vítima e companheira do apelado, Sr.ª I. P. C., declarou extrajudicialmente (fls. 08) que:

> *"Que, lembrou-se que há quase dois anos a declarante ainda estava morando na Gleba de Valinhos, quando levantou-se bem cedo e viu N. apalpando os seios de L., mas L. nada fazia. Que perguntou o que ele estava fazendo naquela ocasião e N. Alegou que L. quem o procurava para fazer "aquilo". Que, L. reclamou para este Delegado que nas férias de julho deste ano (2006), N. apalpou a vagina dela. Que, não deseja representar criminalmente contra seu amasio N. R.".*

Na audiência de instrução (fls. 244-247), a genitora alterou o teor de suas declarações, negando que soubesse de qualquer fato relacionado à denúncia, apesar de no final de seu relato, ter caído em contradição ao dizer que presenciou o abuso e ter agrediu o apelado em razão disso.

Da sentença absolutória em análise, pode-se concluir que a julgadora salientou a existência de dúvida acerca da existência do ilícito. O raciocínio não carece de corrigenda. Pondero que a decisão estabeleceu, por via indireta, a falta de segurança dos relatos apresentados pela vítima, que não foram confirmados em juízo, porque não localizada a oitiva, e o testemunho de Marley, porque apenas se limitou a relatar a versão que disse ter ouvido da vítima.

Em relação à Marley, há que se salientar que esta testemunha não apresentou nenhuma informação por constatação direta dos fatos, apenas dizendo ter ouvido da vítima, de forma que seus relatos não se mostram aptos o bastante para comprovar a existência da conduta delituosa por parte apelado, especialmente pela falta do depoimento da vítima em juízo.

Em relação à vítima, o fato de a mesma ter sido inquirida somente perante a autoridade policial, não significa que o fato não tenha ocorrido, entretanto, esta circunstância não permitiu o contato direto dela para com o julgador, tendo privado o apelado do exercício do contraditório e da ampla defesa, na fase judicial, assim a ratificação ou não da versão apresentada na fase inquisitorial.

Acrescento, ainda, consoante se depreende da manifestação de fls. 251-252, o próprio Ministério Público Estadual desistiu da oitiva da vítima, conduta que torna incoerente o pedido de condenação formulado no recurso de apelação, visto que era o órgão acusador o ônus da comprovação dos fatos, de forma que a manutenção da absolvição é medida que se impõe.

Observo, nesse ponto, que não houve diligências por parte do órgão acusador em empreender busca de novas diligências visando a localização da vítima, a fim de pudesse comprovar a veracidade da denúncia apresentada em desfavor do apelado. A professora da vítima, a quem esta supostamente teria primeiramente relatado o ocorrido, não foi sequer arrolada como testemunha.

No que pertine ao depoimento da genitora da vítima, de onde se poderia se extrair algum elemento sobre a realidade dos fatos, para embasar a conclusão sobre a veracidade, a fim dar consistência a um juízo de condenação do apelado, deixa transparecer uma infeliz tentativa da mesma em defender o apelante, ampliando o grau de dúvida.

Depreende-se de suas declarações, o nítido propósito de dificultar a comprovação da existência dos fatos. Embora essa depoente, ao encerrar o depoimento judicial, tenha afirmando, indiretamente, que teria agredido o apelado em virtude do ocorrido, pode-se abstrair, de seus relatos, a cristalina e infeliz intenção dela, ainda que mãe da vítima, em proteger seu ex-companheiro ou convivente, em detrimento da própria filha.

Pondero que o julgador deve estar sensível às dificuldades sociais que se fazem presentes na vida dos jurisdicionados. Há indicativos que os fatos possam ter ocorrido, mas a realidade é que esses indicativos não resultaram com comprovação segura, ainda mais quando consta que a vítima era portadora de algum grau de limitação mental, com atendimento da APAE, o que contribui na incerteza de seu relato isolado na fase inquisitorial, sem confirmação em juízo.

Nos delitos decorrentes de violência sexual é fundamental a palavra da vítima, quando se mostra segura, coerente, com riqueza de detalhes, em ambas as fases, tanto na inquisitorial, como a judicial. Todavia, como já mencionado, isso não ocorreu no presente caso, visto que a vítima não foi ouvida em juízo.

Dessa forma, não há como se imputar seguramente a prática do fato delituoso ao apelado, já que para incriminação é necessária a prova segura do elemento volitivo, que inexiste, na minha compreensão, após o exame de todo o contexto probatório.

Portanto, ainda que haja o evento danoso objeto desta análise, o Julgador não pode ir além das provas para efeitos de estabelecer um juízo condenatório, quando o conjunto probatório é insuficiente para gerar essa certeza.

Em outras palavras, não se pode punir pela mera suposição ocorrência do ilícito, não se pode condenar pelo mero desejo de punir, não se pode encarcerar pelo desejo de encarcerar, não se pode infligir pena escorado em premissas insuficientes, em conjecturas ou no calor de emoções somente pela natureza do delito imputado.

Tenho, pois, que não há prova concreta da existência da culpabilidade do apelado.

Prequestionamento.

No que tange ao presquestionamento suscitado pelo Ministério Público Estadual e pela Procuradoria-Geral de Justiça, cabe esclarecer que não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que as questões apresentadas foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Considerações finais.

Dessa forma, contra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 12 de março de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0032938-55.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

De acordo com o entendimento pacífico perante os Tribunais Superiores, não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral, previsto no art. 184, § 2º, do Código 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 maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Heverton Fernandes Ortega interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando, basicamente, a reforma da sentença de mérito proferida pelo Magistrado da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande/MS, que o condenou como incurso nas sanções penais do art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena total de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Em suas razões, pugnou por sua absolvição, com respaldo na aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social.

O MP ofereceu contrarrazões (fls. 165-167).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 179-190, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Heverton Fernandes Ortega, já qualificado nos presentes autos, interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando, basicamente, a reforma da sentença de mérito proferida pelo Magistrado da

3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande/MS, que o condenou como incurso nas sanções penais do art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena total de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

De acordo com a denúncia:

> *"(...) Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 02 de março de 2011, por volta das 16h00min, na Rua Albert Sabin, em frente ao número 2182, Bairro Caiçara, nesta capital, Investigadores de Polícia flagraram o denunciado Heverton Fernandes Ortega violando direitos autorais, pois estava comercializando CD's e DVD's piratas, com um vendedor ambulante destes objetos, além de, em seu veículo, manter 1920 (mil novecentos e vinte) DVD's e 400 (quatrocentos) CD's falsificados, os quais seriam comercializados sem a expressa autorização de seus titulares.*
>
> *Apurou-se que policiais civis em operação especial contra a pirataria, visualizaram o denunciado negociando DVDs e CDs falsificados com uma vendedora destes produtos, em uma banca na Av. Albert Sabin, Bairro Caiçara, momento em que o abordaram e localizaram em seu veículo 1920 (mil novecentos e vinte) DVD's e 400 (quatrocentos) CD's falsificados e de títulos diversos.*
>
> *Foi realizado o Laudo de Exame Preliminar de Constatação, que concluiu que os objetos apreendidos tratam-se de produtos contrafeitos. O laudo pericial definitivo foi requerido e será juntado aos autos oportunamente. (...)".*

Diante desses fatos, Heverton Fernandes Ortega foi denunciado pelo crime de violação de direitos autorais. Concluída a instrução processual, sobreveio sentença, que condenou o denunciado pelo crime em questão, submetendo-o, então, ao cumprimento das penas que foram acima mencionadas.

Em virtude disso, o denunciado interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 156-162), pugnou por sua absolvição, com respaldo na aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social.

O MP ofereceu contrarrazões (fls. 165-167).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 179-190, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

Como é possível perceber, a controvérsia recursal repousa no exame da possibilidade de aplicação, ao presente caso, das premissas que decorrem dos princípios da insignificância e da adequação social da conduta.

Entretanto, a questão em enfoque, há muito, respalda-se em entendimento pacífico perante a jurisprudência dos Tribunais Superiores, cuja orientação predominante é no sentido de que *"não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral"*.

Nesse sentido, argumenta-se, basicamente, que o fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e

consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.

A propósito, nesse sentido, são os seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL - CP. ART. 530-D DO CÓDIGO PROCESSO PENAL - CPP. PERÍCIA SOBRE O CONTEÚDO DE TODOS OS BENS APREENDIDOS. EXIGÊNCIA QUE NÃO SE PRESTA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS DO DELITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***A eg. Terceira Seção, no julgamento do REsp. n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal - CP, sendo considerada típica a conduta.*** *(...).* (AgRg no REsp 1485007/MG, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 17/12/2014)." (Destaquei).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.*
>
> ***1. Não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral.***
>
> *2. Em que pese a aceitação popular à pirataria de CDs e DVDs, com certa tolerância das autoridades públicas em relação à tal prática, a conduta, que causa sérios prejuízos à indústria fonográfica brasileira, aos comerciantes legalmente instituídos e ao Fisco, não escapa à sanção penal, mostrando-se formal e materialmente típica.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1380149/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 13/09/2013)." (Destaquei).*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO RECORRIDA EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. OFENSA AO ART. 184, § 2°, DO CP. OCORRÊNCIA. COMPRA E VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> ***1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação dos princípios da adequação social e da insignificância.***
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 219.211/MG, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 28/11/2012)". (Destaquei*).*
>
> *Não bastasse o uníssono entendimento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, almejando sepultar eventual discussão acerca do tema, editou, recentemente, o enunciado sumular nº 502, cuja redação é no sentido de que "presentes a materialidade e a*

> *autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas".*

Interpretando tal enunciado, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, disse, em verdade, que nos casos de crimes de violação de direitos autorais, como na hipótese dos autos, é inaplicável os princípios da insignificância e da adequação social, cuja consequência, como se sabe, é justamente a de afastar a tipicidade da conduta.

Na situação dos autos, tanto a materialidade quanto a autoria do fato delituoso foram suficientemente comprovadas. A propósito, discussão nenhuma paira sobre tal ponto, razão pela qual não há falar em atipicidade da conduta, como decorrência da aplicação dos postulados da insignificância e da adequação social.

Perante o exposto, deve ser afastada tal pretensão recursal, mantendo-se incólume o juízo condenatório pronunciado na primeira instância.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merece qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Posto isso, com o parecer, conheço do presente recurso de apelação criminal, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Rememorando. É apelo interposto por Heverton Fernandes Ortega contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal (violação dos direitos autorais).

Pugna pela absolvição, com fundamento na aplicação do princípio da insignificância e da adequação social da conduta.

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques nega provimento ao recurso, sendo acompanho pelo i. Revisor, Des. Carlos Eduardo Contar.

Divirjo.

Narra a denúncia que:

> *"no dia 02 de março de 2011, por volta das 16h00min, na Rua Albert Sabin, em frente ao número 2182, Bairro Caiçara, nesta capital, Investigadores de Polícia flagraram o denunciado Heverton Fernandes Ortega violando direitos autorais, pois estava comercializando CD's e DVD's piratas, com um vendedor ambulante destes objetos, além de, em seu veículo, manter 1920 (mil novecentos e vinte) DVD's e 400 (quatrocentos) CD's falsificados, os quais seriam comercializados sem a expressa autorização de seus titulares."*

No caso, a conduta amolda-se formalmente ao tipo previsto no §1º do artigo 184 do Código Penal.

Apesar disso, a realidade mostra que tais cópias contrafeitas certamente seriam expostas à venda em comércios irregulares, como sói acontecer diariamente em diversas localidades deste Estado, sem qualquer providência das autoridades de segurança.

Nesse diapasão, considero que a conduta perpetrada não pode sofrer a incidência da tutela pelo Direito Penal, mesmo havendo grande quantidade de CD's e DVD's, pois é socialmente aceita, tratando-se de fato corriqueiro nas cidades brasileiras – princípio da adequação social -, onde pessoas marginalizadas pelo mercado de trabalho acabam tendo de optar por esse tipo de comércio como único meio de subsistência, auferindo parcas rendas pela venda de mídias contendo material que, não raro, já estão amplamente disponíveis na internet.

Assim, se os efeitos da "pirataria" são perniciosos, o que ainda gera amplas discussões, é evidente que o combate deve se voltar contra aqueles que são os verdadeiros responsáveis pela disseminação de conteúdo ilegal, ou seja, os produtores, fabricadores e fornecedores desses materiais que lucram substancialmente com essa atividade.

Certamente o legislador não visou abarcar situações como a versada nos autos quando amoldou o tipo penal do art. 184, §1º do Código Penal, pois ofenderia ao princípio constitucional da proporcionalidade pretender condenar alguém a pena corporal de 02 (dois) anos de reclusão, diante de conduta de tão diminuto potencial ofensivo.

Incide na espécie o princípio da insignificância que, embora não previsto formalmente em lei, constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, devendo o julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de ínfima importância, porquanto, conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, *"o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias"* (Apelação Crime Nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

É que o Direito penal moderno não deve atuar sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas somente naquelas que efetivamente ameacem a convivência harmônica da sociedade.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – DENÚNCIA REJEITADA – RECURSO MINISTERIAL – CRIME FORMALMENTE TÍPICO - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CONGLOBANTE – DECISÃO MANTIDA - RECURSO PROVIDO.*
>
> *A conduta perpetrada pelo réu, consistente em expor à venda, com intuito de lucro, DVDs e CDs diversos, reproduzidos com violação de direito autoral, inobstante formalmente típica, não é antijurídica, numa idéia material da tipicidade penal. Nesse aspecto, vale esclarecer que a tipicidade formal é a adequação de uma conduta à descrição abstrata de um crime. Já a tipicidade material analisa a lesividade da ação praticada pelo agente, em face do bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Então, para ser delituoso um comportamento humano, além de subsumir-se a uma norma incriminadora (estar expressamente previsto em lei como crime), deve ter provocado uma ofensa relevante no bem jurídico tutelado, ou uma significativa ameaça de lesão a ele. Assim, à luz da moderna teoria da tipicidade "conglobante", de Zaffaroni, se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. Em outras linhas, se o próprio Estado permite, fomenta*

uma atividade tida como ilícita, na medida em que autoriza a instalação de shoppings populares, com o único propósito de comercializar artigos 'populares', mas que, na verdade, são uma grande feira de pirataria (autorizações contidas em normas extrapenais), na pode ao mesmo tempo incriminá-la." (RESE n. 2010.017284- 5. 2.ª Câmara Criminal. Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, em 22.10.2010).

"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - ART. 184, § 2º, DO CP- VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - PRETENSA CONDENAÇÃO - PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA - IRRELEVÂNCIA PENAL - MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. Por não encontrar conduta penalmente relevante no caso concreto, ainda, em razão da existência de outros meios eficazes de coibição e punição dos apelados, imprescindível se torna o afastamento da incidência da conduta típica descrita no artigo 184, § 2º do CP, com consequente manutenção da absolvição. (AP n. 0074630-05.2009.8.12.0001. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Manoel Mendes Carli, em 11/03/2013).

EMENTA-RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - RECURSO MINISTERIAL - COMÉRCIO AMBULANTE DE CDS E DVDS CONTRAFEITOS - DENUNCIA REJEITADA - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - LESÃO IRRELEVANTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ADEQUAÇÃO SOCIAL - AUSENCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Configurada a mínima ofensa ao bem jurídico tutelado (princípio da insignificância), e sendo a prática aceita pela sociedade (princípio da adequação social), de rigor o reconhecimento da insignificância da conduta com a consequente rejeição da denúncia ante a falta de justa causa para o exercício da ação penal. Recurso improvido." (RESE n. 0012393-27.2012.8.12.0001. 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, em 22/10/2012).

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator para dar provimento ao recurso interposto por Heverton Fernades Ortega para absolvê-lo do delito de violação de direito autoral qualificado, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1401478-29.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO ATIVA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PGJ – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE RECLAMAM A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA – OFENSA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E AOS PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA DA INSTITUIÇÃO POLICIAL – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

1. O *Habeas Corpus,* ação de natureza constitucional, tem o objetivo de sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, restringindo-se às hipóteses de ilegalidade evidente e incontroversa, relativas a matéria de direito, cuja constatação não dependa de qualquer análise probatória. Nessas circunstâncias, a sentença que foi palco da decretação de prisão preventiva constitui ato de idônea discussão em sede do presente remédio constitucional, devendo a controvérsia, no entanto, ficar adstrita tão somente à questão da prisão preventiva, que materializa, evidentemente, um ato de coação ao direito de locomoção do paciente.

2. No direito Processual Penal Militar, não há falar em revogação da prisão preventiva se, havendo lastro indiciário suficiente quanto à materialidade e à autoria (art. 254 do CPPM), a situação estiver fundada em uma das hipóteses legais previstas no art. 255 do Código de Processo Penal Militar.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva está assentada na necessidade de se estabelecer tutela à garantia da ordem pública e, ainda, na necessidade da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares. Nesse contexto, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que abala a credibilidade do poder judiciário.

4. 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, mormente se estiverem presentes, no caso concreto, os requisitos e fundamentos legais da prisão preventiva.

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, 2 de março de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O advogado Odivan César Arossi impetrou o presente Habeas Corpus, com pedido liminar, em favor de Alisson José Carvalho de Almeida, já qualificado nos autos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor do paciente. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o Magistrado da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande/MS.

Em suas razões, afirmou a impetrante, basicamente, que não estão presentes os requisitos e fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva. Afirmou, também, que o paciente ostenta condições subjetivas favoráveis, o que defendeu ser suficiente para concessão do benefício da liberdade provisória.

Por isso, postulou, em sede de tutela antecipada, pela concessão da ordem, no sentido de que seja revogada a prisão preventiva do paciente e, por consequência, expedido o respectivo alvará de soltura. No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela jurisdicional de urgência, para o fim de tornar definitiva a revogação da custódia cautelar.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 101-102).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 106-108).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 110-115, manifestou-se, arguindo preliminar de não conhecimento e, no mérito, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

O advogado Odivan César Arossi impetrou o presente Habeas Corpus, com pedido liminar, em favor de Alisson José Carvalho de Almeida, já qualificado nos autos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor do paciente. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o Magistrado da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande/MS.

Analisando os autos, é possível observar que o paciente foi denunciado (autos nº 0011947-53.2014.8.12.0001) como incurso nas sanções penais do art. 309, "caput", do Código Penal Militar (corrupção ativa). Isso porque, de acordo com o que constou na exordial acusatória, no dia 12 de julho de 2013, no período matutino, na chácara localizada no Assentamento Amparo, Distrito de Itanhum, município de Dourados/MS, o paciente, ciente da reprovabilidade de sua conduta, ofereceu a quantia de R$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais), por veículo, ao CB PM Jean Carlos dos Santos Vieira, para que ele se omitisse na prática de ato funcional, deixando de interceptar carretas e caminhões carregados com cigarros contrabandeados do Paraguai/PY e/ou acionar as viaturas de serviços para fazê-lo, de modo a não se efetivarem eventuais prisões dos condutores nem apreensões das cargas ilegais.

Com efeito, concluída a instrução processual, sobreveio sentença, que condenou o paciente, pelo crime em questão, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Além disso, o magistrado de primeira instância, ora apontado como autoridade coatora, decretou a prisão preventiva do paciente, negando-lhe, por consequência, o direito de recorrer em liberdade.

Em virtude disso, foi manejado o presente remédio constitucional, cujo objetivo, como dito, é a revogação da prisão cautelar decretada em desfavor do paciente.

Em suas razões, afirmou a impetrante, basicamente, que não estão presentes os requisitos e fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva. Afirmou, também, que o paciente ostenta condições subjetivas favoráveis, o que defendeu ser suficiente para concessão do benefício da liberdade provisória.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do presente remédio constitucional.

Inicialmente, quando à preliminar de não conhecimento argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça, tal sustentação deve ser afastada.

Sobre essa questão, é de salutar importância ressaltar que o *Habeas Corpus* configura ação de natureza constitucional, cujo objetivo é sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, restringindo-se às hipóteses de ilegalidade evidente e incontroversa, relativas a matéria de direito, cuja constatação não dependa de qualquer análise probatória.

Na situação dos autos, a ordem ora sob análise foi impetrada em razão da sentença magistrado de primeira instância, onde, após o pronunciamento do juízo condenatório, houve a decretação da prisão preventiva do paciente, entendendo o juiz estarem presentes os requisitos legais autorizadores dessa medida.

Nesse aspecto, não há dúvidas de que a atuação do magistrado constituiu ato de restrição da liberdade de locomoção da paciente, até porque o paciente respondeu o processo em liberdade. Desse modo, embora o ato atacado se trate de uma sentença, nas circunstâncias do caso concreto, é indiscutível a possibilidade de que tal decisão judicial seja passível de discussão na via estreita do presente remédio constitucional, devendo a controvérsia, entretanto, ficar adstrita apenas à questão da prisão preventiva, que, como já salientado, materializa, evidentemente, um ato de coação ao direito de locomoção do paciente.

Assim, diante dessa situação, não há falar no não conhecimento do presente remédio constitucional, razão pela qual essa preliminar deve ser rejeitada.

No que pertine ao mérito do presente remédio constitucional, cabe salientar, de saída, que o caso em questão trata do cometimento de crime por Policial Militar, pelo que a análise da prisão preventiva, na hipótese, deve ser regida pelos dispositivos legais correspondentes do Código de Processo Penal Militar.

Como bem se sabe, 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 em situações excepcionais, por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI).

A esse respeito, Paulo Rangel nos ensina que**:**

> *"O Estado, para que possa atingir o fim precípuo de sua atuação, ou seja, o bem comum, exige do indivíduo determinados sacrifícios para a sua consecução, e um deles é a privação de sua liberdade antes da sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade"*[1].

1 **Direito processual penal.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 678.

Com efeito, para a decretação da prisão preventiva, além da existência de uma situação de excepcionalidade, é fundamental que haja a comprovação do *fumus commissi delicti* (aparência do delito), ou seja, a demonstração de prova da existência da infração penal, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou de participação no contexto criminoso (CPPM, art. 254).

É preciso, ainda, que a ordem de prisão esteja fundada em uma das situações estampadas no art. 255, do Código de Processo Penal Militar, a saber: *(a) garantia da ordem pública; (b) conveniência da instrução processual; (c) periculosidade do indiciado ou acusado; (d) segurança da aplicação da lei penal; (e) exigência da manutenção das normas ou princípio de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.* Trata-se, pois, do *periculum libertatis* (perigo de permanecer solto).

É oportuno mencionar, nesse contexto, que na órbita do Direito Processual Militar, diferentemente do que acontece no processo penal comum, a prisão preventiva não tem as condições de admissibilidade previstas no art. 313 do Código de Processo Penal. Vale dizer, portanto, que como não há referência no processo penal militar, a prisão preventiva cabe independentemente de a pena ser de reclusão ou de detenção.

Ultrapassadas essas breves digressões teóricas, passo efetivamente à análise do caso concreto, de modo a verificar se estão presentes ou não os requisitos ensejadores da prisão preventiva do paciente.

Na presente situação, o *fumus commissi delicti,* ou seja, os indícios de materialidade e autoria do fato delituoso transparecem tranquilamente do lastro indiciário coligido durante a fase investigativa e, também, na instrução do processo, que já foi inaugurada no âmbito da ação penal da origem.

Por outro lado, à luz das circunstâncias concretas da situação sob análise, especialmente pela maneira em que os crimes foram cometidos, pode-se concluir que a prisão preventiva está suficientemente embasada, enquadrando-se perfeitamente nas hipóteses do art. 255 do Código de Processo Penal Militar.

Destaco, de saída, que há necessidade evidente de se atribuir garantia à ordem pública (CPPM, art. 255, "a"). Explico.

Com vistas no atual pensamento jurídico sobre o tema, bem se sabe que que não se tem um conceito exato do significado da expressão "ordem pública". Trata-se, pois, de um termo vago, indeterminado, com aspectos de cláusula geral, dando margem, consequentemente, a várias interpretações.

Justamente em razão disso, doutrina e jurisprudência, frente à divergência interpretativa e conceitual existente sobre essa questão, vêm tentando estabelecer a efetiva extensão do significado da expressão "ordem pública".

Nesse contexto, surgiram basicamente sete interpretações ligadas à expressão "ordem pública", quais sejam: (1) reiteração da prática criminosa; (2) periculosidade do agente; (3) gravidade do delito; (4) caráter hediondo do crime; (5) repercussão social do fato; (6) credibilidade da justiça; e, finalmente, (7) clamor social, público ou popular.

Dessas interpretações dadas à expressão "ordem pública", à luz do presente caso, ouso discorrer, nesse plano inicial, no que se refere à gravidade do delito praticado.

Como relatado, o paciente exerce a função pública de Policial Militar. Nessa condição, atuando como agente público do Estado, deve pautar o exercício de sua profissão com vistas à satisfação do interesse público. Deve, também, respeitar, com fidelidade, todos os princípios jurídicos que regem o exercício da Administração Pública.

No caso, a conduta perpetrada pelo paciente atentou indiscutivelmente contra o sistema jurídico administrativo, violando especialmente o princípio da moralidade, do qual provém o dever de o agente exercer honestamente sua função pública, pautando-se na lealdade, na reciprocidade e na boa-fé, o que, porém, não foi observado pelo paciente.

Ademais, a ação ilícita do paciente percorreu a contramão da finalidade constitucional atribuída ao instituto da policia militar, principalmente quanto ao seu papel no âmbito do seio da sociedade local.

Ora, a Constituição Federal é expressa em dizer, em seu art. 144, § 5º, que *"às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública",* entendendo-se, num contexto geral, "ordem pública" como sinônimo de paz social.

Observa-se, então, que a verdadeira missão da Polícia Militar traz, em si, a execução de um serviço imprescindível para a manutenção de uma sociedade organizada. A disciplina, o senso do dever e a noção clara da missão a cumprir, são, portanto, virtudes eminentemente éticas e de observância indispensáveis para tal mister, constituindo, também, a base invisível de sustentação da instituição miliciana.

Por conseguinte, deve ser ponderado que, enquanto a proteção à honra é considerada para o civil no seu aspecto individual, para o militar, além da honra individual, preza-se tanto mais a honra da instituição à qual pertence, pela perpetuação do cumprimento do dever militar e pelo aprimoramento constante dos valores profissionais e das virtudes militares.

À luz do caso concreto, não se tem dúvidas de que a atuação criminosa do paciente feriu, de morte, o papel constitucional atribuído à Polícia Militar, ofendendo-se, de igual forma, a imagem e a reputação da corporação miliciana a que pertence perante a sociedade.

É inconcebível que um integrante da própria Polícia Militar, a quem cabe a preservação da segurança e ordem pública, se envolva em cometimento de crimes. Além de ser um contrassenso a tudo o que já foi exposto acima, o envolvimento do miliciano em atividade criminosa abala, de morte, toda a confiança depositada pela população a tal instituição, afinal, o papel de um policial é previnir crime, e não cometê-los.

Com efeito, a hipótese concreta espelha uma situação inusitada e completamente indesejada pela população, e que deve ser fortemente repreendida pelo Poder Judiciário: um polícial militar, cuja função é a de velar pela proteção ostensiva da sociedade, atuando de forma delinquente, às avessas do ordenamento jurídico, contribuindo para a exasperação do risco insegurança populacional.

Num contexto geral, a atuação ilícita de um integrante de instituição policial, como ora é visto no caso dos autos, acaba por atingir a idoneidade moral de toda uma corporação, que, repita-se, é fundamentada na confiabilidade, no renome, na grandeza e, sobretudo, no apreço da população.

Dessa forma, agindo da forma como descrita na exordial acusatória, o paciente, além de desvirtuar toda a finalidade constitucional atribuída ao exercício de sua função pública, denegriu a imagem e a confiabilidade social depositada na instituição da qual faz parte, instaurando, a partir de sua conduta, um clima de insegurança pública perante a sociedade, o que, em linhas gerais, ofende a ordem pública.

De outro outro, a ofensa da garantia da ordem pública encontra fundamento, também, na repercussão social decorrente do fato típico praticado pelo paciente. A partir de todos os fundamentos que foram acima expostos, não subsistem dúvidas acerca do clima de perplexidade instaurado perante a sociedade, refletido pelo clamor popular e pela insegurança pública advinda da prática do crime em questão.

Diante desse cenário, torna-se necessária e imprescindível uma atuação imediata do Estado, de modo a garantir a efetiva aplicação da lei penal e, sobretudo, para atribuir uma resposta positiva à sociedade,

restabelecendo a harmonia e a tranquilidade na órbita social. Agindo-se assim, preservar-se-á a lisura e a credibilidade da justiça.

A esse respeito, já se posicionou o STF:

> *"Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso,* ***a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário*** (STF - HC n. 83.868/AM, Tribunal Pleno, Relatora p/ acórdão Ministra Ellen Gracie, DJe 17/4/2009)*." (Destaquei).*

Por isso, é latente a necessidade de preservação da prisão preventiva do paciente, tudo para o fim de se atribuir tutela à garantia da ordem pública (CPPM, art. 255, "a").

Além do mais, não se pode olvidar, nessa análise, das valiosas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 106-108), que, discorrendo sobre o caso dos autos, bem retratou a gravidade concreta da conduta do paciente, explicitando, basicamente, que há demonstração de que o paciente é participante de organização criminosa que atua na faixa de fronteira com o Paraguay, dedicando-se ao descaminho de pneus, armas e cigarros.

Por outro lado, a segregação cautelar está, também, embasada na situação do art. 255, "e", do Código de Processo Penal Militar, de modo que a liberdade do paciente, por tudo o que já foi exposto, representa indiscutível risco à manutenção das normas e princípios de hierarquia e disciplina relacionados à instituição miliciana a qual ele pertence.

Está, portanto, materializado o *periculum libertatis,* ou seja, o fundamento (embasamento) necessário para a manutenção da ordem de prisão preventiva.

Demais disso, deve ser ponderado que a mera existência de condições subjetivas favoráveis ao paciente (residência fixa, emprego lícito, bons antecedentes), não é elemento suficiente 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 243.079/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 31/08/2012).

> *HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA INTERESTADUAL, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO TEMPORÁRIA EM 24.10.2010, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (CERCA DE 27 KG DE COCAÍNA) E DE UMA SUBMETRALHADORA DE 9 MM. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCESSOS CRIMINAIS CONTRA O PACIENTE. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. CRIME COMETIDO POR QUADRILHA COM ATUAÇÃO EM VÁRIOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 3. Consoante entendimento já pacificado nesta Corte Superior, bem como no Pretório Excelso, eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, aliás, sequer comprovadas na hipótese, não obstam a sua constrição cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em apreço. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.* (HC 196.787/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 19/09/2012).

Ressalto, por fim, que a preventiva decretada não ostenta qualquer excessividade ou desproporcionalidade, de forma que não se faz justificável a sua substituição por qualquer outra medida cautelar diversa da prisão.

Logo, conclui-se que estão presentes os requisitos e fundamentos imprescindíveis à manutenção da prisão preventiva, quais sejam, o *fumus commissi delicti*, comprovado pela suficiência dos indícios de autoria e materialidade, e o *periculum libertatis*, fundado nas hipóteses do art. 255, "a" e "e" do Código de Processo Penal Militar.

Posto isso, com o parecer, rejeito a preliminar de não conhecimento argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça e, no mérito, denego a presente ordem.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alisson José Carvalho de Almeida, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar Estadual da comarca de Campo Grande.

Esclarece que o paciente respondeu em liberdade à ação penal n. 0011947-53.2014.8.12.0001 pela imputação da prática do delito de corrupção ativa (art. 309 c.c art. 70, II, alínea "g", todos do Código Penal Militar), sendo condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, porém, ao proferir a sentença condenatória o magistrado decretou a prisão preventiva em 10.2.2015 sob o fundamento de garantia da ordem pública.

Alega que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, pois respondeu em liberdade ao processo e na decisão impugnada não consta nenhum fato novo que justifique a segregação cautelar.

Requer a concessão da ordem para que possa apelar em liberdade.

O e. Relator denega a ordem.

Divirjo para conceder.

Não discordo da gravidade do crime em que o autor de valha da estrutura da polícia militar para praticar o ilícito, porém, o que se está a julgar neste momento, é se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, já que constitui medida de exceção e só pode ser imposta (ou mantida) caso venha acompanhada, sempre, de exaustiva fundamentação, que evidencie a necessidade de restrição ao direito à liberdade, não podendo se referir somente à gravidade abstrata do delito, nem podendo ser decretada quando suficiente a imposição de medidas cautelares diversas.

Na hipótese o crime foi cometido em 12/7/2013, enquanto a prisão preventiva foi decretada em 10/02/2015 para a garantia da ordem pública e pela periculosidade do acusado.

Entretanto, esvaziou-se o fundamento de sua necessidade para garantia da ordem pública invocado na sentença, que é direcionado a possível situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade e reiteração criminosa, pois não mais se encontra presente após o transcurso de tempo entre o delito e a data da prisão sem que tenha havido outra ocorrência relacionada ao réu.

Quanto ao requisito da periculosidade assentado na sentença não está presente na hipótese em que o crime nem mesmo foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ademais, segundo a doutrina, nos crimes militares, *"a periculosidade do indiciado ou acusado está diretamente relacionada a sua vida anteacta ao momento da verificação do perigo que ele represente para a sociedade. É a possiblidade real de que o mesmo voltará a delinquir, devidamente comprovada no momento da aferição pelos seus maus antecedentes, além da reincidência em delinquir" (ASSIS, Jorge Cesar. Código de Processo Penal Militar anotado. p. 105).*

Logo, inexistente no caso em que o paciente demonstra possuir condições subjetivas favoráveis, pois é primário (p. 38), possui elogios em sua ficha funcional na função militar (p. 35-37).

Portanto, ausentes os requisitos da prisão preventiva estabelecidos no Código de Processo Penal Militar, a liberdade provisória do paciente deve ser mantida.

Diante do exposto, contra o parecer e divergindo do e. Relator, concedo a ordem em favor de Alisson José Carvalho de Almeida para permitir que recorra em liberdade à condenação sofrida nos autos da ação penal n. 0011947-53.2014.8.12.0001.

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. 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. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 02 de março de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0054400-34.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

O direito penal moderno deve intervir somente nos casos em que a conduta do agente ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade de perturbações jurídicas leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de lesividade social que ocasionem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 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, 10 de fevereiro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposto por Elton Pereira da Silva contra a sentença de f. 188-194, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenado o ora apelante, pela prática delitiva prevista no artigo 168, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos) de reclusão e 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente, em regime aberto.

A Defesa, em suas razões às f. 207-218, pleiteia, em síntese, pela: (i) absolvição do apelante, em razão da aplicação do princípio da insignificância; (ii) redução da pena-base; (iii) aplicação do privilégio previsto no artigo 170 c.c artigo 150, §2º, ambos do Código Penal, para substituir a pena de reclusão pela de multa ou proceder a redução da reprimenda em 2/3; (iv) isenção das custas processuais; e, por fim, (v) prequestiona dispositivos infralegais.

Em contrarrazões de f. 220-235, o *Parquet* pugna pelo provimento parcial do recurso, para conceder a benesse prevista no artigo 170 c.c artigo 155, §2º, ambos do Código Penal, bem como isentar o recorrente das custas processuais.

A Procuradoria-Geral de Justiça às f. 240-259, opina pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, a fim de aplicar o privilégio previsto no artigo 170 c.c artigo 155, §2º,ambos do Código Penal, afastar as circunstâncias judiciais pertinentes ao motivo e circunstâncias do crime, bem como isentar o recorrente das custas processuais.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposto por Elton Pereira da Silva contra a sentença de f. 188-194, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática delitiva prevista no artigo 168, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos) de reclusão e 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente, em regime aberto.

Postula, em síntese, pela absolvição do apelante, em razão da aplicação do princípio da insignificância, redução da pena-base, aplicação do privilégio previsto no artigo 170 c.c artigo 150, §2º, ambos do Código Penal, para substituir a pena de reclusão pela de multa ou proceder a redução da reprimenda em 2/3, isenção das custas processuais e, por fim, prequestiona dispositivos infralegais.

Narra a denúncia (f. 01-04), os fatos a seguir expostos:

> *"(...) na data de 29 de outubro de 2011, na Avenida Principal 01, n. 1367, Núcleo Industrial, Campo Grande/MS, o denunciado ELTON PEREIRA DA SILVA apropriou-se de 01 (uma) televisão da marca Sansung de 21 polegadas, avaliados em R$ 500,00 (quinhentos reais), pertencente à empresa vítima LPX AGROINDUSTRIA LTDA, de propriedade de FERNANDO PERÓ CORREA PAES, de que detinha a posse (...)" - grifos no original -*

Busca o recorrente a reforma do *decisum* hostilizado, pleiteando, em síntese, pela aplicação do princípio da insignificância, redução da pena-base e prequestiona dispositivos legais e infralegais.

O recurso deve ser provido.

É sabido que o princípio da insignificância, fundado nos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, orienta que a tutela penal deve ser aplicada somente quando forem ofendidos bens de valores relevantes à sociedade.

Destarte, cabe ao intérprete da lei penal delimitar o âmbito de abrangência dos tipos penais abstratamente positivados no ordenamento jurídico e excluir de sua proteção aqueles fatos que causaram ínfima lesão ao bem jurídico por eles tutelados.

O Supremo Tribunal Federal orienta que para a configuração do delito de bagatela, devem estar presentes de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) lesão jurídica inexpressiva.

No mesmo sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"(...) Segundo assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 98.152/MG, para a aplicação do princípio da insignificância devem ser levados em conta os seguintes vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.*
>
> *4. No caso, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a ser possível a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos - várias peças de roupa - foi no montante de R$ 252,00 (duzentos e cinquenta e dois reais), importância que está longe de*

configurar um indiferente penal.

5. Para desconstituir o afirmado pelas instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência essa vedada na via estreita do writ.

6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (RHC 37.889/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013).

No caso em tela, a conduta do réu, ora apelante, preenche todos os requisitos apontados como vetores objetivos para aplicação do princípio da insignificância.

Observa-se que não houve prejuízo para a empresa vítima, porquanto a televisão, a antena portátil, assim como o controle remoto, foram restituídos. Some-se a isso, não há potencialidade ofensiva na conduta do recorrente ou periculosidade social da sua ação.

Importante observar que "O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado ou à integridade da ordem social. Ordem deferida. (STF. HC 92.744/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 15/08/2008)".

Entendimento contrário, ofenderia o princípio da intervenção mínima, porquanto os direitos fundamentais da dignidade e liberdade humana somente podem ser restringidos no momento em que a conduta do indivíduo causar lesões significantes, ou seja, penalmente relevantes, frise-se, o que não se trata do caso em concreto.

Logo, impõe-se a absolvição do recorrente, ante a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO RELEVANTE AO PATRIMÔNIO DA VÍTIMA, BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. Quando constatada a inexistência de lesão relevante ao patrimônio da vítima, bem jurídico tutelado pela norma, é de ser absolvido o acusado por atipicidade da conduta. O princípio da insignificância é regra auxiliar de interpretação, que exclui do tipo os danos de pouca importância, como no caso dos autos, em que a Res furtivae é constituída de motor de veículo caracterizado já como "ferro velho", cuja posse permaneceu com o réu por mais de três anos em sua oficina mecânica, sem que a vítima tenha demonstrado interesse em retirá-lo. Objeto vendido por dez reais. Princípio da insignificância reconhecido. Apelo provido. (TJRS; ACr 14685-51.2013.8.21.7000; Cachoeira do Sul; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 17/07/2014; DJERS 01/08/2014)"

"APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. LEITURA DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELAS TESTEMUNHAS NA POLÍCIA ANTES DA AUDIÊNCIA EM JUÍZO. AFASTADA. CONFIGURADO O CRIME. PRESENTES A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO FATO DELITUOSO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ACOLHIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há nulidade processual o fato de magistrado, antes de inquirir as testemunhas, autorizar que estas tomem conhecimento das respectivas declarações prestadas na fase policial, especialmente se foi concedida, às partes, a oportunidade de formular indagações no âmbito da oitiva em juízo. A par disso,

nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Para que seja reconhecida nulidade, exige-se a comprovação do prejuízo, o que não ocorreu na espécie. 2. Estando certas a materialidade e a autoria delitiva, pelo conjunto probatório, é de rigor a condenação pela imputação do crime narrado na inicial acusatória. 3. O princípio da insignifcância relaciona-se com o fato típico, com a análise do desvalor da conduta e do resultado. O entendimento que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, com a admissibilidade desse princípio da insignifcância, não foi estruturado, no entanto, para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas impedir que desvios de condutas ínfmos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Pelo que se denota dos autos, o comportamento do apelante amolda-se à infração disposta no art. 168 do Código Penal (crime de apropriação indébita). No entanto, carece de tipicidade material. Não se olvide que o princípio da insignifcância tem aplicação a qualquer espécie de delito com ele compatível, o que ocorre in casu, com vistas ao caso concreto e suas especifcidades (condições pessoais do agente e da vítima, a extensão do dano, crime de médio potencial ofensivo). (TJMS; APL 0003901-85.2008.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 30/07/2014; Pág. 37)"

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, voto pelo provimento do recurso, a fim de absolver Elton Pereira da Silva, do crime previsto no artigo 168, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

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. 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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1401061-76.2015.8.12.0000 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES LICITATÓRIOS – PECULATO – MEDIDAS CAUTELARES – REVOGAÇÃO PARCIAL – AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

As medidas cautelares são provisórias e tem caráter de revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade, podendo ser revistas a qualquer tempo, devendo as mesmas serem adequadas e observarem o princípio da proporcionalidade.

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, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Halyson Rodrigo e Silva Souza, com pedido de liminar em favor da paciente Marcele Gonçalves Antônio, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Ribas do Rio Pardo, por ato praticado nos autos da Ação Penal 0801037-08.2014.8.12.041.

Para tanto, narra que "A paciente foi citada para responder a ação penal n. 0801037-08.2014.8.12.0041, que tramita na vara única da comarca de Ribas do Rio Pardo. Ocorre que, ao receber a inicial, o MM. Juiz de direito impôs as seguintes medidas cautelares à paciente: 1) Comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades; 2) Comparecimento a todos os atos processuais, tanto das investigações, quanto da fase judicial; 3) Proibição de aceso e frequência à Câmara de Vereadores e residência dos demais acusados e testemunhas arroladas nos autos, de forma direta ou indireta; 4) Recolhimento domiciliar no período noturno (das 19:00 às 06:00 horas), bem como nos dias de folga (domingos e feriados); 5) Proibição de se ausentar da Comarca por mais de 07 dias sem comunicação ao juízo, e de se ausentar do país enquanto durar a ação penal, devendo depositar em cartório seus passaportes de imediato; 6) Depósito de fiança nos valores acima fixados.

3. Na oportunidade, o d. Magistrado asseverou que (fls. 1000): Isto porque a gravidade dos fatos narrados e descritos nos autos... embora não justifique a imediata custódia cautelar de todos os envolvidos, por certo justifica a adoção de outras medidas, visando não somente garantir a aplicação da Lei Penal, mas também e ainda facilitar e garantir o bom andamento da instrução processual e mais, também o

ressarcimento dos cofres públicos em valor se não total, ao menos próximo dos montantes dele subtraídos. Referida decisão se baseou em pedido do Ministério Público no oferecimento da denúncia [...]".

Expõe que "a paciente não registra antecedentes, tem residente fixa e exerce atividade lícita", não havendo fundamentação idônea para imposição das medidas cautelares e ausentes os requisitos legais, havendo violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Entende que "as medidas cautelares impostas não guardam qualquer correlação com a conduta da paciente durante a investigação criminal, bem como, não há qualquer fato que aponte serem necessárias para a aplicação da lei penal".

Discorre sobre os requisitos da liminar.

Pugna pela concessão da liminar para suspender as medidas impostas à paciente e, no mérito, a concessão da ordem para revogar todas as medidas cautelares impostas, permitindo que a paciente responda ao processo em liberdade. Documentos de f.14-130.

Liminar parcialmente deferida pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, em substituição legal, às f.134-137.

Informações da autoridade apontada como coatora às f.140, com documentos de f.141-150.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.154-166 pela cassação da liminar parcialmente concedida e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Halyson Rodrigo e Silva Souza, com pedido de liminar em favor da paciente Marcele Gonçalves Antônio, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Ribas do Rio Pardo, por ato praticado nos autos da Ação Penal 0801037-08.2014.8.12.041.

Antes de adentrar no julgamento do *writ,* cumpre esclarecer que em maio/2013 foi instaurado pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Comarca de Ribas do Rio Pardo/MS inquérito para apurar possíveis irregularidades no âmbito da Câmara Municipal de referida comarca, em razão do Pedido de Providências formulado por João Alfredo Danieze, onde noticiava gastos exagerados, dispensa indevida de licitações, contratações de assessorias desnecessárias, número excessivo de cargos em comissão, desvio de dinheiro público e recebimento indevido de diárias para aumentar os ganhos mensais dos vereadores.

Diversas diligências foram realizadas, entre elas, medidas cautelares de interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário (Processo 0001814-60.2013.18.12.0041) e medida cautelar de busca e apreensão (Processo 000847-45.2014.18.12.0041).

Em 4 de novembro de 2014, foi realizada a chamada "Operação Viajantes", que ganhou projeção nacional, devido aos fatos apurados, sendo cumprindo mandados de busca e apreensão no prédio da Câmara Municipal, onde se logrou êxito em apreender inúmeros documentos com indicativos de desvio de verba pública para pagamento de prestação alimentícia, despesas em churrascarias, saques em dinheiro e/ou retiradas de produto para consumo particular, lavagem de dinheiro, contratações fraudulentas de empresas participantes do esquema remessa de dinheiro a empresário, entre outras.

Além das inúmeras diligências e reunião de acervo documental, foram presos preventivamente Adalberto Alexandre Domingues e Cleiton Gomes Teodoro, bem como, preso temporariamente Rinaldo da Rocha Nunes.

Foi apurado que a paciente Marcele, filha do contador da Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo-MS, Walter Antônio, é a representante legal da Famma Assessoria e Consultoria S/S LTDA – ME, que sagrou-se vencedora para realizar serviço contábil e financeiro para referida casa de leis.

Contudo, Walter Antônio tem amplos poderes para gerir a Famma Assessoria e Consultoria S/S LTDA, sendo que a sede da empresa é sua residência em Campo Grande-MS.

Em 5 de dezembro de 2014, o Ministério Público Estadual denunciou a paciente Marcele, entre outros, como incurso nas penas previstas para os delitos de Crimes Licitatórios - Art. 90, Lei 8.666/1993 (2 vezes), Peculato (Art. 312, Código Penal), observadas as regras do concurso de agentes (art. 29, Código Penal) e concurso material (Art. 69, Código Penal).

A Famma Assessoria e Consultoria S/S LTDA-ME foi denunciada como incursa nas penas previstas para os delitos de Crimes Licitatórios- Art. 90, Lei 8.666/1993 (2 vezes); Peculato (Art. 312, Código Penal), observadas as regras do concurso de agentes (art. 29, Código Penal) e concurso material (Art. 69, Código Penal).

Ao ofertar a denúncia, requereu o *parquet:* "6. Em relação aos denunciados Antonino Angelo Da Silva, Cacildo Pedro Camargo, Célia Regina Rodrigues Ribeiro, Cláudio Roberto Siqueira Lins, Diony Erick De Souza Lima, Fabiano Duarte Da Silva, Justino Machado Nogueira, Natanael Fernandes Godoy Neto, Rinaldo Da Rocha Nunes, Walter Antonio, Marcos Alberto Da Cruz, Marcele Gonçalves Antonio, Flávio César De Souza Freitas, Orgínio César De Medeiros Teixeira, requer sejam aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal. Em que se pese ter sido demonstrada a materialidade e os indícios fortes indícios do envolvimento dos denunciados nos graves crimes contra a Administração Pública, que deram azo ao desvio de mais de R$ 3,5 milhões, no caso em comento não há, a priori, a necessidade da decretação de medida cautelar extrema, em havendo outras medidas cautelares diversas da prisão, as quais podem ser aplicadas ao caso. Deste modo, as medidas autônomas deverão ser aplicadas para assegurar o trâmite escorreito da instrução criminal, para evitar a prática de novas infrações penais e garantir a ordem pública (art. 282, caput, CPP) Assim, o *Parquet* entende serem aplicáveis aos denunciados medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, consistentes no i) comparecimento mensal em juízo, pelo prazo que durarem a ação penal; ii) proibição de acesso ou freqüência à Câmara Municipal; iii) proibição de manter contato com as testemunhas ora arroladas, com o intuito de resguardar o trâmite da ação penal e das ações já ajuizadas; iv) e proibição de ausentar-se da comarca de Ribas do Rio Pardo/MS e/ou Campo Grande, pelo período superior a 7 (sete) dias, sem prévia comunicação e autorização judicial; v) pagamento de fiança no valor de R$ 3.000,00, acrescidos de juros e acréscimos legais, valor este tomado como parâmetro em relação aos denunciados Adalberto Alexandre, Cláudio Lins, Fabiano Duarte, Célia Regina, Justino Machado, os quais receberam diárias e não participaram do curso de Curitiba, locupletando-se indevidamente de tais valores. Tais medidas apresentam ser razoáveis ao caso em questão e poderão garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal e a ordem pública (f.326-327 da Ação Penal 0801037-08.2014.8.12.0041)".

A autoridade apontada como coatora deferiu as medidas cautelares pleiteadas pelo Ministério Público Estadual em decisão, ora combatida.

Primeiramente consigno que a decisão não viola o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Verifica-se que a autoridade apontada como coatora ao impôr as medidas cautelares substitutivas consignou o seguinte:

> *"02. Das medidas administrativas*
>
> *Em segundo lugar, é de se deferi a pretensão posta nos itens 02, 03 e 04 da cota ministerial (página 325 dos autos), de cunho administrativo e processual, necessárias para o escorreito andamento dos presentes.*
>
> *03. Da custódia cautelar*
>
> *[...]*
>
> *04. Das cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal*
>
> *Já quanto às medidas cautelares diversas da prisão, pleiteadas com espeque nos artigos 319, incisos I a IV do Código Penal, igualmente assiste sorte ao pedido do Ministério Público.*
>
> *Isto porque a gravidade dos fatos narrados e descritos nos autos, onde se vislumbra que o legislativo municipal fora tomado e dominado por organização criminosa, que desviou aproximadamente onze meses do valor total do duodécimo da Câmara em pouco mais de um ano e meio (3,5 milhões de reais), embora não justifique a imediata custódia cautelar de todos os envolvidos, por certo justifica a adoção de outras medidas, visando não somente garantir a aplicação da Lei Penal, mas também e ainda facilitar e garantir o bom andamento da instrução processual e mais, também o ressarcimento dos cofres públicos em valor se não total, ao menos próximo dos montantes dele subtraídos.*
>
> *Desta forma, sem prejuízo das outras medidas já fixadas em outros autos, os denunciados Antonino Ângelo da Silva, Célia Regina Rodrigues Ribeiro, Cláudio Roberto Siqueira Lins, Diony Erick de Souza Lima, Fabiano Duarte da Silva, Justino Machado Nogueira, Cacildo Pedro Camargo, Natanael Fernandes Godoy Neto, Walter Antonio, Rinaldo da Rocha Nunes, Marcos Alberto da Cruz, Marcele Gonçalves Antonio, Flávio César de Souza Freitas e, Orgínio César de Medeiros Teixeira deverão cumpri as medidas cautelares consoante abaixo explicitadas, sob pena de lhes ser decretada a custódia cautelar.*
>
> *Em primeiro lugar, por óbvio há de ser vedado o contato (direto ou por interposta pesoa) com os demais investigados, assim como com as testemunhas apontadas pelo Ministério Público, obstruindo-se com isto eventual interferência no rumo das investigações.*
>
> *Haverá ainda a obrigação de comparecer a todos os atos processuais, garantindo-se a sequencia da instrução criminal, comparecendo periodicamente em juízo para informar e justificar suas atividades.*
>
> *Para tanto, também deverão os representados se manterem afastados tanto da Câmara Municipal quanto da residência dos demais investigados e testemunhas.*
>
> *De sorte a garantir também a sua imediata localização, haverão também os investigados de se recolherem domicilarmente no período noturno e nos dias de folga, em seus endereços residenciais a serem fornecidos no ato da citação, ficando vedada sua ausência da Comarca onde residem por mais de 07 dias sem comunicação ao juízo, e vedada sua saída do país enquanto durarem as investigações e a ação penal, devendo depositarem de imediato seus passaportes em cartório.*

Já no atinente à fiança, para esta há de se considerar a gravidade e alta lesão ao patrimônio público dos crimes em investigação, assim como a condição econômica dos denunciados, de sorte a ter o impacto financeiro necessário à medida coercitva, sem prejuízo das outras já fixadas.

[...]

Já no atinente aos empresários Cleiton Gomes Teodoro,Marcos Alberto da Cruz, Marcele Gonçalves Antonio, Flávio César de Souza Freitas e, Orgínio César de Medeiros Teixeira, arbitro a fiança em R$ 5.000,0 (cinco mil reais).

[...]

A todos os acusados, à exceção daqueles que presos e encontram, determina-se ainda o obedecimento das seguintes condições:

1) Comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades;

2) Comparecimento a todos os atos processuais, tanto das investigações, quanto da fase judicial;

3) Proibição de acesso e frequência à Câmara de Vereadores e residência dos demais acusados e testemunhas arroladas nos autos, de forma direta ou indireta;

4) Recolhimento domiciliar no período noturno (das 19:00 às 06:00 horas), bem como nos dias de folga (domingos e feriados);

5) Proibição de se ausentar da Comarca por mais de 07 dias sem comunicação ao juízo, e de se ausentar do país enquanto durar a ação penal, devendo depositar em cartório seus passaportes de imediato;

6) Depósito de fiança nos valores acima fixados"

Verifica-se que a decisão foi fundamentada, principalmente na necessidade de se garantir a instrução criminal e para evitar novas infrações, restando examinar a pertinência e adequação das medidas cautelares impostas.

As medidas cautelares são provisórias e tem caráter de revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade, podendo ser revistas a qualquer tempo.

Contudo, as mesmas devem ser adequadas, além de haver a proporcionalidade das medidas aplicadas.

No caso concreto, a paciente Marcele é acusada de formação de vários delitos contra a Administração Público e aplicadas as seguintes medidas. (f.122-123):

Proibição de acesso e frequência à Câmara de Vereadores e residência dos demais acusados e testemunhas arroladas nos autos, de forma direta ou indireta.

A proibição de acesso e frequência à Câmara de Vereadores de Ribas do Rio Pardo-MS é medida adequada ao caso concreto, tendo em vista que a paciente é filha do contador da referida casa, bem como, representante legal de empresa que venceu certame licitatório apontado como fraudulento, que teve contrato suspenso, nos autos da Ação Civil Pública 0800954-89.2014.8.12.0041.

Atrelada a tal medida está a proibição de se comunicar com os demais acusados e testemunhas, medida que está dentro do poder geral de cautela do juiz, pois tal imposição está correlacionada com os fatos apurados, bem como, busca-se zelar pelo bom andamento da instrução criminal.

Esclarece Aury Lopes Júnior[1] que " a situação é melhor circunscrita [...] na medida em que a proibição tem um objeto de tutela mais claro: uma pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha e até mesmo coautor do crime, mas sempre alguém individualizado"

A autoridade apontada como coatora individualizou que Marcele não pode manter contato com nenhuma testemunha e com os demais acusados.

Contudo, é desproporcional a proibição de se comunicar e manter contato com seu genitor, o corréu Walter Antônio, pois implica em interferência na dinâmica familiar, bem como, na Ação de Improbidade Administrativa 0800954-89.2014.8.12.0041 que ambos residem à Rua Dr. Sebastião José Machado, nº 429-Vila Bandeirantes, em Campo Grande – MS.

Comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades

Comparecimento a todos os atos processuais, tanto das investigações, quanto da fase judicial

O comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades também é pertinente ao caso, para controle e acompanhamento do paciente, bem como o comparecimento a todos os atos processuais e da investigação, para o bom andamento da instrução criminal.

Recolhimento domiciliar no período noturno (das 19:00 às 06:00 horas), bem como nos dias de folga (domingos e feriados)

Tal medida deve ser revogada, pois não guarda pertinência com o caso concreto.

É que a paciente Marcele, que é primária e portadora de bons antecedentes, não é acusada da prática de nenhum delito praticado no período noturno, finais de semana e dias de folga que justifique tais imposições.

Não há razões e justificativa idônea para a limitação de fim de semana.

Proibição de se ausentar da Comarca por mais de 07 dias sem comunicação ao juízo, e de se ausentar do país enquanto durar a ação penal, devendo depositar em cartório seus passaportes de imediato.

A proibição de se ausentar do país enquanto durar a ação penal, devendo depositar em cartório seu passaporte, de imediato é desmedida.

É que o passaporte é um documento pessoal e, em uma análise dos autos da Ação Penal 0801037-08.2014.8.12.0041 não há qualquer indício de que a paciente Marcele tentou empreender fuga ou, ainda, que pretende frustar a aplicação da lei penal.

Portanto, tal medida se revela desmedida, pois *" A imposição de medida cautelar prevista no artigo 320 do código de processo penal, relativa a retenção de passaporte, limita o direito de ir e vir do paciente e exige fundamentação que justifique sua necessidade.* (TRF 1ª R.; HC 0033162-30.2014.4.01.0000; MG; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro; DJF1 12/09/2014; Pág. 1038)"

1 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, 9 ed,, p.858.

Outrossim, como acima exposto o paciente não demonstrou nenhum ato no sentido de que pretende frustra-se à aplicação da lei penal para que se imponha a *"Proibição de se ausentar da Comarca por mais de 7 dias sem comunicação ao juízo"*.

Registre-se ainda que os bens de Marcele foram declarados indisponíveis, até o limite de R$ 138.000,00 no Processo 0800954-89.2014.8.12.0041

6) Depósito de fiança nos valores acima fixados" (R$ 5.000,00)

De acordo com Aury Lopes Júnior[2], *"A Lei n.12.403/2011 revitalizou a fiança e, principalmente, estabeleceu um vasto campo de aplicação e possibilidade de fixação de valores elevados, suficientes para, á luz da gravidade do crime e das condições econômicas do imputado, minimizar os riscos de fuga. Valores elevados não apenas desestimulam a fuga, mas principalmente, criam uma situação econômica completamente desfavorável, dificultando muito que o imputado tenha condições financeiras para fugir e se manter assim por longos períodos. Ademais, a fuga dará causa ao perdimento da integralidade do valor [...]"*.

No caso concreto, o depósito de fiança também é medida adequada , pois, além de não ser valor exorbitante (R$5.000,00) assegura o comparecimento da paciente ao processo e, ainda, evita qualquer obstrução ao bom andamento do mesmo e minimiza o risco de fuga, considerando que os bens de MARCELE encontram-se indisponíveis.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo parcialmente a ordem para revogar as seguintes medidas cautelares impostas a Marcele Antônio, no Processo 0801037-08.2014.8.12.0041:

> *"Recolhimento domiciliar no período noturno (das 19:00 às 06:00 horas), bem como nos dias de folga (domingos e feriados) e Proibição de se ausentar da Comarca por mais de 07 dias sem comunicação ao juízo, e de se ausentar do país enquanto durar a ação penal, devendo depositar em cartório seus passaportes de imediato", bem como, para permitir o acesso e contato com o corréu Walter Antônio, sem prejuízo de imposição de novas medidas restritivas pelo juízo de origem.*

Comunique-se à origem para a devolução imediata do passaporte de Marcele Antônio.

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. 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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

***

2 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, 9 ed,, p. 896.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001839-62.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE OITIVA DAS VÍTIMAS EM AMBAS AS FASES – AMEAÇA – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

Absolve-se o agente da prática do delito de violação de domicílio, uma vez que como sua ex-companheira estava visitando seus pais, estes são os titulares do direito violado e, no caso concreto não foram ouvidos em nenhuma fase do processo, havendo dúvidas se havia ou não permissão para entrada de terceiro na residência.

O delito de ameaça não é configurado quando a vítima não dá crédito à mesma, achando tudo *"normal"*.

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, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal (f. 213-218) interposta por M. S. N. condenado pela prática pela prática de ameaça e violação de domicílio, à pena 2 meses e 20 dias de detenção, sendo aplicada a detração, restando 23 dias de pena a serem cumpridas no regime aberto e, ainda, aplicada a suspensão condicional do processo (189-196).

Para tanto, afirma que não há provas que amparem a condenação, pois sua ex-companheira deseja prejudicá-lo com inverdades. Aduz que conseguiu comprovar que no dia dos fatos estava em outra cidade, além de ser pessoa honesta e trabalhadora. Pugna pela sua absolvição.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.221-225) e da vítima L. C. C. (f.240-248) pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.261-270) no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal (f.213-218) interposta por M.S.N. condenado pela prática pela prática de ameaça e violação de domicílio, à pena 2 meses e 20 dias de detenção, sendo aplicada a detração, restando 23 dias de pena a serem cumpridas no regime aberto e, ainda, aplicada a suspensão condicional do processo (189-196).

Extrai-se dos autos que M. conviveu com L. C. C., tendo um filho em comum, e, após a separação, L. requereu medidas protetivas de urgência por ter sido ameaçada por M. (0047256-72.2013.8.12.0001 - Medidas Protetivas de Urgência), sendo este proibido de se aproximar e manter contato com sua ex-companheira, sendo intimado das mesmas em 10 de dezembro de 2013.

Em 14 de dezembro de 2013 a guarnição policial foi acionado e prendeu M. em flagrante, por volta das 19h30, em frente à casa dos genitores de L. na Rua Assaré, 778 - Jardim Morenão, em Campo Grande - MS, sendo que o mesmo já havia pulado o muro da residência e ameaçado sua ex-companheira de morte.

Na fase policial, Henrique Lopes, policial militar, disse que atendeu a ocorrência, sendo que L. relatou que tinha medidas protetivas, mas M. foi até a casa de seus pais, ameaçando-os ao dizer "'Eu vou matar você e toda sua família'" e pulou o muro para adentrar no quintal e agredir seu genitor, de 63 anos, momento que jogou uma pedra no mesmo. Disse que encontraram M. na calçada da residência , caído, aparentemente simulando um desmaio, sem lesões. Contou que M. negou ter ameaçado a vítima e resistiu à prisão (f.07-08).

Em juízo, Henrique Lopes contou que M. estava caído na calçada e pela vítima relatado que o mesmo havia entrado na casa para tentar agredir o pai dela e proferir ameaças.

O patrulheiro Wellington Rolao Borges da Silva, na Delegacia de Polícia, afirmou que encontraram M. caído na calçada da casa onde estava L., simulando um desmaio e esta relatou que o mesmo a ameaçou de morte e tentou agredir seu genitor (f.10).

Na fase judicial, Wellington Rolao Borges da Silva disse que M. estava bem agitado, aparentemente embriagado, desferindo palavras para tentar agredir a vítima, que disse que foi ameaçada.

A vítima L., na fase extrajudicial, narrou que estava na casa de seus, quando M. chegou para pegar o filho B., que não quis ir com o mesmo, sendo que o apelante começou a gritar que iria matá-la, bem como, matar seus genitores. Afirmou que após as ameaças M. pulou o muro da residência e avançou em direção a seu genitor, para agredi-lo, tendo jogado uma pedra e atingido a cabeça de M. Contou que quando a guarnição policial chegou, M. estava na calçada da residência (f.12).

L., em juízo, afirmou que estava na residência de seus genitores e M. chegou para pegar B., que se recusou a ir, tendo discutido com o mesmo na frente de casa. Disse que M. tinha pulado o muro para tentar fazê-la engolir o papel da medida protetiva e seu pai entrou na frente, sendo que as ameaças de morte não são novidade. Afirmou que M. foi embora e voltou, havendo uma discussão na frente da casa de seus pais.

M., na Delegacia de Polícia, negou ter ameaçado L., disse apenas que foi buscar seu filho B. e ficou conversando no portão, quando chegou L. e arremessou uma pedrada em sua cabeça, tendo desmaiado. Afirmou que não desobedeceu ordem judicial, pois L. não reside com os pais (f.14).

Em juízo, M. relatou que ligou para B. e o mandou ir para casa de sua genitora e L. proibiu, tendo dificuldades em ver e falar com seu filho. Disse que foi buscar B. e estava conversando com seu ex-sogro e

L. começou a jogar pedra, tendo uma acertado sua cabeça e caído no chão, não tendo entrado na casa e nem proferido ameaças. Afirmou que não sabia da existência das medidas protetivas.

Quanto ao delito descrito no artigo 150, do Código Penal a absolvição é medida que se impõe.

Prevê referido artigo o seguinte:

> *Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:*
>
> *Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.*

Esclarece Luiz Régis Prado[1] que referido artigo "tutela-se a liberdade individual, no particular aspecto da inviolabilidade do domicílio. [...] *Sujeito passivo* é o morador- que pode permitir ou impedir a entrada ou permanência de outrem em seu domicílio -, seja ele proprietário, locatário, possuidor legítimo, etc. A titularidade do direito de inclusão/exclusão adquire relevo quando existe mais de um morador. Faz-se necessário, então analisar dois regimes importantes: de de subordinação e o de igualdade. No regime de *subordinação,* há uma relação hierárquica entre os diversos moradores. Cabe ao superior – ou a alguém por ele designado, de modo expresso ou tácito – permitir ou não o ingresso ou permanência de estranho [...] Em se tratando de residência familiar, compete aos cônjuges a titularidade do direito de proibição, que, na sua ausência, é exercido por seus dependentes ou subordinados. [...] Sob o regime de *igualdade* , pertence a todo os moradores o direito de inclusão /exclusão".

No caso concreto não há provas que amparem a condenação por uma razão simples, qual seja, os moradores da residência, proprietários do domicílio violado, localizada na Rua Assaré, 778- Jardim Morenão, em Campo Grande-MS, não foram ouvidos em nenhuma fase do processo.

Consigne-se que L. deixou claro , em ambas as fases, que não reside em tal local, sendo residência de seus genitores, informando residir á Rua Divino da Fonseca , 26- Bairro Jardim Morenão, em campo Grande-MS (f.12/17), local onde foi intimada (f.113/134)

Aliás, o policial militar Henrique Lopes, na Delegacia de Polícia, consignou que *"o depoente informa que o pai da vítima não compareceu a esta unidade policial"* (f.08).

Destaca-se que a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal cabe ao Ministério Público fazer a prova acerca das imputações feitas a M., sendo que a palavra de L., no caso concreto, não basta para uma condenação, uma vez que não residia no referido imóvel.

Em relação à ameaça, M. também deve ser absolvido.

De acordo com L. as ameaças foram presenciadas por seus genitores e, em juízo, "por toda vizinhança", mas nenhuma testemunha foi arrolada.

Outro fato que não passa desapercebido que, além da narrativa de L. na fase judicial não ser muito condizente com a narrada na Delegacia de Polícia, a mesma foi enfática ao dizer em juízo que "meu filho não queria mais ficar com ele [...] ele me ameaçou [...] não, ah, isso aí de ameaça pra mim não era nem novidade mais [...] tentou passar em cima de mim com o carro, normal, para mim não era novidade".

Sobre a ameaça Celso Delmanto[2] esclarece que "ameaçar significa procurar intimidar, prometer malefício. [...] Predomina - a nosso ver acertadamente - o entendimento de que a ameaça precisa ser idônea

1 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: RT, 2014, p. 346-347, v. 4.

2 DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 7.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 428.

e séria; daí as decisões no sentido de que o delito não se configura quando a ameaça é feita: a) em momento de cólera, revolta ou ira; b) em estado de embriaguez; c) quando a vítima não lhe dá maior crédito. Como escreve Agnes Cretella, a ameaça deve ser 'realizável' verossímil e não fantástica ou impossível."

No mesmo sentido, a doutrina de Cézar Roberto Bittencourt[3] "a ameaça para constituir crime tem de ser idônea, séria e concreta, capaz de efetivamente impingir medo à vítima; quando a vítima não lhe dá crédito, falta-lhe potencialidade lesiva, não configura o crime, consequentemente."

Verifica-se pela narrativa acima que L. não deu crédito à ameaça, pois disse que era normal.

Em nenhum momento na fase judicial L. disse que havia ficado com medo das ameaças proferidas, fato que também ocorreu na Delegacia de Polícia.

Outrossim, constata-se que à época dos fatos as partes viviam situação de conflito, havendo dúvidas, uma vez que M. afirma que L. não deixava ver o filho B.

Por seu turno, L. disse que B. não queria ver M..

Colhe-se do Relatório Psicológico do Processo 0804410-70.2014.8.12.0001 - Regulamentação de Visitas o seguinte: "B. rememorou muitas brigas entre os genitores, com agressões verbais e físicas, além do consumo excessivo de bebida alcóolica por ambos. Descreveu diversas discussões violentas entre o ex-casal , exemplificando que a genitora ameaçou Sr. M. com uma faca e B. interviu; noutra Sra. L. quebrou a janela do caminhão do Sr. M. ao arremessar uma pedra, quando chegavam de viagem, iniciando briga sendo necessário chamar vizinhos.[...] Sr. M. declarou que o filho não quer falar da genitora e dos avós maternos, mencionando que estes não gostam da criança [...]. B. rememorou que sofria agressões da genitora (cinto, vara, pau, segurar moeda quente), ressaltando que já quebrou o braço, enquanto desvincilhava-se das agressões da genitora (ainda assim apanhou) e, noutra oportunidade, ficou inconsciente após ser espancado com um pedaço de pau. Contou que o genitor tentava lhe defender, mas também era agredido".

Desta forma, não há nos autos provas que sustentem uma condenação pela prática do crime de ameaça, uma vez que a palavra da vítima, no caso concreto, não é firme o bastante para amparar a condenação.

Por oportuno:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RECURSO DEFENSIVO. AMEAÇA. CONFLITO ENTRE AS PARTES. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. Tendo em vista que as partes estavam em intenso conflito pela separação e pela disputa das guardas da filha, bem como, vítima e informante, inicialmente, sequer se lembravam do fato, absolve-se o réu com base no princípio in dubio pro reo.* (TJMS; APL 0012316-15.2012.8.12.0002; Dourados; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 09/10/2014; Pág. 22)
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA NA AMBIÊNCIA DOMÉSTICA CP, ART. 147 C/C LEI N. 11.340/06, ARTS. 5º, III E 7º, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. Pedido de absolvição por insuficiência de provas e dúvida quanto à autoria. Tese acolhida. Depoimentos inseguros e contraditórios da vítima. Ausência de lastro probatório da sua versão. Incerteza a beneficiar o réu. Recurso conhecido e provido.* (TJSC; ACR 2014.062038-6; São Carlos; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Getúlio Corrêa; Julg. 15/10/2014; DJSC 22/10/2014; Pág. 340)

3 BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2 p.462.

Frise-se que na lição de Fernando de Almeida Pedroso, *"A sentença de conteúdo condenatório exige, para sua prolação, a certeza de ter sido cometido um crime e de ser o acusado o seu autor. A menor dúvida a respeito acena para a possibilidade de inocência do réu, de sorte que a Justiça não faria jus a essa denominação se aceitasse, nessas circunstâncias, um édito condenatório, operando com uma margem de risco - mínima que seja - de condenar quem nada deva. Quando se tem presente, salientou Malatesta, que a condenação não pode basear-se senão na certeza que culpabilidade, logo se vê que a credibilidade razoável - também mínima - da inocência sendo destrutiva da certeza da culpabilidade, deve, necessariamente, conduzir a absolvição"*[4].

Ante o exposto, dou provimento ao apelo de M. S. N. para absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 150, do Código Penal, narrada na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e ao artigo 147, do Código Penal, narrada na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

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. 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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

***

4 *in* **Prova penal: doutrina e jurisprudência**, 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.

1ª Câmara Criminal
Recurso Em Sentido Estrito n. 0001753-75.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRESENTES TODOS OS REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO.

Não se justifica a movimentação da máquina judiciária a julgar a subtração de energia elétrica quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza.

No caso, mostram-se simultaneamente presentes todos os vetores necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância, eis que evidenciado o pequeno valor do bem furtado (60kwh de energia) ante a capacidade financeira da vítima (ENERSUL); não há notícias nos autos de que seja o Recorrido portador de maus antecedentes; o crime não envolve violência ou grave ameaça à pessoa; inexiste desfalque patrimonial pois a dívida no valor de R$ 743,53 (setecentos e quarenta e três reais e cinquenta e três centavos) foi quitada em fevereiro de 2014.

Contra o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 9 de dezembro 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 Vara Criminal de Naviraí que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Mauro de Campos, aplicando o princípio da insignificância.

O "Parquet", em suas razões recursais, sustentada que o Recorrido foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 155, § 3º, do CP *(furto de energia elétrica)*, estimando-se que o valor do prejuízo da vítima seria de R$ 742,53.

Pondera que, ao contrário do constante na decisão impugnada, o valor da "res furtiva" não seria irrisório ou inexpressivo e que, embora a empresa lesada seja abastada em recursos econômicos, não se pode perder de vista que milhares de condutas iguais à imputada ao Recorrido implicam em prejuízo de alta monta, descabendo estimulá-las pelo afastamento da atuação do Direito Penal em concreto.

Aduz que, "esse ilícito ser torna a cada dia mais praticado" e "se não houver sequer possibilidade de processar criminalmente um caso tão precisamente individualizado, como o desta acusação, isso terá implicações desastrosas quanto ao controle da criminalidade patrimonial".

Assim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja determinado o recebimento da denúncia e a instauração da ação penal (f. 30/70).

O Recorrido, em contrarrazões de f. 79/86, alega que a conduta supostamente praticada não causou lesão ao bem jurídico capaz de justificar a instauração da ação penal, vez que o o prejuízo sofrido pela empresa de energia elétrica foi indenizado por ele, inclusive a vítima teria oferecido desconto ao acusado que efetuou o pagamento à vista dos valores devidos. Então, requer que seja mantida a decisão recorrida.

Exercendo juízo de retratação, o magistrado "a quo" manteve a decisão pelos próprios fundamentos (f. 100).

Instada a manifestar-se, a Procuradoria Geral de Justiça argumenta que a irrelevância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico tutelado, mas pela extensão da lesão produzida e, no caso, há uma subtração patrimonial no valor de R$ 742,53, quantia que não pode ser considerada ínfima, razão pela qual opinou pelo provimento recursal (f. 80/94).

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 Vara Criminal de Naviraí que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Mauro de Campos, aplicando o princípio da insignificância.

Colhe-se dos autos que o Mauro de Campo foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 155, § 3º, do CP *(furto de energia elétrica)*. Extrai-se da denúncia a seguinte situação fática (f. 01/04):

> *"(...) Segundo consta dos inclusos autos de Inquérito Policial, entre os meses de setembro de 2011 e fevereiro de 2012, no estabelecimento comercial denominado Churrascaria Gaúcha, anexo ao Posto Morumbi, localizado na Rodovia BR163 km 8, neste município e comarca, o denunciado MAURO DE CAMPOS ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, subtraiu, para si ou para outrem, energia elétrica (conforme Laudo de Exame Pericial de fls. 08-12).*
>
> *Infere-se dos autos que funcionários da empresa Enertec, a qual presta serviços para a empresa fornecedora de energia elétrica, ENERSUL, procederam à uma inspeção de rotina no endereço acima descrito e ao vistoriarem o medidor, constataram que o neutro de entrada solto, bem como violação do lacre da tampa da caixa do medidor, caracterizando assim desvio intencional de energia.*
>
> *Diante de tais irregularidades, o consumo de energia elétrica era um, porém, os marcadores adulterados registravam outro, fazendo incidir sobre tal comércio quantia a ser paga inferior àquela realmente consumida.*
>
> *Insta salientar que, com tal manobra ilícita, a empresa de energia elétrica teve um prejuízo de aproximadamente R$ 742,53 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e três centavos), conforme consta dos documentos de fls. 41-42.*

Às fls. 08-12 encontra-se o Laudo Pericial em Medidor de Energia Elétrica, que concluiu que o medidor de energia instalado no referido endereço, apresentava adulterações com manuseio, sendo constatado irregularidade no medidor que estava com o neutro solto, não sendo registrado o consumo dos aparelhos ligados na corrente 110 volts, alterando a medição da energia realmente consumida, caracterizando, assim, o desvio de energia elétrica da concessionária sem a devida quantificação do consumo.(...)

Ao analisar a exordial acusatória, o magistrado, com fundamento no artigo 395, inciso III, do CPP rejeitou a denúncia aplicando o princípio da insignificância. A decisão

"(...) Em que pese o fato descrito na denúncia estar enquadrado em nosso ordenamento jurídico como ilícito penal, tenho que a denúncia não deve ser recebida ante a ausência de justa causa para agir, atrelado ao Princípio da Intervenção Mínima.

O Direito Penal deve se preocupar somente com as hipóteses em que há violação ou grave ameaça aos bens jurídicos fundamentais tutelados pelo Estado, não com bagatelas, daí seu caráter de subsidiariedade com relação aos demais ramos do Direito.

No caso em tela não há que se falar em lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, vez que o prejuízo advindo da suposta conduta do denunciado é mínimo, sendo um valor irrisório perante a grande empresa concessionária de energia elétrica, Enersul.

Para se ter uma ideia, o Grupo Rede Energia, que controla nove distribuidoras de energia elétrica no país, possui uma receita anual de mais de 7,5 bilhões de reais, sendo uma delas, a concessionária do Estado, Enersul, teve uma receita operacional líquida no ano de 2012, de mais de 1,5 bilhão de reais, conforme consta de seu relatório de responsabilidade socioambiental, disponível no site www.enersul.com.br.

Assim, não há que se falar em necessidade de pronta intervenção do Estado por meio de seu remédio sancionador extremo, como é tido o Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima, premissa da qual adveio o princípio da insignificância, surge justamente para evitar situações teratológicas que, a bem da verdade, desvirtuam por completo a própria finalidade do Direito Penal – proteger bem jurídicos fundamentais para a convivência social. Serve-se o princípio da insignificância, portanto, como eficiente mecanismo de interpretação dos tipos penais, analisando-se o conteúdo material do delito, e não apenas seu aspecto formal.

Em outras palavras, o delito deve ser analisado não só sob o aspecto da adequação típica formal (conduta humana voluntária que tenha produzido um resultado naturalístico, havendo um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado produzido e uma adequação típica), mas também sob o aspecto de sua adequação material, de cunho valorativo, a fim de aferir a sua efetiva lesividade ao bem jurídico penalmente protegido pela norma (valoração do resultado) e a valoração da conduta do agente.

Enfim, o fato descrito na denúncia, consoante a aplicação do princípio da insignificância, é considerado atípico e não merece ser objeto de apreciação jurisdicional. Sem dúvidas, existem casos muito mais importantes para que a atenção jurisdicional seja atraída.

Ante o exposto, inexistindo conduta típica a ser apreciada, o que revela a ausência de justa causa para o aforamento da ação penal, rejeito a denúncia ofertada em desfavor de Mauro de Campos, devidamente qualificado nos autos, o que faço com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Às baixas, intimações e registros necessários.

Oportunamente, arquive-se. (...)".

Irresignado com a decisão, o Órgão Ministerial pondera que o valor da *res furtiva* não seria irrisório e que, embora a empresa lesada seja abastada em recursos econômicos, não se pode perder de vista que milhares de condutas iguais à imputada ao Recorrido implicam em prejuízo de alta monta, descabendo estimulá-las pelo afastamento da atuação do Direito Penal em concreto. Assim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja determinado o recebimento da denúncia e a instauração da ação penal (f. 30/70).

Pois bem, é sabido que a aplicação do princípio da insignificância deve ser criteriosa e cautelosa, norteada por um exame de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo as circunstâncias do caso e, *in casu*, entendo que se aplica a figura do crime de insignificância/bagatela, que exclui a tipicidade do tipo penal. Explico:

O Direito Penal é instrumento de controle social a ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, somente quando todos os demais mecanismos sejam insuficientes para equacionamento do problema, devendo ser reservado àqueles fatos que trazem repercussão coletiva.

Não é o presente caso, porque o delito que teria sido praticado pelo Recorrido, é o de furto de energia elétrica (art. 155, §3º, do CP), quantidade aproximada de 60 Kwh (f. 40), totalizando R$ 743,53 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e três centavos). Valor esse incapaz de gerar repercussão econômica no patrimônio da vítima (Enersul), razão pela qual deve ser considerado o princípio bagatelar, que arreda da conduta do agente a tipicidade capaz de justificar seu ingresso na órbita do interesse punitivo do Estado.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, vêm reiteradamente decidindo que para que se reconheça o princípio da insignificância, faz-se necessário que a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma seja mínima, ou nenhuma.

Para que se declare a atipicidade da conduta, devem ser averiguados os seguintes aspectos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O valor total da res furtiva ou o efetivo prejuízo da vítima não devem ser os únicos parâmetros para a análise da lesividade da conduta.

No presente caso, além da ausência de prejuízo da vítima (vez a dívida foi quitada) e de ser relativamente pequeno o valor do bem furtado (60kwh de energia) ante a capacidade financeira da vítima, os demais vetores necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância mostram-se simultaneamente presentes. Vejamos:

Não se tem notícias nos autos que o Sr. Mauro de Campos seja portador de maus antecedentes.

O crime não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, tampouco houve repercussão social relevante**.**

O valor da *res furtiva* foi avaliada em R$ 743,53 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e três centavos), valor irrisório para empresa concessionária de energia elétrica, Enersul, que "teve receita operacional líquida no ano de 2012, de mais de 1,5 bilhões de reais".

Além de inexistir desfalque patrimonial significante, existem meios para a cobrança dos valores não pagos, quando então, se bem sucedida, nem sequer poderá se falar em prejuízo à vítima. No caso, realmente

não há prejuízo a ser reparado, eis que a dívida referentes aos 60kwh foi quitada em fevereiro de 2014, conforme consta de f. 88.

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.

Assim, por analogia *in bonam partem*, aplica-se o disposto no art. 34 da Lei 9249/95 e as regras contidas na Lei 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.

> *"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 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."*

Assim, ainda que afastássemos o princípio da insignificância (o que não é caso), motivo outro impede o prosseguimento da ação penal uma vez houve o pagamento integral do "quantum" devido, com a quitação da dívida, o que, extingue a punibilidade do crime.

Confira-se, nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. (...) FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA (ARTIGO 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ACORDO CELEBRADO COM A CONCESSIONÁRIA. PARCELAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA SUBTRAÍDA. ADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS 9.249/1995 E 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *1. 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. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal n. 201221290048***.** (STJ. HC: 252802. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 03/10/2013)
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. VÍTIMA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.*

1. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais.

2. In casu, pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal.

3. Recurso provido para, reformando o acórdão recorrido, trancar a ação penal n. 0004217-96.2008.8.19.0068 (2008.068.004225-2), da 2.ª Vara da Comarca de Rio das Ostras/RJ. (STJ. RHC 27360 / RJ. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Sexta Turma. Julgado em 21/08/2012)

Assim, acertada a decisão impugnada, que, apesar de reconhecer a tipicidade formal da conduta à prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, assentou não haver justa causa para a persecução penal de conduta materialmente atípica.

Não justifica a movimentação da máquina judiciária a julgar a subtração de energia elétrica quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, não sendo razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz sejam provocados para punir uma conduta causadora de lesão tão ínfima, que inclusive já foi resolvida na seara civil, eis que o montante devido já pago pelo Recorrido.

Assim os seguintes julgados deste Tribunal.

RECURSO EM SENTIDO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Presente os vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância, vale dizer, 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, impõe-se a manutenção da rejeição da denúncia. (TJMS. RESE 0002771-34.2012.8.12.0029. Rel. Des. Manoel Mendes Carli. 2ª Câmara Criminal. Julgado 10/03/2014).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – IMPROCEDÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não justifica a movimentação da cara e abarrotada máquina judiciária a subtração de energia elétrica em montante irrisório e que pode ser cobrado por outros meios não penais. Cuida-se de fato que dispensa a insurgência punitiva, ultima ratio da interferência controladora estatal.

Recurso não provido, contra o parecer. (TJMS. RESE 0000744-78.2012.8.12.0029. Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 28/07/2014).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PARCELAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA SUBTRAÍDA - ACORDO CELEBRADO COM A CONCESSIONÁRIA - REPARAÇÃO DO DANO - EXTINÇÃO DA

PUNIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL RECURSO PROVIDO.

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 in bonam partem, aplica-se o disposto no art. 34 da Lei 9249/95 e as regras dispostas na Lei n. 10.684/2003, que trazem a extinção da punibilidade, respectivamente, em virtude do pagamento espontâneo do valor do tributo devido, no caso de crime contra a ordem tributária, se realizado antes do recebimento da denúncia, o que ocorre na hipótese, porquanto o recorrente celebrou acordo com a empresa concessionária de energia elétrica do estado - ENERSUL S.A -, parcelando o débito decorrente de furto de energia elétrica. Declara-se a extinção da punibilidade do réu ante a falta de justa causa para a persecução penal. CONTRA O PARECER PROVIDO. (TJMS. RESE 0008804-24.2012.8.12.0002. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 1º Câmara Criminal. Julgado em 01/09/2014).

HABEAS CORPUS – FURTO DE ENERGIA – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – VALOR DA CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO QUE POSSUI NATUREZA DE PREÇO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – PAGAMENTO DO QUANTUM APURADO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

O pagamento do valor estipulado como contraprestação pelo fornecimento de serviço público essencial – energia elétrica – antes do oferecimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade, sob pena de violação ao princípio da isonomia, visto que as disposições contidas na Lei 9.249/1995 e na Lei 10.684/2003 prevêem a extinção da punibilidade nos crimes contra ordem tributária quando há o pagamento do débito fiscal. Ordem concedida para trancar a ação penal. (TJMS. Habeas Corpus 1405882-60.2014.8.12.0000. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 28/07/2014).

Trata-se de fato que dispensa a insurgência punitiva, vez que não se justifica a movimentação da máquina judiciária a subtração de energia elétrica em montante que, apesar de não ser irrisório, pode ser cobrado por outros meios que não penais, como de fato foi, tanto é que a dívida foi quitada em fevereiro de 2014, conforme consta de f. 88.

Ausente a potencialidade lesiva à ordem social ou econômica, descabida a aplicação da Lei Penal.

Do prequestionamento

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo a decisão que, pela aplicação do princípio da insignificância, rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Mauro de Campos.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

De acordo com o voto da Relatora.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Não se pode olvidar que a ordem constitucional outorgou ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, como sintetiza o Min. Gilmar Mendes, calcado na doutrina alemã:

> *"Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção (...) também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (...) pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (...) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas (...)"*[1]

Portanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação indiscriminada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), o qual deve se harmonizar com esse dever de proteção estatal, cuja essência reside no combate à impunidade.

No ponto, relembro a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, no sentido de que:

> *"a insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada."*[2]

O Supremo Tribunal Federal reafirma a tese em questão, ao descrever que *"a aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige, além da pequena expressão econômica dos bens que foram objeto de subtração, um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente."*[3]

In casu, o acusado furtava energia, causando prejuízo no valor de R$ 742,53 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e três centavos), valor que por si só não se afigura irrisório.

Todavia, o julgador singelo decidiu que em razão da receita anual que a empresa vítima ostenta de faturamento – aproximadamente R$ 7.500.000.000,00 (sete bilhões e quinhentos milhões de reais), tal prejuízo mostra-se ínfimo.

No entanto, a conclusão a que chegou o magistrado *a quo* apresenta-se equivocada, eis que relegar à impunidade condutas como a do acusado somente incentivaria que outros consumidores procedessem de forma idêntica.

Ademais, em consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ), extrai-se que o acusado é processado por crime idêntico (autos n.º 0002773-04.2012.8.12.0029), no qual houve recurso à 3ª Câmara Criminal

1 **Curso de Direito Constitucional,** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 557/558.

2 **Manual de Direito Penal brasileiro** - vol. I, 7 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 485.

3 HC 108528/MG, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/06/2011, DJ 1º/08/2011.

desta Corte de Justiça, nos mesmo moldes do presente, para o qual foi dado provimento, determinando-se o normal prosseguimento do feito.

Assim, verifica-se que o crime praticado pelo acusado não é ato isolado na vida do mesmo, razão pela qual não há falar em aplicação do princípio da insignificância.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para determinar o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exmª. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2014.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1400740-41.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – DESACATO – DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA – PACIENTE QUE REITERA NO DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA – PREDICATIVOS PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO COMPROVADOS E IRRELEVANTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA.

Mantém-se a prisão preventiva do paciente, quando este mostra concreta predisposição a prática de delitos, especialmente em situação de violência doméstica, já que não é a primeira vez que pratica delitos desse estirpe, inclusive descumpria a medida protetiva anteriormente deferida em favor da vítima.

As alegadas condições subjetivas favoráveis não foram comprovadas e não ensejam a concessão da liberdade, eis que presentes os requisitos previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Com o parecer. Ordem denegada.

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, 17 de março de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente R. K. S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande

Sustenta, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante no dia 09/01/2015, pela suposta prática dos delitos previstos nos art. 139, 140, 147 e 359, todos do CP.

Aduz que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, sob o argumento de existência do *periculum in mora*, configurado na proteção da vítima e para assegurar as medidas protetivas, bem como garantia da ordem pública.

Argumenta que não havia nenhuma medida protetiva de urgência em vigência. Aduz que é necessária a comprovação do descumprimento do comando inibitório, e para tanto, haverá de existir a prova do seu descumprimento pelo agressor, o que não se vislumbra no caso em julgamento.

Ressalta que o paciente possui residência fixa, não apresenta risco de empreender fuga e a decisão que decretou a prisão preventiva não foi concretamente fundamentada, bem como alega que as penas privativas de liberdade não são superiores a 04 (quatro) anos.

Argumenta que os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos nos art. 312 e 313, III, do CPP estão ausentes.

Pondera que, caso condenado, a pena fixada permitiria o cumprimento em regime mais brando, como o aberto, motivo pelo qual não deve ser mantido em regime mais gravoso.

Assim, requer a concessão da ordem.

Conforme razões de f. 62-64, o pedido liminar foi indeferido.

A autoridade coatora prestou informações à f. 70-7.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se à f. 79-84, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Do caderno processual (autos n.º 0002175-32.2015.8.12.0001), contata-se que o Paciente foi denunciado como incurso nos artigos 147, 331 e 359, todos do Código Penal, incidindo-se as disposições da Lei nº 11.340/06, *verbis:*

> *"Consta do Inquérito Policial incluso que, na data de 9 de janeiro de 2015, por volta das 17h 30min, na rua Dois Irmãos, Lote 07, Quadra 271 Bairro Noroeste, nesta capital, o denunciado na posse de duas facas, ameaçou E. F. G., sua ex-esposa, de causar-lhe mal injusto e grave, afirmando que iria esfaquear a vítima, cortar seus cabelos e matar suas filhas, continuou dizendo: "sua prostituta, biscate dos policiais, filha da puta, você não vale nada, tem que morrer" e ainda: "quando sair da cadeia vou matar você" (sic).*
>
> *Ao entrar em contato com a vítima e ameaçá-la, o denunciado descumpriu ordem judicial concedida em medida cautelar protetiva penal, da qual foi devidamente intimado (certidão anexa fls. 19), que o proíbe de se aproximar da vítima, familiares e testemunhas, da residência e do local de trabalho dela, bem como de manter contato com ela (autos de cautelar n. 001.10.053016-9).*
>
> *A vítima manifestou expressamente o desejo de ver o autor processado, conforme Termo de Declaração de fl. 14/IP.*

> *A polícia militar foi acionada e compareceu ao local, encaminhando o denunciado até a delegacia de polícia, e durante o trajeto na presença dos policiais militares o denunciado voltou a ameçar a vítima dizendo: "iria matá-la", "cortar o cabelo da vítima com a faca", "desgraçada, filha da puta".*
>
> *Consta ainda que no trajeto até a delegacia de polícia e ao chegar na delegacia, o denunciado passou a desacatar os policias proferindo o seguinte dizer: "seus pau no cú", "vocês não valem nada", "policias vagabundos", "vou matar vocês", "sei onde vocês moram", "vou rasgar suas fardas" (sic).*
>
> *Assim agindo, praticou o denunciado R. K. S. os delitos previstos nos artigos 147 (ameaça), 331 (desacato) e 359 (desobediência a decisão judicial), todos do Código Penal c/c artigo 69 e com a agravante prevista no artigo 61, II, alínea "f" do mesmo Código, observando-se ainda as disposições da Lei n. 11.340/2006."*

Colhe-se dos autos n.º 0001130-90.2015.8.12.0001 que a prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Ab initio, urge salientar que a prisão preventiva é medida de exceção, sendo justificada somente em casos extremos, onde resta demonstrada a presença inequívoca das causas de admissibilidade, dos seus pressupostos e fundamentos.

A propósito, eis o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *"(...) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. (...)"* (HC 100430, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, Acórdão Eletrônico DJe-168 Divulg 24-08-2012 Public 27-08-2012)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada, as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal (...)"* (HC 235.987/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 29/05/2012, DJe 18/06/2012).

No caso estão presentes os pressupostos e fundamentos dessa segregação cautelar, quais sejam: indícios da autoria, prova da materialidade e garantia da ordem pública.

A constrição cautelar foi decretada sobretudo para os fins de se assegurar a ordem pública, a integridade física da vítima e o cumprimento de medidas protetivas anteriores, haja vista que o paciente vem reiteradamente incidindo em crimes no âmbito doméstico, consoante se denota em consulta ao SAJ de 1º Grau (0005915-37.2011 – Lesão e Ameaça; 0007458-70.2014 – Ameaça e Desobediência; 0019161-95.2014 – Vias de Fato e Ameaça e; 0047574-21.2014 – Violação de Domicílio) que, por conseguinte, impõem a necessidade de manter-se a sua constrição como forma de garantir-se a ordem pública, e, ainda, impelir-se novas investidas contra a vítima.

A doutrina, nesse aspecto, preleciona que: *"Reiteração na prática criminosa: é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 6. ed. São Paulo : Saraiva. p. 593.

O paciente possui periculosidade acentuada e antes de ser denunciado pela prática dos delitos que culminaram na sua prisão em flagrante em 09/01/2015 já possuía em seu desfavor, medida de proteção para determinar a proibição de aproximar-se da ofendida e de seus familiares e testemunhas (autos n.º 0053016-07.2010).

Além disso, vislumbra-se das declarações da vítima (áudio da audiência de instrução e julgamento ocorrida em 03/03/2015 – f. 122/123 dos autos n.º 0002175-32.2015.8.12.0001) que esta sofreu ameaça através de uma faca e depois o paciente se evadiu, relata que o acusado passou a ser agressivo depois que tiveram uma filha e porque não aceitava o fim do relacionamento, esclarece que nunca permitiu a aproximação do réu, todavia, ele sempre desobedeceu a medida protetiva imposta.

Evidentemente que uma agressividade como a que o paciente mostra coloca em risco a segurança da vítima, se for solto.

No que tange aos alegados predicativos pessoais favoráveis, não há comprovação de requisito algum. Outrossim, sabe-se que ainda se presentes, os requisitos pessoais por si sós, não autorizariam de forma automática a concessão da liberdade provisória.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PREVENTIVA – PRIMARIEDADE, TRABALHO LÍCITO E RESIDÊNCIA FIXA – ELEMENTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR OS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP – PACIENTE QUE REITEROU AS OFENSAS FÍSICAS PRATICADAS CONTRA A OFENDIDA/VÍTIMA E SUA FAMÍLIA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA. Somente as condições pessoais do paciente, primariedade, trabalho lícito e residência fixa, não bastam, por si sós, para a concessão do benefício da liberdade provisória. A custódia preventiva faz-se necessária para a garantia da ordem pública, quando há reiterações de conduta ilícita pelo paciente, que indicam comportamento voltado à prática delitiva."* (Segunda Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 2011.027513-7/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Julgamento: 26/09/2011).

A manutenção da prisão cautelar é medida que se impõe, tanto para se garantir a ordem pública, quanto para se proteger a integridade física da vítima contra a conduta reiterada perpetrada pelo paciente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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, 17 de março de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1415670-98.2014.8.12.0000 - Bonito
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - INADIMPLEMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA - PRISÃO CIVIL - PEDIDO OBJETIVANDO A LIBERDADE DO PACIENTE - PRAZO DE SEGREGAÇÃO FIXADO EM 90 DIAS - INADMISSIBILIDADE - REDUÇÃO DO LIMITE MÁXIMO PARA 60 DIAS - OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - LIMITE TEMPORAL EXPIRADO - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA READEQUAR O PRAZO DA PRISÃO CIVIL.

O limite temporal para cumprimento da prisão civil é de 60 dias, prazo máximo para segregação por dívida alimentar, porque prevalece a regra especial da Lei de Alimentos (5.478/68) sobre o dispositivo pertinente do Código de Processo Civil, por conter regra mais favorável ao paciente da medida excepcional .

Com o parecer.

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relator

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O advogado José Aparecido de Oliveira impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do Paciente Francisco Valmir Cavichon, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bonito.

Sustenta, em síntese, que, em decisão transitada em julgado, o Paciente teria ficado obrigado a pagar o equivalente a 40% (quarenta por cento) do valor do salário mínimo vigente, a título de pensão alimentícia em favor de seus filhos menores de idade.

Alega que o Paciente estava inadimplente com o pagamento das pensões relativas aos meses de setembro e outubro de 2010 e que, por essa razão, foi executado, o que culminou na decretação de sua prisão preventiva, nos autos n.º 0001782-02.2010.8.12.0028, cujo mandado foi cumprido no dia 12/12/2014.

Infere que o Paciente não teve oportunidade, bem como, condição de discutir o processo de execução, já que somente tomou conhecimento da existência do processo com a efetivação da medida cautelar, promovendo, então, prejuízo irreparável ao Paciente, vez que a prisão nada irá colaborar para a quitação do débito.

Pondera que o paciente teve a sua prisão civil decretada por 90 dias, todavia, o prazo máximo para o encarceramento seria de até sessenta dias, em conformidade com o artigo 19 da Lei n.º 5.478/68.

Assevera que o Paciente tem residência fixa, ocupação lícita e que se compromete a comparecer a todos os atos processuais a que for chamado.

Assim, requer a concessão da ordem.

Conforme razões de f. 67-70, o pedido liminar foi indeferido.

A autoridade coatora prestou informações à f. 74.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se à f. 76-84, opinando pela concessão parcial da ordem.

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Reconhecido que o *habeas corpus* não é o instrumento adequado para a verificação da impossibilidade de pagamento de prestações alimentícias, o que só pode ser feito pela via apropriada que é a de revisão ou exclusão da obrigação alimentar, passo à análise da insurgência do Impetrante.

É firme o entendimento jurisprudencial quanto à regularidade da adoção do rito do art. 733 do CPC em casos como o presente. No entanto, não pode passar despercebida a ilegalidade do prazo de noventa dias determinado na decisão de decretação da prisão do paciente.

Isso porque, embora haja um descompasso quanto ao prazo de prisão do alimentante, já que o art. 733, § 1º, do CPC prescreve prazo máximo de 03 meses, enquanto o art. 19, caput , da Lei n.º 5.478/68 (Lei de Alimentos) institui o prazo máximo de 60 dias, entendo ser este último, consoante melhor doutrina e jurisprudência dominante, o limite temporal para a segregação do devedor de alimentos.

Nesse mesmo sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial:

> *"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ART. 733 DO CPC. PRISÃO CIVIL DECRETADA. REGIME. PRAZO DE CUMPRIMENTO. OBSERVÂNCIA DO ART. 19 DA LEI Nº 5.478/68. 1. O habeas-corpus, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF, deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. 2. A determinação da prisão civil, por dívida alimentar, pelo prazo de três meses, mostra-se frontalmente em desalinho ao entendimento sufragado de forma pacífica nesta Corte de Justiça (art. 19, caput, da Lei n.º 5.478/68, 60 dias). Concessão da ordem, no ponto. 3. Adequada a determinação de prisão civil por dívida alimentar em regime fechado, conforme precedentes desta Corte, aspecto que, a esta altura, está prejudicado pelo cumprimento do prazo de 60 dias de segregação e pela soltura do paciente. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.* (TJ-RS - HC: 70062160635 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 20/11/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/11/2014)

> *HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEGALIDADE DO ATO. PRAZO MÁXIMO. 60 (SESSENTA) DIAS. LEI DE ALIMENTOS. APLICABILIDADE. - Deixando o paciente de fazer prova incontestável da sua incapacidade de arcar com a obrigação alimentícia, não se reveste de qualquer abuso de poder ou ilegalidade a decisão do juiz que lhe decreta a prisão, a fim de obrigar ao pagamento das três últimas parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação executiva e das que venceram no seu curso. - Embora o prazo máximo de três meses esteja previsto no § 1º do art. 733 CPC, para a execução de alimentos provisionais, o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos continua sendo regulado pela Lei 5.478/68, que contém regra mais favorável ao paciente da medida excepcional, fixado pelo art. 19 em 60 (sessenta) dias.* (TJ-MG - HC: 10000130564198000 MG , Relator: Duarte de Paula, Data de Julgamento: 05/09/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/09/2013)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, lecionam que: *"É de sessenta dias o prazo máximo de prisão do devedor de alimentos definitivos."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT,. 7ª ed. revista e ampliada, 2003, p. 1047)

Outrossim, levando-se em consideração o princípio da especialidade o prazo da prisão civil decretada em decorrência do não pagamento da verba alimentar limita-se ao período de sessenta dias, consoante o disposto no *caput* do artigo 19 da Lei n.º 5.478/68, que contém regra mais favorável ao paciente da medida excepcional.

Posto isso, com o parecer, concedo a ordem, apenas para determinar que a prisão civil do devedor alimentante não ultrapasse o prazo máximo de 60 dias.

Comunique-se com urgência à autoridade coatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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, 10 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002888-29.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

Inviável a aplicação do princípio da insignificância em razão da reincidência específica do agente. Precedentes das Cortes Superiores.

Cabível o regime semiaberto ao reincidente condenado a pena inferior a 4 anos.

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

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Rodrigo da Silva Aristimunha foi condenado pelo delito descrito no artigo 155, §4°, I, do Código Penal, à pena de 2 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 dias-multa, pois, segundo consta da denúncia, *na data de 31/05/2014, por volta das 05h20min, em residência localizada na Travessa Ceará, em frente ao n° 345, Bairro Santa Terezinha, (...), subtraiu para si, mediante rompimento de obstáculo, bens móveis pertencentes à vítima Ruteleia Gomes Bogado Franco, quais sejam, 02 (dois) botijões de gás, avaliados em R$ 200,00, conforme auto de fls. 23.*

Irresignado, interpôs apelação criminal, às f. 97-107, pugnando pela absolvição ante a aplicação do princípio da insignificância e, alternativamente, pela fixação do regime semiaberto para cumprimento inicial da reprimenda e elabora prequestionamento.

Contrarrazões, às f. 109-157, e parecer, às f. 163-174, pelo improvimento do apelo e elaboram prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Inicialmente, requer a aplicação do princípio da insignificância, posto que *verifica-se que não há qualquer potencialidade ofensiva na conduta do Réu ou periculosidade social da ação, mormente porque o*

furto não causou nenhum abalo à vítima ou à ordem social, já que o bem objeto dos autos são 2 botijões de gás, objeto estes avaliados em R$ 200,00 (duzentos reais), além de que a vítima não experimentou qualquer prejuízo, porquanto os bens subtraídos foram restituídos.

Com efeito, o caso em testilha não se amolda às condições necessárias para a aplicação do princípio da insignificância.

Em primeiro lugar, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o supracitado instituto. Conforme prelecionam Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado:

> *A tipicidade penal exige uma 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 este princípio, que Klaus Tiedermann chamou de 'princípio de bagatela', é imperativo uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e drasticidade de intervenção estatal. Amiúde, conduta 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 por que em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.*
>
> *[...]*
>
> *Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, 'a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma, em particular, é que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada."* (Princípios Fundamentais do Direito Penal, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, n.º 15, julho-setembro, 1996, p. 87-8).
>
> *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, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica* (idem, ibidem, p. 83).

Luiz Flávio Gomes pontua:

> *Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o desideratum da não punibilidade do fato ofensivo ínfimo é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela, 'que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal.* (*In* RT 789: 445–456, Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato).

Ivan Luiz da Silva também leciona sobre o tema:

> *A insignificância da ofensividade expressa uma idéia de negação do desvalor da ação e do resultado da conduta praticada contra o bem jurídico penalmente tutelado, razão pela qual não deve ser alcançado pelo poder punitivo, ficando, assim, excluída da persecução penal. Assim sendo, podemos afirmar que a noção de justiça e utilidade consubstancia-se em separar-se quantitativamente os delitos. Nesse particular a Constituição Federal deu o primeiro passo ao dispor em seu art. 98, I, sobre as 'infrações de menor potencial ofensivo', definindo um sistema procedimental específico para a apreciação da denominada pequena criminalidade. Da separação qualitativa dos delitos infere-se que há algumas condutas que não provocam nenhuma repercussão social, dando-nos uma idéia de irrelevância; por esse motivo não merecem repressão essas condutas insignificantes formalmente típicas. (In* RT 841: 427-437, Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro).

Deve, portanto, o Estado-Juiz agir para reprimir e punir apenas os ataques intoleráveis aos bens jurídicos que necessitem da intervenção penal.

In casu, embora o apelante tenha subtraído dois botijões de gás, restituiu a *res furtiva* à vítima.

Todavia, o apelante é reincidente em crimes contra o patrimônio, conforme certidão de antecedentes às f. 43-46.

Ora, o Direito Penal não deve se ocupar de condutas irrelevantes. Entretanto, levando em conta a reincidência comprovada do apelante, a conduta não pode ser tida como insignificante.

Nesse jaez, veja-se os julgados abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

> *CRIMINAL. RESP. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE NA PRÁTICA DE DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *I. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. Precedente.*
>
> *II. O comportamento do réu, voltado para a prática de pequenos delitos, impede, em princípio, a aplicação do princípio da insignificância, ainda mais se o valor dos objetos furtados, de acordo com a sentença, "ultrapassam consideravelmente o valor do salário mínimo nacional vigente, que nos serve de parâmetro, pois avaliadas em R$ 492,96."*
>
> *III. Hipótese em que a lesividade ao patrimônio da vítima não foi irrelevante, pois, ainda que o valor do bem - uma bicicleta - fosse inferior a um salário-mínimo, era o seu meio de locomoção urbano.*
>
> *Recurso provido, nos termos do voto do relator.* (Resp 751.025 – RS- Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma – julgado em 16/2/2006).
>
> *CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. OFENSA AOS ARTS. 1.º E 155 DO CÓDIGO PENAL E AOS ARTS. 157 E 381 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ÓBICE AO BENEFÍCIO DEVIDAMENTE MOTIVADO. MAUS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.I. Não se conhece do recurso interposto pela alínea "a" do dispositivo constitucional, quanto*

a ofensa aos arts. 1.º e 155 do Código Penal e aos arts. 157 e 381, do Código de Processo Penal, se, em nenhum momento, tais matérias foram discutidas pelo Tribunal a quo, em razão de falta de prequestionamento e sob pena de indevida supressão de instância.

II. Não há ilegalidade na decisão que entende inaplicável o Princípio da Insignificância a réu que ostenta maus antecedentes, pois a sua incidência está condicionada não somente aos fatores objetivos, como à sensatez do Julgador, a quem cabe – orientado pelos parâmetros previstos no art. 59 do CP - avaliar a necessidade e conveniência da concessão dessa benesse. Precedente da Turma.

III. A impunibilidade requer o exame das circunstâncias de fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

IV. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (RESP 562.223/DF, Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma - DJ de 31/05/2004).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO E HABITUALIDADE DO COMETIMENTO DA CONDUTA LESIVA AO ERÁRIO PÚBLICO. OCUPAÇÃO ILÍCITA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Comprovada, nos autos, a habitualidade da conduta do paciente no cometimento do ilícito, não há como aplicar, in casu, em seu favor, o princípio da insignificância.

2. Para o reconhecimento do aludido corolário não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente àquelas relacionadas à vida pregressa e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, se é reincidente, portador de maus antecedentes ou, como na espécie ocorre, reiteradamente pratica o questionado ilícito como ocupação. Precedentes do STJ. (HC 33655/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – Quinta Turma - DJ 9.8.2004 p. 280)

Assim, mensura-se a relevância ou irrelevância do fato criminoso também orientado pelas circunstâncias judiciais em relação ao autor, visto que a reiteração da conduta nestes casos torna-se social e penalmente reprovável.

Verificadas a tipicidade formal e material e demonstradas a materialidade e autoria delitiva, deve ser mantida a condenação do apelante.

Alternativamente, requer o abrandamento do regime prisional.

Colhe-se que restou fixada a pena de 2 anos e 2 meses de reclusão, sendo aplicado o regime fechado pelos seguintes fundamentos:

O regime de aplicação da pena deve ser o fechado, consoante o disposto no art. 33, § 2º, letra 'a', do Estatuto Repressivo. Ademais, as circunstâncias do crime e a culpabilidade do agente indicam que este regime é suficiente para a punição e reinserção social do acusado. Não bastasse, trata-se de réu reincidente, com várias condenações criminais anteriores, e ainda estava evadido do semiaberto, o que fortalece a necessidade de aplicação de pena no regime fechado.

Em que pese a fundamentação exposta pelo magistrado da instância singela, tenho que o regime semiaberto para cumprimento inicial da reprimenda atenderá os fins da execução da pena.

Aliás, *nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecidas as reprimendas em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável*[1], bem como ante a reincidência do apelante.

Por fim, quanto ao prequestionamento a matéria foi debatida sendo desnecessária a indicação pormenorizada de artigos.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para abrandar o regime prisional inicial para o semiaberto.

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. Manoel Mendes Carli

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, 24 de fevereiro de 2015.

***

1 STJ. HC 255115 / RJ. *Habeas Corpus* 2012/0200953-7. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 18.3.14.

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1400223-36.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – POSSIBILIDADE – PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – HIPÓTESE DE EVENTUAL CONDENAÇÃO DETERMINAR REGIME MENOS RIGOROSO QUE O FECHADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

Se pelas circunstâncias do caso concreto, ficar verificado que em uma eventual e futura condenação, a pena hipotética do agente lhe garantiria regime inicial de cumprimento de pena mais brando do que o fechado, não se justifica mantê-lo encarcerado antes dessa eventual condenação, em respeito ao princípio da homogeneidade. Essas circunstâncias fulminam a existência de qualquer dos fundamentos dispostos no art. 312 do CPP. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Ricardo Augusto Nascimento Pegolo dos Santos impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Osvaldo da Silva Dias, preso em flagrante pela suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Alega o impetrante que não há justificativa plausível para a manutenção do paciente no cárcere, já que não se evidencia qualquer dos fundamentos do art. 312, do Código de Processo Penal, bem como suas condições pessoais são todas favoráveis.

Assim, em caráter liminar, postula expedição de alvará de soltura a fim de que responda ao processo em liberdade. Ao final, postula pela concessão definitiva da ordem.

A liminar foi postergada, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora.

As informações vieram às f. 215-216.

A liminar foi indeferida às f. 218.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem de habeas corpus.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Infere-se dos autos que o paciente Oswaldo da Silva Dias foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, disposto no art. 16, da Lei n. 10.826/03, porque, segundo consta, que no dia 07 de novembro de 2014, estava conduzindo uma motocicleta tendo como garupa Caio Henrique Eloi, sendo que este estava portando um revólver calibre 38 com a numeração raspada. Na delegacia o paciente confessou que a arma encontrada na cintura de Caio lhe pertencia e que eles iriam matar um homem que mexeu com sua mulher.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, uma vez que o magistrado de instância singela entendeu que estavam presentes os pressupostos e fundamentos elencados no art. 312, do Código de Processo Penal.

O paciente, por intermédio de seu advogado, postulou pela revogação da prisão preventiva, no entanto, a autoridade impetrada indeferiu tal pedido em razão dos seguintes fundamentos:

> *"(...)*
>
> *Aparentemente o requerente alega que o fato, do trabalho e da residência fixa cause (relação de causalidade) a inexistência de perigo à ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.*
>
> *Assim, pela alegação do requerente, o fato do trabalho e da residência o impediria de praticar atos contra a ordem pública, econômica, a instrução criminal ou contra a aplicação da lei penal, e.g., não se evadir do distrito da culpa, não ameaçar testemunhas, não inovar artificialmente o estado das coisas, etc.*
>
> *Ora, se o fato do trabalho e da residência não o impediu de cometer conduta tipificada como crime, muito menos o impedirá de praticar conduta que cause perigo a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.*
>
> *Se fosse assim, a pessoa com trabalho e residência não praticaria conduta criminosa, e muito menos causaria perigo à ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.*
>
> *Se tais fatos (residência certa, etc.) fossem causa necessária e suficiente para que à ordem pública não fosse violada o acusado não teria cometido as infrações penais que lhe são imputadas.*
>
> *Se o fato do trabalho e da residência não é impeditivo da prática de conduta criminosa (mais), por óbvio e evidente que não será impeditivo de prática de conduta que cause perigo à ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (menos).*

Se o fato não é causa impeditiva do mais (crime) não é causa impeditiva do menos (fundamentos da prisão temporária).

Aqui a interpretação enunciativa através do argumento a fortiori (a majore ad minus) se impõe.

Por fim, de destacar, também, que a jurisprudência pátria é reiterada e remansosa no sentido de que o fato da primariedade, bons antecedentes, trabalho e residência fixa não é fato impeditivo da prisão cautelar.

Além do mais, conforme acima demonstrado, o requerente não provou a existência dos fatos alegados (trabalho e residência) como fundamento de sua liberdade.

Se isto não bastasse, o requerente associou-se ao indiciado Caio Henrique Elói, pessoa de péssimos antecedentes, com o fito de cometer crime, o que evidencia a alta periculosidade. Tais fatos por si só denotam a necesidade da prisão cautelar, posto que a sua liberdade certamente é um atentado contra a ordem pública e a garantia da aplicação da lei penal.

Ante o exposto, hei por bem em indeferir o pedido de liberdade provisória, formulado pelo requerente Oswaldo da Silva Dias.

(...)"

Em que pese o entendimento da autoridade coatora, não vislumbro motivos a justificar a segregação provisória do paciente.

Relevante registrar que as condições pessoais do paciente são todas favoráveis, pois ele é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa e trabalho lícito.

Percebe-se que o crime de porte de arma de uso restrito, previsto no art. 16, do Estatuto do Desarmamento, comina pena de 03 a 06 anos de reclusão.

Sendo assim, considerando que o paciente é primário e de bons antecedentes, numa eventual e futura condenação dificilmente iniciaria sua pena em regime fechado.

Diante dessa circunstância, cai por terra qualquer dos fundamentos apontados pela autoridade coatora para justificar a segregação provisória, pois, se considerarmos a pior das hipóteses, que é a condenação após o encerramento da instrução, o paciente iniciará sua pena em regime mais brando do que o regime em que se encontra.

Impende salientar que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o princípio da homogeneidade, que é corolário do princípio da proporcionalidade, quando, considerada a pena hipotética no caso de eventual condenação, restar verificado que o regime inicial de cumprimento de pena seria mais brando que o fechado. Confira-se:

"HABEAS CORPUS. (...) FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ABORTO PRATICADO POR TERCEIRO (UM CONSUMADO E OUTRO TENTADO). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS E NO CLAMOR SOCIAL. MENÇÃO GENÉRICA AOS PRESSUPOSTOS INSERTOS NO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MEDIDA MAIS GRAVOSA QUE PROVÁVEL SANÇÃO A SER APLICADA NA

HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS. FAVORABILIDADE. SEGREGAÇÃO INJUSTIFICADA E DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do CPP, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à sua decretação.

2. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade genérica dos fatos denunciados, bem como na indignação da sociedade, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

3. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.

4. Tendo a paciente sido denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 126 e 126 c/c art. 14, inciso II, e art. 288, todos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo ao princípio da homogeneidade mantê-la presa antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas. (...) (HC 213.830/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 27/08/2013)

Portanto, frente a essas explanações, não vislumbro qualquer fundamento disposto no art. 312, do Código de Processo Penal, que possa justificar a segregação provisória do paciente.

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a liberdade provisória ao paciente Osvaldo da Silva Dias condicionada a medida cautelar disposta no art. 319, I, do Código de Processo Penal, a serem aplicadas as condições pelo magistrado de instância singela.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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, 10 de fevereiro de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1400668-54.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – MEDIDA CAUTELAR DIVERSA – ART. 318, III, DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

Concede-se cautelarmente o regime domiciliar à paciente, presa preventivamente pela prática do tráfico ilícito de drogas, de acordo com a materialidade, indícios de autoria e presentes requisitos do art. 312 do CPP, verificada a imprescindibilidade de seus cuidados aos filhos menores de 6 (seis) anos.

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 a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

As advogadas Maria de Fátima da Silva Gomes e Rita Carolina Gomes Carpes impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Fernanda Gertrudes Ribeiro apontando como autoridade coatora a Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande – MS.

Narra que a paciente foi presa em flagrante em 12 de janeiro de 2015 pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/06, sendo que não restam presentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, devendo a prisão ser revogada.

Aduz que a prisão da paciente tem sido mantida em decorrência de sua reincidência específica, contudo, o corréu, no interrogatório extrajudicial, a isentou de participação no delito.

Por fim, traz que a paciente tem residência fixa e é mãe de 3 filhos menores.

Assim, requer a concessão da liminar, a fim de que seja expedido alvará de soltura em favor da paciente.

A liminar foi indeferida, às f. 65-66.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, às f. 70-72.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 74-77, pela denegação da ordem.

VOTO (EM 10/02/2015)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Consta dos autos que a autoridade indigitada como coatora indeferiu o pedido de liberdade provisória com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal, estabelecendo a necessidade da prisão na garantia da ordem pública, consoante decisão que se transcreve das cópias de f. 59-61:

> *(...)*
>
> *Com razão o MP.*
>
> *Todos os pressupostos e requisitos da prisão em flagrante já foram devidamente avaliadas por este Juízo quando da decretação da prisão preventiva, conforme fundamentos indicados na decisão de fls. 28/29 da comunicação da prisão em flagrante (nº 001463-42.2015.8.12.001), não sendo trazido pela requerente quaisquer argumentos que pudessem desafirmar ou fragilizar o que já analisado por este Juízo naquela oportunidade.*
>
> *Quanto à alegação de que a requerente é inocente e que quem efetivamente estava supostamente comercializando a substância entorpecente era o flagrado Robson, tais informações, per si, são insuficientes para ensejar a revogação da preventiva e/ou sua absolvição (no momento adequado), já que há necesidade de comprovação sob o crivo do contraditório.*
>
> *Vale registro, tal como fiz consignar na decisão que decretou a prisão preventiva, que a acusada é "reincidente específica", havendo registro nas certidões de antecedentes criminais de fls. 23 de anterior condenação transitada em julgado em seu desfavor por outro crime de tráfico de drogas, a indicar que a garantia da ordem pública se mostra como fundamento bastante para a permanência da custódia preventiva da investigada (ex vi do art. 313, I, do CPP).*
>
> *Nesse sentido, trago os arestos:*
>
> *(...)*
>
> *No que tange ao argumento de que possui filhos pequenos e que este seria motivo para a imposição de prisão domiciliar, data venia, entendo que tais circunstâncias não se mostram como fundamentos bastantes para a substituição almejada, vez que vislumbro, pelos argumentos anteriormente indicados, necesidade da permanência da prisão preventiva e, por corolário lógico, a incompatibilidade com quaisquer das medidas cautelares alternativas previstas na legislação.*
>
> *Nesse sentido, transcrevo:*
>
> *(...)*
>
> *Por fim, ad argumentandum tantum, caso necessário, os filhos da investigada poderão, ao tempo da prisão, serem encaminhados para acolhimento institucional que é coordenado nesta Comarca pela d. Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, sem falar nas modalidades de família substituta.*
>
> *Por tudo isso, sem mais delongas, encampo os argumentos expendidos na decisão de fls. 28/29 do processo nº 001463-42.2015.8.12.001 e indefiro a pretendida revogação da prisão preventiva.*

> *Outrossim, face às informações de que os filhos da investigada podem, eventualmente, estar desassistidos, determino remessa de cópia da inicial, desta decisão e da comunicação do flagrante à d. Vara da Infância, da Juventude e do Idoso desta Comarca para ciência e análise quando a eventuais medidas de proteção.*

Em análise da decisão combatida, colhe-se fundamentos que amparam a garantia da ordem pública para a prisão preventiva.

Presentes, pois, a materialidade e os indícios veementes da autoria do tráfico ilícito de drogas praticado juntamente com o corréu Robson da Silva Araujo.

De acordo com o suso transcrito, a prisão cautelar está calcada no periculum libertatis, ou seja, verificadas as condições do caso concreto e diante de fundamentação idônea, como prescreve o art. 93, XI, da Constituição Federal, posto que a paciente é reincidente específica, consoante certidão de f. 34.

Desta forma, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Contudo, consoante as circunstâncias da prisão e das peculiaridades afetas à paciente, tem-se que o acautelamento poderá ser convertido em regime domiciliar.

Com a alteração do Código de Processo Penal decorrente da Lei 12.403/11, é facultado ao magistrado a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão preventiva, de acordo com as peculiaridades do caso.

Confira-se:

> *CPP, art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *I - maior de 80 (oitenta) anos;*
>
> *II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;*
>
> *III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*
>
> *IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*
>
> *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (NR)*

As impetrantes trouxeram aos autos (f. 22-24) as certidões de nascimento dos 3 filhos da paciente, observando-se que as crianças nasceram em 31.1.05; 30.08.06 e 18.12.13.

Denota-se, também, que o *parquet* interpôs ação cautelar inominada para a aplicação das medidas protetivas da Lei 8.069/90, constando que ambas familias dos requeridos possuem limitações que lhes impedem de assistirem as crianças (avó materna trabalha em tempo integral e a paterna é idosa e sofre de doença crônica em sua espinha dorsal).

De acordo com a situação dos autos e a possibilidade legal existente, tem-se como possível a aplicação de regime domiciliar à paciente como forma de acautelar o processo sem a imposição da medida extrema.

Assim, converte-se a preventiva em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III do CPP, não podendo ser encontrada fora de seu domicílio, senão para estudar ou trabalhar ou mediante autorização judicial, sob pena de ser novamente recolhida ao estabelecimento penitenciário.

Diante do exposto, e contra o parecer, concede-se a ordem a Fernanda Gertrudes Ribeiro para converter a prisão preventiva em prisão domiciliar, devendo ser firmado termo de compromisso.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, 24-02-2015, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Manoel Mendes Carli), após o relator conceder parcialmente a ordem. A 2ª vogal aguarda.

VOTO (EM 24/02/2015)

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1° Vogal)

Acompanho o Relator e concede-se cautelarmente o regime domiciliar à paciente, presa preventivamente pela prática do tráfico ilícito de drogas, de acordo com a materialidade, indícios de autoria e presentes requisitos do art. 312 do CPP, verificada a imprescindibilidade de seus cuidados aos filhos menores de 6 (seis) anos.

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2ª Vogal)

Acompanho o Voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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, 24 de fevereiro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000006-20.2008.8.12.0033 - Eldorado
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO – DISPARO DE ARMA DE FOGO ACIDENTAL – EMBRIAGUEZ – DOLO EVENTUAL NÃO CONFIGURADO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Inviável é a condenação pelo crime do art. 15 da Lei 10.826/03 se restou comprovado ter sido acidental o disparo de arma de fogo.

A embriaguez, por si só, não configura o dolo eventual, devendo haver provas contundentes de que o agente assumira o risco de portar uma arma, pouco lhe importando se esta dispararia ou não.

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, 1 de dezembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de Apelação Criminal (p.148-158) interposta por Cleber Fernandes Campos contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Eldorado (p. 130-136) que o condenou à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 60 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 15 da Lei n. 10.826/2003 (disparo de arma de fogo). .

Postula, em suma, pela sua a absolvição por falta de provas**,** o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, a conversão da pena privativa corporal em restritiva de direitos e o direito de responder em liberdade.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (p. 167-175) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 181-189) são pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal (p.148-158) interposta por Cleber Fernandes Campos contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Eldorado (p. 130-136).

Num breve resumo, o apelante foi denunciado como incurso no crime de disparo de arma de fogo, pois, no dia 12 de agosto de 2007, estava numa festa e, embriagado, pegou uma arma de fogo que acabou disparando, atingindo Cleber, que foi tentar segurá-lo com medo de que alguém se ferisse.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o recorrente à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 60 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 15 da Lei n. 10.826/2003 (*disparo de arma de fogo*).

Somente a defesa recorreu, pedindo, em suma: 1) a absolvição por falta de provas; 2) o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto; 3) a conversão da pena privativa corporal em restritiva de direitos; 4) o direito de responder em liberdade.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (p. 167-175) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 181-189) são pelo improvimento do recurso.

Ao apelo deve-se dar provimento.

A autoria e a materialidade estão comprovadas pelo boletim de ocorrência de p. 07-09, exame de corpo de delito de p. 13-15, além da confissão do réu a respeito do disparo e os depoimentos das testemunhas.

Todavia, sustenta a defesa que não há provas suficientes que atestem a intenção do apelante em efetuar o disparo, sendo imperiosa a absolvição, com base no princípio do *in dubio pro reo*.

Razão lhe assiste.

Dos depoimentos juntados aos autos, apreende-se que há dúvida quanto ao dolo do agente de disparar a arma. Zildete Emilia Ribeiro Paini, mãe de Gelson, declarou na Delegacia que quando encontrou o filho a caminho do hospital, este lhe contou a seguinte versão:

> *"(...) estava num churrasco e estava conversando com Suzi, namorada de Cleber, que Cleber se aproximou deles e passou a dizer que ele estava dando cigarro a sua namorada, que Cleber deu um empurrão nele, mas ele (Gelson) disse a Cleber que não queria brigar, que Cleber saiu do local e entrou na casa e que logo depois saiu da casa e deu um tiro nele (Gelson), e que ele nem havia visto Cleber, pois estava distraído, que ele depois de levar o tiro foi ao encontro de Cleber e tomou-lhe a arma e jogou a mesma no chão, afirmando a declarante que foi isso que Gelson falou a ela naquela data (...)".*

Contudo, as versões apresentadas por Gelson (p. 10), Suzana (p. 20), que era namorada do apelante na época, e pelo apelante (p. 21 e p. 109) contrapõem as declarações de Zildete, no sentido de que não houve nenhum desentendimento entre Gelson e Cleber e que o disparo foi acidental, em razão deste ter sido segurado pelo atingido.

Logo, não havendo como aferir se o ora apelante tinha a intenção de disparar a arma de fogo, pois não há nos autos provas contundentes capazes de indicar o dolo, resta temerária uma condenação apenas em suposições.

Nesse sentido já decidiu esta 2ª Câmara Criminal:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – PENAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ACOLHIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O delito de disparo de arma de fogo exige a configuração do dolo, não havendo se falar em condenação na sua modalidade culposa. Se não há, nos autos, provas contundentes*

> *capazes de indicar o dolo, temerária a condenação apenas em conjecturas."* (Apelação n. 2011.018332-2, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, j: 28.06.2012).

No mesmo rumo já exarou o emérito Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DOLO DUVIDOSO. DISPARO ACIDENTAL. ABSOLVIÇÃO. - Havendo fundada dúvida a respeito do dolo, inexistindo elementos suficientes para afirmar a presença da elementar do tipo incriminador do artigo 15 da Lei 10.826/2003, torna-se inevitável a absolvição, especialmente quando as evidências mais contundentes são de que o disparo foi meramente acidental.* (TJ-MG - APR: 10657070001844001 MG , Relator: Renato Martins Jacob, Data de Julgamento: 17/07/2014, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/07/2014)

> *APELAÇÃO CRIMINAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. DISPARO DE ARMA DE FOGO ACIDENTAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - Restando evidenciado que o recorrido ao efetuar o disparo de arma de fogo agiu de forma acidental, resta inviabilizado o pleito condenatório.* (TJ-MG - APR: 10231081110349001 MG , Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 23/05/2013, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/06/2013)

O *parquet*, por sua vez, rebateu que a sentença deve ser mantida incólume, vez que o magistrado *a quo* entendeu configurado o dolo eventual, pois "*embora não esteja presente a vontade livre e consciente do acusado para efetuar os disparos é vidente que ele, por estar embriagado no momento em que os fato ocorreram, assumiu o risco de produzir um resultado lesivo, quando buscou a arma de fogo e a portava em local onde havia a presença de várias pessoas.*" (p. 134).

Todavia, a meu ver, a embriaguez, por si só, não foi suficiente para a configuração do dolo eventual, no qual o agente age, mesmo prevendo o resultado gravoso, pouco lhe importando se este vai ocorrer ou não, havendo, portanto, a assunção do risco.

No caso analisado, é uníssono entre as testemunhas que Gelson foi em direção a Cleber com a intenção de segurá-lo ou tirar-lhe a arma, e que o disparo ocorreu, acidentalmente, em razão disso. A atitude do lesionado de segurar o réu não era um fato que este esperava, e muito menos previa.

No dolo eventual *"o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art. 18, I, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo."* (Bitencourt, Cézar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* Parte Especial 2. Dos Crimes contra a pessoa. 12ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 64.

Como ensina Cézar Roberto Bittencourt *"a consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado morte ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentam os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa",* (Bitencourt, Cézar Roberto. *Tratado de Direito Penal.* Parte Especial 2. Dos Crimes contra a pessoa. 12ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 64).

Destarte, não estando configurado nem o dolo direto nem o dolo eventual, a absolvição do apelante é medida que se impõe.

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso interposto por Cleber Fernandes Campos, para absolvê-lo, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0016012-35.2007.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA COM CAUSA DE AUMENTO EM RAZÃO DO EMPREGO EM CONTINUIDADE DELITIVA – MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA APENAS DE DUAS CONDUTAS – AVALIAÇÃO DOS BENS INFERIOR À METADE DO SALÁRIO MÍNIMO DA ÉPOCA DOS FATOS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO – RECURSO PROVIDO.

Comprovada apenas a materialidade delitiva de duas condutas descritas na denúncia, que se referem a bens cuja avaliação é inferior à metade do salário mínimo da época dos fatos não possuem expressiva lesão jurídica.

Deve-se aplicar o princípio da insignificância para reconhecer a atipicidade material do crime se a conduta perpetrada teve mínima ofensividade e foi destituída de periculosidade social e é reduzidíssimo o grau de reprovabilidade do comportamento.

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, 15 de dezembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Ricardo Pereira dos Santos interpõe recurso de apelação contra sentença que o condenou à pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 27 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ 3.390,00 a um orfanato e 800 horas de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III, c.c art. 71, todos do Código Penal (apropriação indébita em razão do ofício, em continuidade delitiva).

Busca o reconhecimento da prescrição quanto aos crimes ocorridos nos dias 2.8.2007, porque entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia teria transcorrido tempo superior ao previsto no art. 109, V, do CP.

Pede ainda, absolvição quanto ao crime descrito no art. 168, § 1º, III, do CP, pelo reconhecimento do princípio da insignificância.

Subsidiariamente busca: a) a diminuição do patamar de exacerbação em decorrência da continuidade delitiva por ausência de fundamentação quanto ao índice aplicado; b) a atenuação da pena pela confissão espontânea; c) o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 170 c.c art. 155, § 2º, do CP, porque preenchidos os requisitos legais; d) a diminuição da pena de prestação pecuniária já que estipulado acima do mínimo legal sem fundamentação idônea, bem como porque não possui condições financeiras de adimpli-la.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 253-276).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento parcial do recurso para que seja acolhida a preliminar de extensão de punibilidade referente à parte dos delitos e reduzida a prestação pecuniária da condenação remanescente.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ricardo Pereira dos Santos contra sentença que o condenou à pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 27 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ 3.390,00 a um orfanato e 800 horas de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III, c.c art. 71, todos do Código Penal (apropriação indébita em razão do ofício, em continuidade delitiva).

Busca o reconhecimento da prescrição quanto aos crimes ocorridos nos dias 2.8.2007, porque entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia teria transcorrido tempo superior ao previsto no art. 109, V, do CP.

Pede ainda, absolvição quanto ao crime descrito no art. 168, § 1º, III, do CP, pelo reconhecimento do princípio da insignificância.

Subsidiariamente busca: a) a diminuição do patamar de exacerbação em decorrência da continuidade delitiva por ausência de fundamentação quanto ao índice aplicado; b) a atenuação da pena pela confissão espontânea; c) o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 170 c.c art. 155, § 2º, do CP, porque preenchidos os requisitos legais; d) a diminuição da pena de prestação pecuniária já que estipulado acima do mínimo legal sem fundamentação idônea, bem como porque não possui condições financeiras de adimpli-la.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 253-276).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento parcial do recurso para que seja acolhida a preliminar de extinção de punibilidade referente à parte dos delitos e reduzida a prestação pecuniária da condenação remanescente.

O recurso merece prosperar.

Narra a denúncia que no ano de 2007 o recorrente e o corréu (revel, com processo suspenso) subtraíram, com abuso de confiança, por diversas vezes, sobras de alumínio utilizadas nas instalações de portas e janelas de vidro pertencentes à vidraçaria da vítima, na qual trabalhavam.

A sentença realizou a *emendatio libelli* condenando o apelante pelo crime de apropriação indébita com causa de aumento (art. 168, § 1º, III, do CP c.c art. 71, do CP).

Pondero que mesmo tendo descrito a denúncia que ocorreram várias subtrações, não houve nenhuma prova da materialidade delitiva imputada ao réu em data anterior à acima descrita, apenas as declarações da vítima (p. 161-164), sem outras provas que as corroborassem.

Ademais, os fatos anteriores à 2.8.2007, que nem sequer foram comprovados, se o fossem teriam sido atingidos pela prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme bem observado no parecer ministerial (p. 282-283).

Assim, a análise da pretensão condenatória deve se pautar pelos fatos que tiveram comprovada a materialidade delitiva, ocorridos nas datas de 12.8.2007 e 14.8.2007, pelos quais impõe-se o reconhecimento da atipicidade, por força do princípio da insignificância.

Embora a denúncia narre que o prejuízo sofrido pela vítima foi de aproximadamente R$ 5.000,00, o auto de avaliação (p. 15) se baseou na quantidade que foi apreendida de objetos apropriados indevidamente, relativa às subtrações ocorridas em 12.8.2007 e 14.8.2007, conforme inquérito policial e depoimentos prestados em juízo, e nas declarações da vítima prestadas na data em que foi confeccionado o boletim de ocorrência (14.8.2007), afirmando-se que as sobras de alumínio eram vendidas pelo valor de R$ 6,00.

Logo, a avaliação dos bens a ser considerada é de R$ 128,40 e 15,40, totalizando R$ 143,80, na época dos fatos, enquanto o salário mínimo da época era de R$ 350,00 (Lei n. 11.498, de 28 de junho de 2007), demonstrando-se a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Aplica-se ao caso, portanto, o princípio da insignificância que, embora não previsto normativamente, possui natureza jurídica de causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, permitindo ao julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de importância ínfima para o Direito Penal.

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para utilização do princípio da insignificância, quais sejam: *"(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada"*. (STF – HC nº 93.453 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02.10.2009 – p. 133).

É que "*para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. (...) Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. (...) Desfalque praticamente nulo ao patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente.*" (STF. HC nº 92411/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 09/05/2008).

Na hipótese, além da inexpressividade da lesão causada, conforme acima citado, não houve ofensividade da conduta do agente e nem mesmo periculosidade social da ação, pois agiu no momento logo após realizar seu trabalho, longe dos olhos do empregador, sendo reduzido o grau de reprovabilidade do seu comportamento, pois embora tivesse se utilizado de seu emprego, não se apropriou dos bens diretamente utilizados pela empresa, mas de sobras de materiais (alumínio) que eram recicláveis e apenas aumentavam

a renda da vítima, que aliás, nem mesmo apresentou balanços financeiros demonstrando que tivesse sido considerável o prejuízo sofrido.

Sendo assim, prejudicada a análise das demais teses defensivas.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de Ricardo Pereira dos Santos a fim de absolvê-lo da imputação pela prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, do CP), por atipicidade da conduta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2014.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0017796-40.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CONDENAÇÃO POR AMEAÇA MANTIDA – CONVERSÃO DA CORPORAL EM RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há se falar em insuficiência de provas, ante o coerente conjunto probatório amealhado aos autos, pois a palavra da vítima, veio alicerçada por outros elementos probatórios, suficientes para a manutenção da condenação.

Incabível a aplicação do princípio da insignificância, porquanto a integridade física da mulher possui grande relevância para o Direito Penal e a violência contra esta praticada em âmbito doméstico e familiar goza de acentuado grau de reprovabilidade. Ademais, não é possível falar em bagatela imprópria no crime praticado quando as circunstâncias do caso concreto não indicam a desnecessidade da punição. Recurso não provido, com o parecer.

Afasta-se o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando o fato não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal porque o delito foi cometido com grave ameaça à vítima. Recurso não 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 unanimidade, não prover o recurso.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

C. T. S. interpõe recurso de apelação (p. 98-114) contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos autos de n. 0017796-40.2013.8.12.0001, que o condenou à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, pela prática do delito de ameaça, previsto no art. 147, do Código Penal, cuja pena privativa de liberdade foi suspensa pelo prazo de 2 anos, mediante condições.

No mérito requer absolvição do apelante ante a insuficiência de provas e/ou aplicação do princípio da insignificância e, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, prequestiona todos os dispositivos mencionados na fundamentação do apelo.

O Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública de Defesa da Mulher, em contrarrazões, pugnaram pelo improvimento do recurso (p. 118-126 e 128-138).

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 149-153).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por C. T. S. objetivando a reforma da sentença proferida pela MM Juíza de Direito da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande (p. 87/92).

Consta na exordial acusatória que, *"no dia 22 de dezembro de 2012, por volta das 21h00m, na residência localizada na rua Dois de Junho, 590, bairro Bila Amoré, em Campo Grande-MS, o denunciado Cicero Teixeira dos Santos ameaçou causar mal injusto e grave à vítima V. L. J., sua ex-convivente, afirmando 'Vou te matar! Vou te picar!'"*.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que condenou o acusado à pena de 01 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito de ameaça (art. 147, do CP), cuja pena privativa de liberdade foi suspensa pelo prazo de 2 anos, mediante condições.

A defesa pugna pela absolvição do apelante ante a insuficiência de provas e/ou aplicação do princípio da insignificância e, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por fim, pede a manifestação expressa, caso não prevaleça o recurso, sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública de Defesa da Mulher pugnaram pelo improvimento do recurso (p. 118-126 e 128-138).

A Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo desprovimento do mesmo (p. 149-153).

O recurso não merece prosperar.

Ao contrário do que aduz a defesa, acertou o magistrado singular em condenar C. T. S., dado que há elementos suficientes para preservar o édito condenatório, pois o fato tipificado como ameaça foi devidamente comprovado, conforme bem lançada sentença:

> *"Realizada a instrução, a vítima V. relatou que o réu "ia embora e voltava"; a vítima cansou dessa situação e falou para o réu; ele não aceitou e a ameaçou de morte; os vizinhos e a filha da vítima presenciaram a ameaça; estão separados e não houve outras ocorrências; o réu era agressivo.*
>
> *F. J. S., filha da vítima, contou que o réu tinha ingerido bebida alcoólica; o casal já tinha discutido na mesma data; a depoente viu o réu ameaçando colocar fogo na casa; a vítima falou que o réu ameaçou ela dizendo "vou te matar, vou te picar".*

> *Interrogado, o réu alegou que tinha ingerido bebida alcoólica e disse para vítima que colocaria fogo na casa; não ameaçou a vítima de matá-la; o motivo da vítima ter registrado a ocorrência seria por pretender retirá-lo da casa, pois estava se relacionando com outro homem, o vizinho.*
>
> *Verifica-se que o crime de ameaça resta devidamente comprovado nos autos, uma vez que a versão da vítima em juízo encontra-se em harmonia com suas declarações prestadas na fase extrajudicial, não sendo verificadas incongruências ou contradições que tenham o condão de desacreditá-la."*

De fato, o depoimento judicial da vítima, está em harmonia com o que prestou perante a autoridade policial e também com o depoimento em juízo da testemunha presencial dos fatos.

Calha lembrar que os crimes envolvendo violência doméstica em regra não possuem testemunha ocular, pois praticado às escondidas.

Por esse motivo, a palavra da vítima é essencial e de especial valor, principalmente quando há coerência e seus relatos são consistentes e lógicos e encontram respaldo nas demais provas constantes dos autos.

Ademais, ao contrário do que alega o apelante, não é necessário que as palavras sejam proferidas somente com ânimo calmo e refletido para configuração do delito, não há regra teórica absoluta, dependendo do caso concreto (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado* 11ª Ed. 2012. p. 730), basta que o ato seja praticado com o dolo de incutir à vítima o medo de um mal injusto e grave, o que se apresenta nos autos, conforme depoimento desta.

Noutro vértice, incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica, independentemente da gravidade, pois a integridade física da mulher possui grande relevância para o Direito Penal e a violência contra esta praticada em âmbito doméstico e familiar goza de acentuado grau de reprovabilidade social e moral. Outrossim, sequer é possível falar em bagatela imprópria, pois as circunstâncias do caso concreto não indicam a desnecessidade da punição.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa por restritiva de direitos, observa-se que o fato não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, pois, não obstante a pena imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, o delito foi cometido com grave ameaça contra a vítima.

Dessa forma, a condenação pelo crime de ameaça não merece nenhuma correção.

No que concerne ao prequestionamento dos dispositivos legais invocados, pondero que foram todos analisados nos fundamentos do voto, com o enfrentamento de todas as razões invocadas.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de C. T. S. , mantendo incólume a *r*: sentença.

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. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2014.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



MODELO

Justiça Restaurativa na Escola conta com mais de 150 atendimentos - 03/07/2013



Em outubro de 2012 teve início em três escolas da rede pública estadual de Campo Grande o projeto Justiça Restaurativa na Escola, uma forma alternativa e diferente do sistema tradicional de justiça, que visa prevenir a violência nas relações do contexto escolar, por meio de resolução de conflitos, de modo construtivo e pacífico, utilizando como sua principal ferramenta o diálogo. Ela baseia-se no princípio de que a vítima, ofensor, escola e comunidade devem compartilhar a busca de solução do conflito por meio do diálogo e gradativamente inserir uma cultura de paz.

Atualmente, o projeto conta com mais de 150 atendimentos (conflitos instalados) que incluem tanto o procedimento usual da Justiça Restaurativa - Círculo de resolução de Conflitos (pré-círculo, círculo restaurativo e pós-círculo), como também outras possibilidades de práticas restaurativas de forma preventiva à violência - Círculos de Apoio, Círculos de Diálogo, Círculos de Compreensão e orientação aos alunos.

O projeto é uma parceria entre a Secretária do Estado de Educação (SED) e o Tribunal de Justiça de MS, sendo executado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude. A princípio foi implantado nas escolas estaduais Arlindo de Andrade Gomes (Bairro Santo Amaro), Hércules Maymone (Bairro Itanhangá Parque) e José Maria H. Rodrigues (Bairro Mata do Jacinto), e após seis meses de atuação o projeto foi ampliado para mais duas escolas estaduais: Marçal de Souza Tupã-y (Bairro Los Angeles) e Pe. José Scampini (Bairro Cophavilla II).

A Justiça Restaurativa na Escola trabalha para sensibilizar a comunidade para esse novo modelo de justiça, implantando uma Cultura da Paz nas escolas da rede pública, do estado de Mato Grosso do Sul através de integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos buscando "Uma escola mais justa e uma justiça mais educativa".

Mais informações sobre o projeto podem ser obtidas pelo e-mail jr.escolas@tjms.jus.br, www.facebook.com/jrnaescola ou pelo telefone 3317-3989.

Autoria do texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Inaugurada exposição sobre o Tribunal do Júri no Fórum da Capital - 02/03/2015



Foi inaugurada na última sexta-feira (27) a exposição permanente que conta a história do Tribunal do Júri do Fórum de Campo Grande. A milenar instituição do júri agora tem um espaço próprio para contar a história dos casos mais notórios e de quem atuou na instituição jurídica mais democrática do Brasil. Na solenidade de inauguração foram homenageados o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que foi o juiz que mais júris presidiu na capital, durante 15 anos, e os advogados Ricardo Trad e Renê Siufi.

Quem for ao Tribunal do Júri no fórum da capital terá a oportunidade de conhecer a história de quase 103 anos do júri da Comarca de Campo Grande. A exposição é dividida em duas partes, a dos relatos históricos e a galeria de magistrados que presidiram os tribunais do júri da Capital, desde que foram criadas em 1994 as duas varas especializadas nesta seara.

Para o desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, homenageado na cerimônia, os quinze anos de atuação no Tribunal do Júri da Capital foram de grandes desafios. Júlio Roberto aponta o caso do assassinato da prefeita de Mundo Novo, Dorcelina Folador, como um dos mais emblemáticos. “Nós julgamos sete dos acusados. O caso teve muita repercussão por conta da vítima ter sido a primeira prefeita eleita com grande apoio do Movimento Sem-Terra, o que trouxe ao plenário deste júri, a cada audiência, vários ônibus com muitas pessoas. A vontade de fazer justiça era muito grande”, conta.

O visitante da exposição terá a oportunidade de ver os autos escritos a mão do primeiro caso da Comarca de Campo Grande, em 1912, quando a instituição jurídica se chamava Tribunal do Júry. Além disto, o acervo expõe armas antigas, usadas nos crimes de homicídio, e painéis que contam vários casos julgados e a própria evolução do júri, que hoje disponibiliza notebook para os jurados e já realizou um julgamento por videoconferência.

“Nós precisamos preservar a nossa memória. O Tribunal do Júri é um dos órgãos mais democráticos do Pode Judiciário, todos se interessam, as pessoas se envolvem e os jurados são pessoas do povo que tem o poder de julgar o semelhante”, disse o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós. O presidente

destacou os avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos. “Antes as pessoas tinham que manusear os processos de papel e hoje o jurado tem acesso a toda esta tecnologia, que com o tempo vai fazer com que as pessoas se esqueçam o que era feito antigamente. Esse avanço que demonstra a necessidade de se preservar a história do Júri da capital”.

Para o idealizador da exposição, o juiz Carlos Alberto Garcete de Almeida, titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, “a ideia surge a partir do momento que nós começamos a perceber o acervo histórico que nós temos sobre o tribunal do júri. Campo Grande fez história e este material todo não poderia se perder no tempo. O objetivo do Poder Judiciário estadual é resgatar todo o conjunto de informações e processos históricos, além de disponibilizar para a população e para os estudantes toda estas informações”.

Na exposição foram selecionamos três processos considerados emblemáticos em Campo Grande. O julgamento de Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-mar, o caso da clínica de aborto, da médica Neide Mota Machado, e o caso do assassinato da miss Campo Grande, na década de 80, morta pelo marido, que teve repercussão internacional pelo uso de uma carta psicografada pelo Médium Chico Xavier, que inocentava o acusado, o que foi aceito pelos jurados.

A exposição, elaborada pelo Departamento de Pesquisa e Documentação do TJMS, segue o mesmo formato da existente no Memorial do Tribunal de Justiça, com painéis localizados no saguão do Fórum de Campo Grande. A exibição aborda todo o histórico da instituição do Júri, desde sua origem na Roma Antiga até os dias de hoje.

Na cerimônia estavam presentes desembargadores, juízes, advogados e outras autoridades, além da participação do Coral do Tribunal de Justiça de MS.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

“Expedição da cidadania” levará serviços da Justiça à população carente do Pantanal - 05/03/2015



Serviços básicos da Justiça serão levados agora à população ribeirinha da região do Pantanal (MS), por meio da “Expedição da cidadania”, organizada pela Justiça Federal, Estadual, Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo, que percorrerá o Rio Paraguai no trecho de Corumbá, no Mato Grosso do Sul, a Cáceres, no Mato Grosso. A iniciativa, apoiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem o objetivo de garantir à população que vive em situação de isolamento e pobreza o acesso a serviços como emissão de documentos como certidão de nascimento, carteira de identidade, carteira de pescador, concessão administrativa de benefícios previdenciários, serviços de saúde preventiva, dentre outros.

O projeto, promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) em parceria com a Marinha do Brasil, tem como parceiros os Tribunais Regionais Federais (TRFs) da 1ª e da 3ª Região, os Tribunais de Justiça (TJs) do Mato Grosso do Sul e do Mato Grosso, os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) dos dois Estados, a Defensoria Pública de Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, Defensoria Pública da União, o governo dos dois Estados, o cartório de registro de Corumbá(MS) e de Cáceres (MT), além do Ministério da Pesca, Ministério da Previdência Social, Ministério das Comunicações, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Receita Federal do Brasil, Sesi, prefeitura de Corumbá e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

Duas visitas - Na primeira fase, que ocorrerá no período de 10 a 27 de março, serão feitos pré-atendimentos para a identificação das necessidades da população atendida, expedição dos documentos e elaboração dos requerimentos administrativos de benefícios previdenciários. Já na segunda visita da expedição, que deve ocorrer no período de 11 a 29 de maio, serão entregues os documentos, realizadas as audiências de instrução e julgamento dos processos.

De acordo com a juíza Raquel Domingues do Amaral, presidente da turma recursal dos juizados de Mato Grosso do Sul e coordenadora da expedição, devem ser atendidas cerca de 1.500 pessoas que vivem às margens do Rio Paraguai, além da população pantaneira que vive no interior das fazendas, também em situação de isolamento. “Trata-se de populações tradicionais com pouca visibilidade social, em situação de

pobreza e que só teriam acesso a esses serviços por meio de barcos ou helicópteros, o que, devido ao preço do combustível, é praticamente impossível a elas", diz a juíza Raquel.

A expedição percorrerá 600 quilômetros do Rio Paraguai e reunirá aproximadamente 60 voluntários, dentre servidores, magistrados, e até mesmo palestrantes para dar, por exemplo, orientações sobre primeiros socorros em caso de picadas de cobras, causa muito frequente de mortes na região. A população pantaneira tem como característica a forte oralidade e ausência de qualquer registro por escrito. "Não basta apenas levar os serviços da Justiça, pois é comum encontrarmos pessoas com 90 anos e ainda sem o registro de nascimento", diz a juíza.

Com o registro da carteira de pescador, por exemplo, essas pessoas passam a ter direito à aposentadoria, que até então não está assegurada. Para a realização das audiências e sentenças, também farão parte da expedição os magistrados Samuel de Castro Barbosa Melo, juiz de Corumbá (MS), e Régis de Souza Araújo, juiz de Cuiabá (MT).

Apoio do CNJ – De acordo com a juíza Raquel, o apoio do CNJ é muito importante para atingir o objetivo de institucionalizar o projeto, para que se torne parte do Judiciário brasileiro e conte com orçamento próprio para atender às chamadas populações tradicionais do Brasil, reconhecidas pelo Decreto Presidencial nº 6.040, de 2007. "Desta forma, poderá ser elaborado um calendário de expedições para atender a outras populações como a da região norte do Maranhão, considerada Amazônia Legal, Vale do Jequitinhonha (MG), população ribeirinha do Rio Araguaia, dentre outras pelo país", conta.

A expedição de 2015 pretende atender a uma parcela da população pantaneira que nunca contou com este tipo de serviço. Em 2009, foi realizada uma expedição no Rio Paraguai, mas em sentido Sul, de Corumbá (MS) até Porto Murtinho (MS), com o oferecimento dos mesmos serviços, em que foram atendidas cerca de 6 mil pessoas. As "Expedições da Cidadania" tem como alvo as populações consideradas tradicionais, como, por exemplo, indígenas, quilombolas, garimpeiros e ribeirinhos.

Autora da notícia: Luiza de Carvalho Fariello - Agência CNJ de Notícias

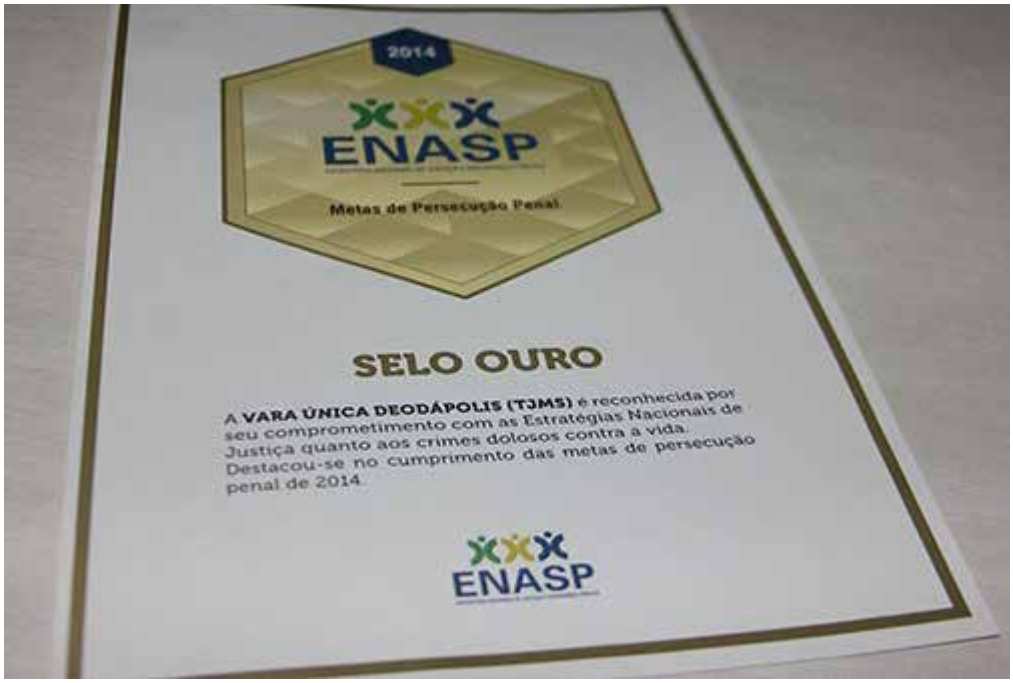
Vídeo: Exposição do Júri no Fórum de Campo Grande em destaque - 10/03/2015



Está disponível no Youtube (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a exposição permanente que conta a história do Tribunal do Júri no Fórum da Capital e a primeira missão do projeto-piloto fruto de parceria entre o Poder Judiciário e a Marinha que levou pelos rios do Pantanal atendimento jurídico à população ribeirinha de Corumbá.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Deodápolis recebe Selo Ouro do CNJ - 12/03/2015



O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concedeu à Comarca de Deodápolis o Selo Ouro da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp), ao zerar os estoques de ações penais de competência do Tribunal do Júri. Oito varas do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul receberam em outubro do ano passado a premiação bronze do selo em reconhecimento aos resultados atingidos na Semana Nacional do Júri, realizada entre 17 e 21 de março de 2014.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, o recebimento da premiação do CNJ demonstra mais uma vez o empenho do judiciário sul-mato-grossense para cumprir as metas estabelecidas. "Nós vamos continuar perseguindo o cumprimento das metas propostas pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme as orientações e como tem sido feito para manter o Judiciário de Mato Grosso do Sul dentre os melhores do país", ressaltou o presidente.

A juíza titular da comarca, Kelly Gaspar Duarte Neves, ressaltou o empenho dos servidores de Deodápolis e do Tribunal de Justiça em perseguir o cumprimento de todas as Metas estabelecidas pelo CNJ. "Nós recebemos esta premiação como um reconhecimento do trabalho que realizamos e com a certeza de que o Tribunal de Justiça tem dado muita atenção no que é estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça".

Em 2014 as unidades judiciárias da 1ª e 2ª Vara do Júri de Campo Grande, 3ª Vara Criminal de Dourados, Vara Criminal de Aquidauana, 1ª Vara Criminal de Amambai, 1ª Vara Criminal de Corumbá, 1ª Vara da Comarca de Bonito e 1ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste foram as contempladas com o Selo Bronze.

Para concorrer aos selos, de reconhecimento nacional, as Varas de Tribunais de Júris tiveram de realizar entre quatro a cinco sessões de julgamentos na Semana Nacional do Júri de 2014, cuja classificação da premiação foi definida entre Bronze, Prata, Ouro e Diamante. Esta foi uma ação coordenada pelo CNJ, por meio da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança (Enasp). A finalidade foi priorizar o julgamento de todas as ações penais de homicídios dolosos que tenham recebido denúncia até 31 de dezembro de 2009.

Neste ano, o Judiciário de MS está mobilizando magistrados e servidores para a segunda edição da Semana Nacional do Júri, que ocorrerá em todas as comarcas do Estado, de 13 a 17 de abril. O objetivo, mais uma vez, é bater as metas estabelecidas diminuindo os estoques de processos de crimes contra a vida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Iniciativa inédita de MS é destaque no site do CNJ - 12/03/2015



Foto: Divulgação - Cotolengo Sul-mato-grossense

De forma ousada e inédita, a Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), ligada à 2ª Vara de Execução Penal (VEP) de Campo Grande, alterou, em abril de 2010, o formato de destinar as verbas arrecadadas com as penas pecuniárias. Se antes os réus realizavam o pagamento diretamente nas instituições, há quatro anos todos os valores devidos a título de prestação pecuniária são depositados em uma subconta da CEPA.

A prática adotada pela 2ª VEP de Campo Grande serviu de exemplo para a Resolução nº 154/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária.

Desde 2010, foram direcionados pela Central de Execução de Penas Alternativas de MS mais de R$ 3 milhões relativos à prestação das penas pecuniárias para o desenvolvimento de vários projetos, dentre eles uma instituição que atende pacientes com paralisia cerebral que, nos últimos três 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.

A matéria do resultado desse projeto é matéria de capa hoje do CNJ. Para conferir é só acessar: www.cnj.jus.br.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça de MS repassa R$ 3 milhões a instituições sociais com base em resolução do CNJ - 12/03/2015

Nos últimos cinco anos, um programa desenvolvido pela 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande (MS) garantiu o repasse de R$ 3 milhões provenientes de recursos de penas pecuniárias – aquelas aplicadas aos crimes de menor potencial ofensivo – a diversas instituições sociais, como creches, hospitais, clínicas de reabilitação, asilos, dentre outros. As instituições se cadastram junto à vara e inscrevem projetos que, para obtenção de verba, precisam ser aprovados por uma equipe de profissionais de assistência social, pelo Ministério Público e pelo juiz, que realiza o acompanhamento e a prestação de contas da execução. Algumas entidades, como instituições para dependentes químicos e hospitais psiquiátricos, recebem também presidiários que realizam tratamentos enquanto cumprem a pena.

O programa foi desenvolvido na Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, com base na Resolução nº 154 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamentou o uso dos recursos arrecadados com as prestações pecuniárias, incluindo as entidades sociais entre os destinatários preferenciais desse tipo de recurso. Para regulamentar a resolução no estado, a Corregedoria-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul editou, em 2013, o Provimento 86, que estabelece que as entidades interessadas em receber recursos financeiros oriundos das penas pecuniárias devem apresentar projetos com objetivo e cronograma detalhados para análise e acompanhamento pela Justiça.

De acordo com o juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, a resolução do CNJ deu respaldo para a prática que o Judiciário sul-mato-grossense começou a realizar em 2009. “Considero que a norma foi um divisor de águas, pois antes não se tinha um controle do quanto a Justiça ajudava nos projetos sociais. Ainda há muita resistência, devido ao trabalho extra de analisar projetos e acompanhá-los posteriormente”, diz Neto.

Entre 2009 e 2014, o dinheiro captado com as penas – pouco mais de R$ 3 milhões –, já foi aplicado em mais de 60 projetos no estado de diversas instituições. Entre elas, a Instituição Cotolengo, que atende pacientes com paralisia cerebral, e, nos últimos três 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. “Antes do programa, recebíamos apenas doações pontuais em pequenos valores, e agora vamos conseguir ampliar de 800 para 2.200 os atendimentos às crianças”, diz Padre Braz Ricardo, coordenador da instituição.

Reciprocidade – Outra instituição beneficiada com os recursos captados pela Central de Execução de Penas Alternativas é a unidade feminina da Fazenda da Esperança, local de reabilitação de dependentes químicos, que recebeu R$ 350 mil para ampliar o atendimento. Com a verba foi construída uma casa com capacidade para abrigar 30 mulheres em tratamento. De acordo com Daniela dos Santos Lima, agora é possível separar para atendimento diferenciado as mulheres que estão em processo de triagem, nos primeiros três meses de tratamento, período mais delicado em que ainda há crises de abstinência. Na fazenda, as pacientes se ocupam de atividades como cultivo na horta, missas religiosas, artesanato, atendimento com psicólogos, dentre outros. De acordo com Daniela, a demanda é grande, considerando o alto índice de drogas no estado, que faz fronteira com a Bolívia e o Paraguai.

A unidade feminina da fazenda no Mato Grosso do Sul, que completa quatro anos, já recuperou 80 mulheres, e sobrevivia, antes do repasse feito pela Justiça, apenas de doações de familiares de pacientes e da venda de artesanatos e produtos que fabricam na própria fazenda. De acordo com o juiz Neto, algumas presas são encaminhadas para tratamento na fazenda, para que cumpram a pena enquanto fazem o tratamento para se livrar do vício. "A entidade está sempre de portas abertas para a Justiça", diz.

Resolução – Conforme a Resolução 154 do CNJ, a verba pecuniária, quando não destinada à vítima ou a seus dependentes, deve ser, preferencialmente, repassada à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada. A verba deve ser recolhida em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará assinado pelo juiz. Seu repasse deve priorizar entidades que mantenham, por maior tempo, número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou a instituição pública. Na mesma condição estão as que atuam diretamente na execução penal, na assistência à ressocialização de condenados, na assistência a vítimas de crimes e na prevenção da criminalidade, a exemplo dos conselhos da comunidade.

Outro possível destino desses recursos, segundo a norma do CNJ, são atividades de caráter essencial à segurança pública, à educação e à saúde, desde que atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora.

Autora da notícia: Luiza de Carvalho Fariello - Agência CNJ de Notícias

Instalação de Varas de Execução Fiscal irá agilizar processos - 17/03/2015



Com a presença dos chefes dos poderes estadual e municipal, além de outras autoridades, o Tribunal de Justiça instalou nesta terça-feira (17), no Fórum de Campo Grande, as Varas de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual e da Fazenda Pública Municipal.

O presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, explicou que o objetivo do desmembramento da atual Vara Fiscal em duas com competência para julgar separadamente os processos das áreas estadual e municipal é amenizar a sobrecarga de trabalho, que em fevereiro tinha 209.673 processos em andamento.

Em seu discurso, Lós lembrou das dificuldades de se imprimir celeridade em uma vara, cuja única juíza respondia por mais de 209 mil processos. Falou da demanda das varas de execução fiscal, dos créditos que devem ser tratados de forma diferenciada e anunciou que será implantado um núcleo permanente de conciliação no Fórum, permitindo a realização de uma série de mutirões, o que deve representar prestação jurisdicional mais rápida.

Para que se entenda melhor a necessidade de desmembramento e instalação de duas varas, é necessário apontar que dos 209.673 processos em trâmite, 5.865 são da Fazenda Estadual, dos quais 64% tramitam eletronicamente, e 203.808 são da Fazenda Municipal, sendo 88% eletrônicos.

A juíza Joseliza Alessandra Vanzela Turine responderá pela Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual e, cumulativamente até a designação de titular, pela Execução Municipal. Para Joseliza, o desmembramento da Vara de Execução Fiscal em duas será benéfico tanto para o Judiciário quanto para a população e os entes públicos.

"Na vara de execução fiscal temos cerca de três mil processos que interessam diretamente ao cidadão, que são os embargos e as anulatórias de débito, que terão seu trâmite agilizado. Os entes públicos também serão beneficiados, pois terão melhor racionalidade no recebimentos dos créditos públicos. O juiz não ficará sobrecarregado, embora a carga de trabalho ainda seja grande, enfim, todos ganham", disse ela.

O governador Reinaldo Azambuja agradeceu ao presidente do TJMS o desmembramento, que resultará em celeridade no resgate dos créditos que atenderão a demanda do Estado. “A dívida ativa do Estado é de R$ 5,5 bilhões. Só dos 5.865 processos que tramitam na Vara de Fazenda Pública Estadual será possível arrecadar R$ 2,2 bilhões. E mais: os 100 maiores credores devem juntos R$ 1,4 bilhões. Precisamos dar essa resposta à população e com essas parcerias, como a que temos com o TJMS, ganha o Estado, ganha a população sul-mato-grossense”.

O prefeito de Campo Grande, Gilmar Olarte, também agradeceu a parceria estabelecida com a justiça que resultará em mais rapidez na resposta que se dá ao cidadão. “A prefeitura está comprometida com tudo o que for bom para a população. Agradeço ao Des. Lós a parceria”.



TJ faz parceria com o Executivo para levar a justiça a todo o Estado - 17/03/2015



Na tarde desta segunda-feira (16), o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, assinou convênio com o Governo do Estado de MS para ser parceiro no programa Caravana da Saúde, que abrangerá todos os 79 municípios do Estado, fazendo atendimento de saúde em 11 microrregiões. A primeira visita da caravana será no município de Coxim.

Segundo o Des. João Maria Lós, a participação do Judiciário no projeto será com serviços de justiça, que já são oferecidos na capital e em algumas comarcas e que vão ser prestados junto à caravana. "Com mais esta parceria com o Governo do Estado, nós poderemos estender os serviços da Justiça Itinerante e do Juizado de Trânsito para outras cidades ainda não atendidas. Com isto, estamos unindo forças com todos os Poderes do Estado para dar amplo atendimento de serviços à população sul-mato-grossense".

Todos os serviços de justiça, oferecidos pelo Poder Judiciário, e os serviços de saúde, ofertados pelo Executivo, serão gratuitos para a população. Pela proposta, a caravana percorrerá os polos de Aquidauana, Campo Grande, Coxim, Corumbá, Dourados, Jardim, Naviraí, Nova Andradina, Ponta Porã, Paranaíba e Três Lagoas, fazendo visitas mensais até o ano de 2016, atendendo, inclusive, as cidades próximas a estes polos.

O governador do Estado, Reinaldo Azambuja, salientou a importância das parcerias feitas para dar suporte ao programa. "Com o apoio de todos os Poderes do Estado e de todos os outros órgãos nós vamos garantir um Mato Grosso do Sul melhor para nossa gente".

Fazem parte deste projeto o chamado "Sistema S", que abrangem Senai, Senar, Sesi, Senac, Sesc e IEL, além do Corpo de Bombeiros, Detran e Secretaria de Estado de Educação.

Estiveram presentes na solenidade os desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Luiz Gonzaga Mendes Marques, além de deputados federais, deputados estaduais, vereadores, secretários estaduais e prefeitos de diversos municípios de MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Nélio Stábile é empossado desembargador do TJMS - 18/03/2015



Nélio Stábile é o novo desembargador do Tribunal de Justiça de MS. A votação para preencher o cargo da mais alta Corte sul-mato-grossense foi realizada nesta quarta-feira (18) e a posse foi imediata em sessão solene do Tribunal Pleno. Stábile ocupará a vaga deixada pelo Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, que se aposentou no dia 25 de fevereiro.

Bastante emocionado, o novo desembargador fez um discurso em que não esqueceu de agradecer nem aos desembargadores que o conduziram ao plenário. Lembrou ainda do juiz Mauro Nering Karloh, vice-presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), que representou os associados.

"É com inegável, inexcedível, insuperável orgulho que pronuncio estas palavras, dirigindo-me a todos a quem tenho, antes de tudo, por verdadeiros amigos, neste momento ímpar de minha carreira na magistratura, ao alcançar o mais alto grau no Poder Judiciário de MS e assumir o cargo de desembargador. Este é um momento esperado, aguardado e pelo qual anseio desde o início da carreira. (…) É verdadeiramente o sonho realizado, mas que não se esgota em si e representa, antes, o compromisso redobrado de perseverança, de labor e de dedicação às causas da justiça".

Nélio falou ainda do que se pode esperar do novo desembargador. "Junto-me a este qualificado e gabaritado corpo de julgadores com a intenção de somar esforços, de contribuir para o aperfeiçoamento das questões da justiça, para aprender e me aperfeiçoar com seus ensinamentos, que compõem um dos melhores, senão o melhor, Tribunal de Justiça do país. (…) A intenção é somar, contribuir, continuar a missão de bem distribuir justiça".

Citando Vinícius de Morais, Nélio homenageou a esposa, a quem chamou de confidente, sempre companheira de toda vida, de todas vidas. "No Soneto do Amor Eterno, relembro e reafirmo o compromisso, o sentimento e a fidelidade desde nossa união: amo-te tanto, meu amor/ como amigo e como amante/ um intenso e permanente/ dentro da eternidade e a cada instante".

Ao final, lembrou dos pais e às filhas fez também uma declaração de amor. "Amo vocês além de minha própria vida".

Em nome do Tribunal de Justiça, a saudação foi do Des. Marcelo Rasslan. Ele citou que a promoção de Nélio Stábile ao cargo de desembargador representa justa chegada ao ápice da carreira, antevista desde o

ingresso na magistratura sul-mato-grossense, por aprovação no IX Concurso, no qual também foi aprovado, e cumprimentou a família do novo integrante do Tribunal Pleno.

"Juntamo-nos à sua família, neste momento de orgulho e alegria, e a ela rendemos nossa homenagem, porque conhecemos e sabemos da sua importância na sustentação dos ideais e da firmeza de caráter de que se reveste o novel desembargador".

Rasslan chamou o novo colega de trabalhador, diligente, comprometido com os ideais da Justiça, preocupado com a boa e eficiente prestação jurisdicional, sempre pronto a encarar os desafios que a vida e a carreira antepõem, ressaltando que exerceu todos os cargos com competência e dedicação, e merecendo o respeito e a admiração de todos que o conhecem.

"Aqui, integrará o Tribunal Pleno, a 2ª Seção Cível e a 3ª Câmara Cível. Imagina-se que chegar ao ápice da carreira da magistratura estadual significa ter menos trabalho, mais horas vagas, menor necessidade de dedicação. Ao contrário, integrar a Corte de Justiça Estadual exige mais. E é também por isto que V. Excelência é chamado. Estamos felizes porque a ele prontamente atendeu, dispensando, inclusive, maior solenidade, o que faz aflorar ainda mais a sua forma humilde de ser, de atuar e de se comportar. Ao tempo em que, em nome do Tribunal Pleno, dou-lhe as boas vindas, registro que Vossa Excelência sempre esteve e está pronto para o trabalho".

Perfil – Nélio Stábile nasceu em Presidente Prudente (SP), ingressou na magistratura em junho de 1988 e atuava como titular da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande. Casado, pai de duas filhas, ele começou a carreira na 4ª circunscrição e a primeira promoção veio pouco tempo depois, no mesmo ano, para titularizar a Vara Cível e Criminal de Itaporã.

Em dezembro de 1990 uma nova promoção o levou para Três Lagoas, comarca de 2ª entrância, e judicou na 1ª Vara Criminal até abril de 1999, quando foi promovido para a entrância especial e assumiu a 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Definidos novos procedimentos com bens apreendidos por crimes - 20/03/2015

Foi publicada no Diário da Justiça de quinta-feira (19) a Portaria nº 008/2015, do juiz diretor do Foro da Capital, regulamentando os novos procedimentos para depósito de bens apreendidos por crimes de uso e/ou tráfico de entorpecentes.

O motivo está relacionado ao fato de que o depósito do fórum está lotado de bens apreendidos desta natureza e, no entanto, o art. 62 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, segundo o magistrado, expressamente determina que "os instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes de tráfico deverão ficar sob custódia da autoridade policial", exceto as armas que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Desse modo, os referidos objetos a partir de agora não mais deverão ser recebidos no mencionado depósito, salvo se houver expressa autorização do juiz responsável pelo processo tendo em vista o valor pecuniário, a relevância para a prova do processo ou evitar, por exemplo, perecimento ou deterioração do bem.

Por fim, o Diretor do Foro informou que os bens já recebidos poderão ficar até que tenham a destinação prevista em outra Portaria, de n. 04/2015.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ instala Pajus e doa Kombi para atender crianças indígenas de Japorã - 20/03/2015



A partir de agora, a população da cidade de Japorã, localizada no extremo sul do Estado, poderá contar com os serviços judiciais com a instalação do Posto Avançado da Justiça (Pajus), inaugurado pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós. Durante a cerimônia, ocorrida na manhã desta sexta-feira (20), o cacique Roberto Carlos Martins, da aldeia indígena Porto Lindo, contou sobre os casos de desnutrição das crianças indígenas, que estão sem transporte para fazer tratamento. Sensibilizado com o relato, o presidente do TJMS anunciou a doação de um veículo Kombi, utilizado pelo TJ, para que a prefeitura dê o atendimento a esta população.

O Des. João Maria Lós falou da intenção do Judiciário em estar presente nas cidades que não são comarcas. "Nós devemos estar presentes em todas as cidades e comunidades do Estado. Esta é uma primeira estaca que o Poder Judiciário está fincando para estar presente em todos os municípios do Estado, sobretudo nas localizadas na região de fronteira, garantindo a justiça e os direitos das populações mais desassistidas, como os indígenas".

O município de Japorã possui 7.731 habitantes, a maioria vivendo na área rural ou em aldeias indígenas. A cidade possui "a vergonhosa situação de pior Índice de Desenvolvimento Humano do Centro-Oeste", como contou o prefeito Vanderley Bispo de Oliveira. "A gente sonha sempre e sonhar em conjunto é ainda melhor. Com o trabalho social e com a instalação deste Pajus em Japorã, nós queremos mudar e transformar a realidade da nossa gente", disse o prefeito.

O cacique Roberto Carlos Martins disse estar muito feliz em participar deste processo de fortalecimento do Judiciário em Japorã. "Nós somos a maioria da população deste município e somos vistos como desobedientes da lei, mas precisamos da proteção dos órgãos públicos para podermos cumprir com nossas obrigações".

Doação – Roberto Carlos contou um pouco da situação de sua aldeia e convidou as autoridades para conhecer sua realidade. De acordo com o cacique, 33 crianças apresentam quadro de desnutrição, alguns graves, não tendo como fazer o tratamento no Centro de Combate à Desnutrição, pois o veículo cedido pela Prefeitura à Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), que cuida da aldeia, está quebrado há mais de um mês.

Com o relato do indígena, o desembargador João Maria Lós prontificou-se em disponibilizar um veículo do Tribunal, que iria a leilão, destinando à prefeitura para que leve as crianças desnutridas para fazer tratamento junto a médicos e nutricionistas do Centro. "Este veículo vai ser de grande valia porque estará salvando muitas vidas de crianças indígenas", ressaltou o prefeito de Japorã.

Neste atendimento, a equipe da Sesai busca em casa a criança com a mãe e ambos passam o dia no Centro de Combate à Desnutrição, que conta com médico e enfermeiro da Secretaria, e nutricionista e demais membros da equipe (zeladores, cozinheiros, merendeiros e motoristas) da Prefeitura de Japorã. No local as crianças recebem todo o atendimento necessário, recebendo alimentação balanceada para a melhora da saúde.

Durante a cerimônia de inauguração do Pajus, o presidente sinalizou a intenção de implantar comarca em todas as cidades do Estado. "Todas as cidades devem ter a presença do Estado. A ideia é levar ao Executivo e ao Legislativo proposta de emenda à Constituição Estadual, para dotar todos os municípios de fórum, Ministério Público, Defensoria Pública, polícia civil e militar, garantindo a segurança e os direitos da população do Mato Grosso do Sul".

A cerimônia contou, ainda, com a participação do juiz auxiliar da Presidência, Paulo Afonso de Oliveira, do diretor do foro da Comarca de Mundo Novo, Eduardo Floriano Almeida, representantes da Defensoria Pública, Ministério Público, OAB e também de outras autoridades locais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Posse de novo desembargador do TJMS em destaque - 24/03/2015



Está disponível no Youtube (http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a instalação das Varas de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual e da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande e a posse do juiz Nélio Stábile no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Livro dos 35 anos do Judiciário de MS está disponível no site do TJ - 25/03/2015



Já está disponível no site do TJMS o livro publicado em comemoração aos 35 anos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, que tem o objetivo de resgatar a memória e mostrar toda a trajetória e evolução da justiça sul-mato-grossense nessas três décadas e meia de história, por meio de uma linha do tempo.

Muitas mudanças aconteceram ou foram realizadas, a fim de melhorar os serviços prestados à população do estado de Mato Grosso do Sul. Como consequência, inovações foram proporcionadas em diversos setores relacionados, o que fez com que o Poder Judiciário de MS estivesse, por diversas vezes, em destaque.

A linha do tempo destaca acontecimentos da história do PJMS, que vão desde o início do Tribunal de Justiça de MS, ainda no Edifício Cosmos, em 1979; passando pela criação dos Juizados Especiais, criação da Justiça Comunitária, Justiça Itinerante e Juizado de Trânsito e a implantação da Sala Segura no Tribunal de Justiça.

Outros fatos são relembrados, como o primeiro concurso de servidores para as comarcas; criação do projeto Conheça o Tribunal de Justiça; inauguração da Galeria dos Desembargadores; a realização do projeto Justiça na Praça; a criação da Coordenadoria da Infância e da Juventude; a criação da Escola Judicial e a adesão do Judiciário do estado às redes sociais.

Assim como os fatos são destacados e relembrados, indiretamente, fazem com que sejam lembradas também as pessoas envolvidas em todos os trabalhos desenvolvidos durante os 35 anos, que contribuíram para o aumento do prestígio e da confiança depositadas pelos cidadãos sul-mato-grossenses no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Além da linha do tempo, a versão on-line completa do livro físico também está disponível e pode ser acessada no endereço http://www.tjms.jus.br/tjms35anos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ministra Cármen Lúcia reúne-se com magistrados no Tribunal de Justiça - 27/03/2015



Na tarde desta sexta-feira (27), a presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, esteve no Tribunal de Justiça para conhecer um pouco da justiça de MS e falar com os desembargadores e juízes da Capital.

A ministra, que está em Campo Grande para participar do Congresso Pantheon Jurídico, confessou que tem um carinho especial pela capital de MS e defendeu a proximidade do juiz com o cidadão. Ela ressaltou que, cada vez mais, aposta no federalismo judicial; que muito se caminhou com a Constituição Federal, porém, na federalização no judiciário nada se avançou.

"É preciso fortalecer a justiça estadual e acabar com essa cultura de que tudo acaba nas Cortes. A Carta Magna permite que façamos mais, embora não tenhamos como conter o excesso de processos, mas não há necessidade de se eternizar os processos. Temos que evitar o excesso de recursos. Acredito muito nos tribunais e gostaria que andássemos juntos".

A integrante da mais alta corte de justiça do país apontou que nos tribunais superiores não se tem contato com o ser humano – apenas papéis do processo, e que a tendência é acreditar que o juiz de 1º grau ouviu a pessoa, olhos nos olhos e está mais preparado a resolver a demanda.

"Essa proximidade com o jurisdicionado leva o bom juiz a julgar melhor, pois o Brasil reclama uma prestação mais rápida e correta do direito. Os tribunais sabem de sua responsabilidade e conhecem seu papel. De minha parte, farei o que puder para contribuir".

O Des. João Maria Lós, presidente do TJMS, falou da proximidade da justiça estadual com a população e lembrou que, depois da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a justiça estadual ficou desprestigiada.

"Sua visão de aproximação com quem busca a justiça nos deixa animados. O juiz de primeiro grau mora na comarca e conhece as pessoas, suas necessidades, sua vida, o que permite a proximidade desejada".

Lós mencionou também que está estudando a possibilidade de ter uma comarca em cada município sul-mato-grossense – hoje são 52 comarcas para 79 municípios – porque onde tem juiz há a redução da criminalidade, pois se cria um ambiente com promotor, defensor, delegado, enfim, mecanismos de repressão à criminalidade.

Para o presidente, a urgência está nas cidades menores, além da atenção que se deve dar aos municípios de fronteira. "Muito nos alegra saber que apoia a magistratura e reconhece o valor do magistrado, principalmente os que vivem o dia a dia da população. Em MS, temos essa mentalidade, tanto juízes quanto desembargadores, de ter contato com os cidadãos. O Tribunal nunca se furtou e exemplo disso é a campanha que realizamos para arrecadar ovos de Páscoa para algumas instituições", concluiu o presidente do TJMS em suas palavras à ministra.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus,br

Comarcas realizam ações da campanha Paz - Nossa Justa Causa - 30/03/2015



Legenda: Palestra em Camapuã

Na última semana, as comarcas de Cassilândia e Camapuã realizaram ações da campanha Paz – Nossa Justa Causa. No dia 23 de março, a juíza Luciane Buriasco Isquerdo, da 2ª Vara Cível e Criminal de Cassilândia, proferiu palestra para as beneficiárias do programa Bolsa Família, em evento promovido pelo CRAS local, sobre igualdade de direitos entre homens e mulheres e violência doméstica.

Há cerca de quatro anos, a magistrada tem um programa de rádio semanal chamado Culturativa, voltado ao público leigo. Neste mês de março, a juíza dedicou três dos quatro programas de rádio ao tema dos direitos das mulheres e violência doméstica. No programa da sexta-feira, dia 27, com o tema Violência Doméstica, foi tratada a campanha do Tribunal de Justiça, ocasião em que foi ao ar entrevista com a defensora pública Graziele Carra Dias Ocáriz. Os programas podem ser ouvidos pelo site http://www.radiopatriarca.com.br/culturaativa.asp.

Nesta semana, a juíza Luciane Buriasco estará nos jornais das duas rádios locais, como entrevistada, falando do tema.

Camapuã – Em continuidade às atividades da campanha Paz - Nossa Justa Causa, na última sexta-feira (27) foi realizada uma palestra sobre o combate à violência doméstica, com a presença dos juízes Deni Luis Dalla Riva e Zidiel Infantino Coutinho, do advogado Etevaldo Vieira de Oliveira, a Cabo Divanir Ferreira da Silva e a psicóloga Ana Claúdia de Saboya Salgado, além de membros do Conselho da Comunidade de Camapuã.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa

Discurso de saudação proferido pelo Desembargador Marcelo Câmara Rasslan por ocasião da posse do novo Desembargador

Aos dezoito de março de 2015.

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Excelentíssimas Autoridades,

Excelentíssimos magistrados, integrantes do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública,

Senhores e Senhoras,

Familiares do Desembargador Nélio Stábile:

Feliz, e honrado com a indicação feita pelo Presidente desta Corte para saudar, em nome de sua composição plena, o novo integrante deste Sodalício, deparo-me com tarefa fácil.

Registro que a promoção preenche a vaga deixada pelo ilustre Desembargador Osvaldo Rodrigues de Melo, por força de aposentadoria ocorrida no último mês.

Magistrado brilhante, estudioso, pacato, cortês e de posições firmes, por décadas exerceu seu mister em prol da população deste Estado, que ajudou a construir e que fez também seu, aqui deixando a sua marca e os seus ensinamentos, o Desembargador Osvaldo Rodrigues de Melo é agora sucedido pelo Desembargador Nélio Stábile.

A promoção do Juiz Nélio Stábile para o cargo de desembargador representa justa chegada ao ápice da carreira, antevista desde o seu ingresso na magistratura sul-mato-grossense, que ocorreu por aprovação no IX Concurso para Juiz Substituto, no qual também lograram êxito Abdala Abi Faraj, Ailton Stroppa Garcia, Aparecida Henrique Abreu, Geraldo Almeida Santiago, José Ale Ahmad Netto, Mário Abelha, Vilson Bertelli e este que vos fala.

Fruto da união do casal Olívia Pardo Stábile e José Stábile Filho, irmão de Rossana e Evandro Stábile, este também Desembargador no Estado de Mato Grosso, o Desembargador Nélio Stábile nasceu e viveu em Presidente Prudente, onde cursou todos os níveis de ensino até formar-se em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino. Pós graduou-se em Comércio Executivo Exterior.

Iniciou sua carreira como advogado, com atuação nos estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso Na capital paulista exerceu, também, as atividades de professor, subgerente e assessor jurídico de banco, e trader em uma multinacional.

Casado com Fátima Luizari Stábile, coroou sua vida pessoal e familiar com a felicidade de ter três filhas, Natascha, Stéphanie e Nicole.

Juntamo-nos à sua família, neste momento de orgulho e de alegria, e a ela também rendemos nossa homenagem, porque conhecemos e sabemos da sua importância na sustentação dos ideais e da firmeza de caráter de que se reveste o novel Desembargador.

Ao tomar posse na magistratura guaicurú, o Desembargador Nélio Stábile foi designado como Juiz Substituto na Comarca de Três Lagoas, sede daquela Circunscrição Judiciária, e, logo depois, foi promovido para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Itaporã, pelo critério de merecimento. Retornou à Três Lagoas, por nova promoção por merecimento, como Juiz de Direito de Segunda Entrância, de onde saiu, também por promoção por merecimento, para judicar em Campo Grande, como Juiz de Direito de Entrância Especial, onde atuava como titular da Primeira Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos.

Em todas as Comarcas por onde passou, exerceu as funções de Juiz Eleitoral, e até ontem ocupava vaga destinada a classe de Juiz de Direito junto ao Tribunal Regional Eleitoral de nosso Estado, que integrava desde agosto de 2013, onde compartilhou ensinamentos e solidificou a sua preparação para as decisões colegiadas, após breve período de atuação, como Juiz Convocado em substituição a Desembargador do nosso Tribunal de Justiça.

Trabalhador, diligente, comprometido com os ideais da Justiça, preocupado com a boa e eficiente prestação jurisdicional, o Desembargador Nélio Stábile, mercê de tantas outras qualidades, viu-se reconhecido filho de Campo Grande, em 2010, por ato da Câmara de Vereadores.

Pronto, sempre, para encarar os desafios que a vida e a carreira antepõem, o Desembargador Nélio Stábile também foi membro do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, diretor da Associação dos Magistrados do Mato Grosso do Sul (AMAMSUL), integrante da Comissão de Direitos Humanos da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Delegado da AMB e da AMAMSUL nas Conferências Estadual e Nacional de Direitos Humanos, membro do Comitê do Judiciário para a Saúde e coordenador da Câmara Técnica em Saúde – CATES, do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Exerceu todos os cargos com competência e dedicação. Granjeou o respeito e a admiração, merecidamente, de todos que o conhecem.

Aqui, integrará o Tribunal Pleno, a 2ª Seção Cível e a 3ª Câmara Cível.

Imagina-se que chegar ao ápice da carreira da magistratura estadual significa ter menos trabalho, mais horas vagas, menor necessidade de dedicação. Ao contrário, integrar a Corte de Justiça Estadual exige mais. E é também por isto que Vossa Excelência é chamado. Estamos felizes porque a ele prontamente atendeu, dispensando, inclusive, maior solenidade, o que faz aflorar ainda mais a sua forma humilde de ser, de atuar e de se comportar.

Ao tempo em que, em nome do Tribunal Pleno deste Sodalício, dou-lhe as boas vindas, ilustre colega Nélio Stábile, registro que Vossa Excelência sempre esteve e está pronto para o trabalho.

Temos a certeza que bem desempenhará suas funções nesta Corte, como é de seu feitio, difundindo seus ensinamentos e distribuindo verdadeira Justiça, em prol do bem comum, ao qual sempre se dedicou.

Honramo-nos com sua presença entre nós, desejamos-lhe sucesso nesta nova fase da carreira, vida longa, saúde plena e felicidade sempre.

Discurso do Doutor Nélio Stábile ao tomar posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Aos dezoito de março de 2015.

Excelentíssimos Senhores:

Desembargador João Maria Lós, DD. Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça,

Desembargador Paschoal Carmello Leandro, DD. Vice-Presidente,

Desembargador Julizar Barbosa Trindade, DD. Corregedor-Geral de Justiça,

Em nome dos quais peço vênia para saudar todos os eminentes desembargadores, e juízes, que compõem este tribunal pleno.

Prezados Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte e Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa, que representando o Egrégio Tribunal de Justiça, acolheram e me conduziram a este plenário.

Caro amigo Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, que me dirigiu a saudação com excedida gentileza, a qual debito mais à generosidade do colega e amigo do que aos predicados que possuo.

Excelentíssimo Doutor Mauro Nerling Karloh, Vice-Presidente da Amamsul – Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul e representando o Presidente Doutor Luiz Felipe Medeiros Vieira.

Excelentíssimos Doutores Juízes de Direito que aqui comparecem.

Excelentíssimo Dr. Humberto de Matos Brites, DD. Procurador-Geral de Justiça

Excelentíssimo Dr. Paulo André Defante, DD. Defensor Público-Geral

Excelentíssimo Doutor Mansour Elias Karmouche, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Secção Mato Grosso do Sul e particular amigo

Meus amados familiares, minha esposa e companheira Fátima, minhas diletas filhas Natascha, Stéphanie e Nicole

Minha irmã Rossana aqui presente e ao meu irmão Evandro. Minha cunhada Aparecida, minha prima Rosa Maria, meus sobrinhos Lucas e Raquel, meu sobrinho neto Luigi, e todos os parentes que não puderam comparecer em razão única da brevidade do ato.

Meus queridos amigos, cuja presença muito me honra, que tornam esta cerimônia ainda mais importante e à qual emprestam o brilho insubstituível da amizade, meu muitíssimo obrigado.

Meus estimados e queridos servidores, queridas servidoras do cartório da primeira Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da qual hoje me desligo, os queridos servidores de minhas outras lotações e de outras comarcas pelas quais passei, meus prezados e inestimáveis assessores, prezados estagiários e estagiárias que trouxeram não só auxílio mas também o espírito indagativo, todos colaboradores insubstituíveis e que tornaram meu mister exequível e estimulante.

Senhoras e senhores

É com inegável, inexcedível, insuperável orgulho que pronuncio estas palavras, dirigindo-me a todos a quem tenho, antes de tudo, por verdadeiros amigos, neste momento ímpar de minha carreira na magistratura, ao alcançar o mais alto grau no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul e assumir o cargo de Desembargador.

Nada obstante a singeleza desta solenidade, a meu pedido realizada nesta mesma data e pelo que agradeço imensamente à compreensão e benevolência deste Tribunal, este é um momento esperado, aguardado e pelo qual anseio desde o início da carreira, então como juiz substituto aprovado na nona turma de magistrados deste, então e ainda, nóvel Estado da Federação.

Do sonho ainda juvenil de cursar as letras do Direito, à satisfação de concluir o curso e continuar nas lides da advocacia que exerci por quase dois lustros, à aprovação no concurso da magistratura e efetivação como juiz de direito, seguiu-se o desejo, anseio e empenho em atingir os patamares mais elevados da carreira, como o exercício da judicatura na entrância especial e que vem de ser coroada, agora, com a assunção neste Egrégio Tribunal de Justiça.

É verdadeiramente o sonho realizado, mas que não se esgota em si e representa, antes, o compromisso redobrado de perseverança, de labor e de dedicação às causas da Justiça.

Se há um tempo de semear e um de colher, penso que ainda estou no tempo de semear, agora em outra instância, mas com igual compromisso, com redobrada ética, com renovado estudo e trabalho. O tempo de colher ficará para etapa posterior, na inatividade da judicatura.

Hoje, trago apenas palavras de agradecimento, que brotam da sinceridade e humildade com que recebo nesta data a Toga de Desembargador.

Agradeço imensamente aos Excelentíssimos Desembargadores que nesta data me aclamaram para ocupar esta cadeira e desempenhar esta importante missão.

Em especial e principalmente por terem permitido, a mim, alcançar o topo da magistratura já com período completo de exercício profissional na primeira instância, com a moderação própria da experiência, com o comedimento imanente à maturidade, com a serenidade de quem recebe a promoção não como um prêmio por méritos, mas como a outorga de estendida responsabilidade de decidir quanto às pessoas e aos bens da vida, quanto aos direitos mais comezinhos até os mais fundamentais.

Tenho, verdadeiramente, que este meu momento e promoção não chegam antes e nem tardiamente, mas no tempo certo, na hora adequada, na propícia medida em que permitirá paulatinamente alcançar o elevado entendimento e sapiência de vossas excelências.

Junto-me a este qualificado e gabaritado corpo de julgadores com a intenção de somar esforços, de contribuir para o aperfeiçoamento das questões da Justiça, para aprender e me aperfeiçoar com os ensinamentos de Vossas Excelências, que compõem um dos melhores, senão o melhor, Tribunal de Justiça do País, conhecido e reconhecido por sua eficiência no processamento e julgamento dos recursos, por suas iniciativas inovadoras tais como os Juizados Especiais, a Justiça Itinerante, os Centros de Conciliação e de Mediação de Conflitos, a Primeira Casa, no país, de Assistência Plena à Mulher, ao Comitê do Fórum do Judiciário para a Saúde, a digitalização completa de todos os feitos judiciais de todas as áreas, a consolidação de todo seu regramento quanto a magistrados e servidores e outras tantas iniciativas que refletiram na outorga, pelo Conselho Nacional de Justiça, do Selo Diamante, de proficiência e gabarito.

A intenção é de somar, de contribuir, de continuar a vossa missão de bem distribuir a Justiça, sempre tendo em mente o compromisso assumido e agora há pouco renovado nesta Sessão, de respeito fiel e cumprimento estrito à Constituição e às leis, como forma de evitar a supressão ou impedir o malferimento dos direitos, afastar alardeadas pretensões ditatoriais para a vida em sociedade, sejam elas de ente público, sejam de agremiações ou de particulares; compromisso de sublevar a barbárie que possa se avizinhar, de contribuição em tudo quanto a Justiça possa e deva atuar, de prezar a imperatividade do Direito, a vida e a liberdade como fundamentais.

O meu agradecimento é para além desta promoção, que em si é muito mais do que importante para mim. Os agradecimentos vão para todos os excelentíssimos desembargadores, desta atual e das anteriores composições do Egrégio Tribunal de Justiça e de todos os Juízes de Direito, que me acolheram na magistratura, dispensando sempre o tratamento lhano, a palavra amiga de incentivo e de estímulo, a benevolência de considerar como um igual, a complacência com eventuais dificuldades e deficiências através das lições doutrinárias ou em venerandos acórdãos.

A todos, desembargadores e demais colegas magistrados, minha imorredoura gratidão.

Meus agradecimentos também aos colegas, da Magistratura Estadual e Federal, da Advocacia, do Ministério Público e da Defensoria Pública com os quais dividi o labor diário e o exercício de outras funções, tais como nos Juizados Especiais, nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais e no Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, este do qual me despedi na Sessão de ontem com inescondível emoção. Todos esses profissionais sempre me brindaram com o respeito, tratamento digno e verdadeira consideração nesses quase vinte e seis anos de magistratura.

Atuar nos colegiados que citei, além da satisfação própria do exercício profissional, colaboraram, aprimoraram e me gabaritaram para assumir hoje a função de desembargador, na medida em que aprendi a conviver com diferença de opiniões e, principalmente, diferença de decisão e de razões de decidir, da submissão à vontade e decisão da maioria como representação da verdadeira tradução do que seja justo.

Desde meu ingresso na magistratura em junho de 1988, passando como juiz substituto pela comarca de Três Lagoas, como Juiz de Direito de Primeira Entrância na minha querida Itaporã, como Juiz de Direito na progressista e encantadora Três Lagoas e na Entrância Especial nesta cidade morena de Campo Grande frente à Primeira Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, sempre pude contar com o apoio desmedido, a dedicação de toda hora e a enaltecida amizade dos servidores do judiciário, aos quais dedico um agradecimento especial, na pessoa dos meus amigos servidores aqui presentes mas endereçado a todos os demais que tornaram o minha judicatura mais amena, mais acurada e mais apreciada porque na companhia de, mais do que servidores, verdadeiros e leais amigos.

Sou tanto um magistrado coroado na carreira como um homem realizado plenamente graças à mulher que me acompanha, me instiga, me impulsiona, à mulher que se desdobra nos cuidados de esposa e de mãe tanto quanto se dedicou, não só à própria profissão e atividade, como também à minha profissão e vocação, que lhe retirou tantas horas de convívio familiar, que nos trouxe da casa familiar de luxo para a diminuta casa de tábua em rua de chão batido da primeira comarca.

A voce Fátima, minha Fafi, dedico esta promoção e com você divido os louros dessa nova etapa, ratificando, em todas as horas de nossa vivência, o meu imorredouro amor por você, minha esposa e confidente, minha sempre companheira de toda vida, de todas vidas.

Parafraseando, ou sintetizando Vinícius de Morais, no soneto do amor eterno, relembro e reafirmo o compromisso, o sentimento e a fidelidade desde nossa união:

"Amo-te tanto, meu amor como amigo e como amante um intenso e permanente dentro da eternidade e a cada instante."

A realização profissional e pessoal, como magistrado e como homem, resplandece de maior importância e contentamento em razão dessas três jóias que adornam minha vida e cintilam em minha alma: minhas amadas filhas Natascha, Stéphanie e Nicole.

Já se disse que, nesta vida terrena e para cumprir sua missão ou vocação, o ser humano deverá se perpetuar, seja por afastar indefinidamente a hora do sono infinito, seja por deixar seus traços, seus laços e suas memórias vivas através de sua descendência.

Mercê disso, é que vocês, queridas filhas, são a expressão e garantia da imortalidade, da permanência infinita e sucessiva, da preservação da memória e continuidade de nosso espírito, já que, nada obstante a individualidade de cada qual, vive um pouco de nós, pai e mãe, através do amor que lhes dedicamos e do amor que de vocês recebemos.

Assim é que vinda de vocês três a minha vida constitui-se a razão da minha própria existência, do amor de pai que não mede esforços e não cabe em medidas, do destemor aos riscos da minha própria vida se disso depender a garantia do seu bem estar .

Já por tudo isso minha gratidão a vocês e, mais e adicionalmente, por serem as filhas maravilhosas, de índole reta e personalidade envolvente, de caráter digno e dignificante a todos com quem convivem, de amor filial inescondível, inafastável, imensurável que conforta e alegra a mim e a minha alma.

Amo vocês além de minha própria vida.

E, como não podemos deixar nossa própria memória à volubilidade do esquecimento, agradeço e saúdo José, lavrador, parceleiro, comerciário, contador e advogado, e Olívia, normalista, contadora, professora e educadora, ambos Stábile, meus pais, cujas lições, conselhos e incentivo foram cruciais para o início desta jornada.

E como as palavras já vão longe, ainda que insuficientes para demonstrar toda a minha gratidão e contentamento, pela promoção e pela desvanecedora presença de todos, que engalanam e abrilhantam esta solenidade, finalizo modestamente, com meu muito obrigado.

Soneto do Amor Total - Vinícius de Moraes

Amo-te tanto, meu amor... não cante o humano coração com mais verdade...

Amo-te como amigo e como amante

Numa sempre diversa realidade

Amo-te afim, de um calmo amor prestante

E te amo além, presente na saudade

Amo-te, enfim, com grande liberdade

Dentro da eternidade e a cada instante

Amo-te como um bicho, simplesmente

De um amor sem mistério e sem virtude

Com um desejo maciço e permanente

E de te amar assim, muito e amiúde

É que um dia em teu corpo de repente

Hei de morrer de amar mais do que pude

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação n. 0069790-15.2010.8.12.0001 055
Apelação n. 0800440-79.2012.8.12.0018 067
Agravo Regimental n. 0800650-40.2011.8.12.0027/50000 072

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0012007-94.2012.8.12.0001 077
Apelação n. 0801759-44.2014.8.12.0008 081
Mandado de Segurança n. 0834994-23.2014.8.12.0001 090

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0000865-47.2005.8.12.0031 094
Apelação n. 0038183-52.2008.8.12.0001 098
Apelação n. 0817154-34.2013.8.12.0001 102

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0004263-87.2008.8.12.0001 107
Apelação n. 0824503-88.2013.8.12.0001 114
Petição n. 1600343-32.2014.8.12.0000 119

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0059219-48.2011.8.12.0001 139
Apelação n. 0800285-43.2012.8.12.0029 147
Apelação n. 0831250-54.2013.8.12.0001 156

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0004269-63.2010.8.12.0021 162
Apelação n. 0021869-26.2011.8.12.0001 165
Apelação n. 0126206-08.2007.8.12.0001 176

João Maria Lós

Apelação n. 0000728-29.2009.8.12.0030 181
Apelação n. 0835647-59.2013.8.12.0001 189
Mandado de Injunção n. 1409921-03.2014.8.12.0000 194

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0001660-33.2011.8.12.0002 202
Apelação n. 0002152-22.2011.8.12.0003 207
Apelação n. 0800313-46.2013.8.12.0006 212

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0100165-69.2005.8.12.0002 216
Agravo Regimental n. 1400734-34.2015.8.12.0000/50000 225
Agravo Regimental n. 1413962-13.2014.8.12.0000/50000 231

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0000894-82.2008.8.12.0002 236
Apelação n. 0839328-37.2013.8.12.0001 250
Mandado de Segurança n. 4009113-46.2013.8.12.0000 267

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0000239-18.2006.8.12.0023 281
Apelação n. 0001585-70.2008.8.12.0043 287
Apelação n. 0826157-13.2013.8.12.0001 297

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0006358-22.2010.8.12.0001 309
Apelação n. 0363584-77.2008.8.12.0001 313
Apelação n. 0805878-69.2014.8.12.0001 318

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação n. 0071561-28.2010.8.12.0001 326
Agravo de Instrumento n. 1404705-61.2014.8.12.0000 330
Mandado de Segurança n. 1413680-72.2014.8.12.0000 336

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0010025-21.2009.8.12.0043 344
Apelação n. 0076031-10.2007.8.12.0001 362
Apelação n. 0844735-24.2013.8.12.0001 377

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0010066-83.2011.8.12.0021 386
Apelação n. 0053915-68.2011.8.12.0001 390
Apelação n. 0805522-74.2014.8.12.0001 395

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0203132-11.2009.8.12.0017 400
Apelação n. 0800582-45.2014.8.12.0008 405
Apelação n. 0820226-63.2012.8.12.0001 412

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental n. 0000051-40.2011.8.12.0026/50000 415
Apelação n. 0806521-24.2014.8.12.0002 426
Agravo de Instrumento n. 1415945-47.2014.8.12.0000 431

Vilson Bertelli

Apelação n. 0039004-37.2000.8.12.0001 434
Apelação n. 0053816-35.2010.8.12.0001 437
Apelação n. 0800551-53.2013.8.12.0010 440

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0059846-52.2011.8.12.0001 443
Apelação n. 0007081-67.2012.8.12.0002 447
Apelação n. 0056884-22.2012.8.12.0001 456

Jairo Roberto de Quadros

Apelação n. 0000368-77.2012.8.12.0034 462
Agravo Regimental n. 0803245-68.2013.8.12.0018/50000 472
Mandado de Segurança n. 1407935-14.2014.8.12.0000 477

José Ale Ahmad Netto

Apelação n. 0102704-03.2008.8.12.0002 484
Apelação n. 0801119-73.2012.8.12.0020 487
Conflito de Competência n. 1602305-90.2014.8.12.0000 490

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Habeas Corpus n. 1410573-20.2014.8.12.0000 494
Habeas Corpus n. 1411890-53.2014.8.12.0000..... 498
Habeas Corpus n. 1414705-23.2014.8.12.0000 501

Dorival Moreira dos Santos

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002687-37.2010.8.12.0018/50000..... 504
Apelação n. 0038114-44.2013.8.12.0001 515
Habeas Corpus n. 1413776-87.2014.8.12.0000 528

Francisco Gerardo de Sousa

Habeas Corpus n. 1412157-25.2014.8.12.0000 531
Habeas Corpus n. 1414192-55.2014.8.12.0000 535
Habeas Corpus n. 1414897-53.2014.8.12.0000 541

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Habeas Corpus n. 1400379-24.2015.8.12.0000 547
Habeas Corpus n. 1401181-22.2015.8.12.0000..... 552
Habeas Corpus n. 1415517-65.2014.8.12.0000 556

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0001811-40.2006.8.12.0045 561
Apelação n. 0032938-55.2011.8.12.0001 567
Habeas Corpus n. 1401478-29.2015.8.12.0000 573

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0054400-34.2012.8.12.0001..... 581
Habeas Corpus n. 1401061-76.2015.8.12.0000 585
Apelação n. 0001839-62.2014.8.12.0001 592

Maria Isabel de Matos Rocha

Recurso Em Sentido Estrito n. 0001753-75.2012.8.12.0029..... 597
Habeas Corpus n. 1400740-41.2015.8.12.0000 606
Habeas Corpus n. 1415670-98.2014.8.12.0000 610

Romero Osme Dias Lopes

Apelação n. 0002888-29.2014.8.12.0005 613
Habeas Corpus n. 1400223-36.2015.8.12.0000 618
Habeas Corpus n. 1400668-54.2015.8.12.0000 622

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0000006-20.2008.8.12.0033 626
Apelação n. 0016012-35.2007.8.12.0002 630
Apelação n. 0017796-40.2013.8.12.0001 634

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação coletiva

Celíacos. Franquia de rede de lanchonetes fast food. Produtos industrializados. Obrigação de inserir informação nas embalagens. Expressão contém glúten. Desnecessidade. Inserção das informações em cardápios e publicidade do estabelecimento (0021869-26.2011.8.12.0001) 165

Abuso de autoridade

Arquivamento de peças de informação. Membro de Ministério Público estadual. Manifestação de arquivamento pelo Procurador-Geral de Justiça. Revisão pelo Colégio dos Procuradores. Possibilidade. Remessa dos autos (1600343-32.2014.8.12.0000) 119

Ação de cobrança

Despejo. Locação. Inadimplemento de parcelas. Rescisão antecipada. Multa contratual. Juros de mora. Correção monetária. Termo inicial. Vencimento da parcela (0006358-22.2010.8.12.0001) 309

Honorários advocatícios. Retenção indevida de valores pelo advogado. Prática de ato ilícito. Dano moral. Indenização devida (0800440-79.2012.8.12.0018)..... 067

Prestação de contas. Síndico de condomínio. Desvio de recursos. Não comprovação. Honorários advocatícios e periciais. Responsabilidade do condomínio. Princípios da sucumbência e da causalidade (0102704-03.2008.8.12.0002) 484

Seguro privado. Acordo firmado entre segurado e seguradora. Inexistência de participação dos assistentes litisconsorciais. Sentença homologatória. Impossibilidade (0000239-18.2006.8.12.0023) 281

Ação de obrigação de fazer

Alienação de bem imóvel. Ação de divórcio. Falta de interesse processual (0801119-73.2012.8.12.0020)...487

Danos morais. Não comprovação. Mero dissabor. Honorários advocatícios. Valor. Arbitramento (0056884-22.2012.8.12.0001) 456

Ação de outorga de escritura

Obrigação de outorga de escritura pública. Astreintes. Limite de teto. Dano moral. Indenização devida (0000728-29.2009.8.12.0030) 181

Ação de perempção

Imóvel urbano. Condomínio. Área pro diviso. Quinhões definidos. Comunhão entre proprietários da matrícula do imóvel. Venda a terceiros. Possibilidade (0100165-69.2005.8.12.0002).....216

Ação de reparação de danos

Laqueadura tubária. Gravidez. Erro médico. Falha na prestação do serviço. Não comprovação (0817154-34.2013.8.12.0001) 102

Ação declaratória

Cédula de crédito rural. Aval prestado por pessoa física. Nulidade (0800650-40.2011.8.12.0027/50000)..072

Imposto *causa mortis*. ITCD. Base de cálculo. Avaliação judicial. Desnecessidade. Imóvel rural. Valor venal (0010066-83.2011.8.12.0021) 386

Adjudicação compulsória

Compromisso de compra e venda. Quitação do contrato. Obrigatoriedade da transferência. Adquirente de boa-fé (0059219-48.2011.8.12.0001) 139

Alvará judicial

Levantamento de valores em conta corrente. Pessoa falecida. Pretensão das herdeiras. Recolhimento do ITCD - Fazenda pública estadual. Falta de interesse para recorrer (0835647-59.2013.8.12.0001) 189

Bem de família

Execução. Imóvel. Desmembramento. Penhora de fração. Possibilidade. Nova avaliação. Impossibilidade (1400734-34.2015.8.12.0000/50000) 225

Casamento

Anulação. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Requisitos. Não comprovação (0800551-53.2013.8.12.0010) 440

Concurso público

Agente tributário estadual. Anulações de questões da prova objetiva. Impossibilidade de revisão pelo Poder Judiciário (1413680-72.2014.8.12.0000) 336

Convocação exclusivamente pelo diário oficial. Ofensa aos princípios da publicidade e da razoabilidade (0834994-23.2014.8.12.0001).....090

Escrivão da polícia civil. Teste de aptidão física. Salto em altura. Exigência desarrazoada (1407935-14.2014.8.12.0000) 477

Conflito de competência

Juizado Especial da Fazenda Pública. Ação anulatória de débito fiscal. Empresa jurídica que não se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte. Competência da vara de execução fiscal (1602305-90.2014.8.12.0000) 490

Contrato de arrendamento

Promessa de compra e venda. Venda de imóvel a terceira pessoa. Julgamento citra petita. Reconvenção. Não apreciada. Falta de interesse. Perda superveniente do objeto (0001585-70.2008.8.12.0043) 287

Contrato de gaveta

Transferência do domínio. Possibilidade. Quitação das prestações relativas ao imóvel (0038183-52.2008.8.12.0001) 098

Dano moral

Contrato não cumprido. Cancelamento. Fatura debitada em conta. Devolução em dobro. Inadimplemento. Danos morais. Indenização indevida (0805878-69.2014.8.12.0001) 318

Demora na transferência do imóvel. Multa cominatória. Dano moral puro. Redução do quantum indenizatório (0844735-24.2013.8.12.0001).....377

Negativação indevida. Inclusão do nome de pessoa falecida nos órgãos restritivos. Abalo a honra dos familiares. Dever de indenizar. *Quantum* indenizatório razoável e proporcional (0803245-68.2013.8.12.0018/50000)..472

Embargos à execução

Empréstimo pessoal. Cédula de crédito bancário. Vencimento antecipado da dívida. Cláusula abusiva (0053816-35.2010.8.12.0001).....437

Embargos de terceiro

Ação de cumprimento de sentença. Suspensão. Averbação na matrícula do imóvel. Descabimento (1404705-61.2014.8.12.0000) 330

Bem de família. Bem dado em hipoteca. Renúncia do devedor (0001660-33.2011.8.12.0002) 202

Erro médico

Indenização. Prescrição. Relação de consumo. Termo a quo. Data da constatação do dano. Evento morte (0059846-52.2011.8.12.0001).....443

Responsabilidade objetiva do hospital. Responsabilidade subjetiva do corpo médico. Negligência na prestação do serviço. Dever de indenizar. Pensionamento vitalício. Danos morais. Valor mantido. Proporcionalidade (0076031-10.2007.8.12.0001) 362

Execução

Título extrajudicial. Penhora on line. Conta salário. Impossibilidade. Bem impenhorável. Natureza alimentar (1415945-47.2014.8.12.0000)..... 431

Execução fiscal

Executado falecido antes do ajuizamento da ação. Substituição pelo espólio. Impossibilidade. Legitimidade para abertura de inventário (0004269-63.2010.8.12.0021).....162

IPTU. Prescrição. Termo inicial. Notificação do contribuinte (0039004-37.2000.8.12.0001).....434

Honorários advocatícios

Vide Ação de cobrança. Retenção indevida de valores pelo advogado. Prática de ato ilícito. Dano moral. Indenização devida.

Indenização

Alienação de imóvel. Direito de preferência. Locatária. Impossibilidade (0012007-94.2012.8.12.0001) ..077

Compra realizada pela internet. Não entrega do produto adquirido. Má prestação do serviço. Dano moral configurado. Indenização devida (0824503-88.2013.8.12.0001) 114

Constituição de servidão. Prazo prescricional. Laudo pericial. Princípio da valoração da prova (0800313-46.2013.8.12.0006) 212

Contratação de empréstimo. Falha na prestação do serviço. Desconto em folha indevido. Dano moral. Indenização devida (0002152-22.2011.8.12.0003).....207

Dano moral. Prescrição. Intoxicação. Inseticida. Responsabilidade subjetiva. Ente público. Omissão. Quantum indenizatório (0007081-67.2012.8.12.0002) 447

Exclusão do nome do Serasa. Decisão judicial. Desobediência. Lucros cessantes. Dano moral. Configuração. Redução do quantum. Valor razoável e proporcional (0010025-21.2009.8.12.0043) 344

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Alvará de soltura não cumprido. Prisão indevida. Danos morais configurados. Indenização devida (0800285-43.2012.8.12.0029) 147

Responsabilidade civil do Estado. Falha na identificação criminal. Constrangimento ilegal. Dano moral. Indenização devida (0004263-87.2008.8.12.0001).....107

Tarifa. Conta inativa. Negativação indevida. Dano moral. Indenização devida (0069790-15.2010.8.12.0001) 055

Transferência de veículo com adulteração de chassi. Falha na prestação do serviço. Vistoria realizada pelo Detran. Danos material e moral. Indenização devida. Lucros cessantes. Indevidos (0000368-77.2012.8.12.0034) 462

Inventário

Regime de comunhão parcial de bens. Não concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Meação do cônjuge. Partilha do bem. Incidência tributária (1413962-13.2014.8.12.0000/50000) 231

Mandado de injunção

Aposentadoria especial. Servidor público estadual. Ilegitimidade passiva do Governador do Estado. Incompetência absoluta da justiça comum. Processo extinto sem resolução do mérito (1409921-03.2014.8.12.0000) 194

Município

Contratação temporária de trabalho. Sucessivas prorrogações. Devido pagamento do FGTS e demais verbas trabalhistas (0801759-44.2014.8.12.0008) 081

Plano de saúde

Fornecimento de prótese. Coparticipação do usuário na aquisição do material. Abusividade (0071561-28.2010.8.12.0001) 326

Tratamento médico. Negativa cobertura. Dano moral. Dever de indenizar caracterizado. *Quantum* indenizatório. Critério de razoabilidade e proporcionalidade (0831250-54.2013.8.12.0001).....156

Processo político administrativo

Cassação de prefeito municipal. Recebimento da denúncia. Quorum. Instalação da Comissão Processante. Princípio da simetria (0839328-37.2013.8.12.0001) 250

Recuperação judicial

Demandas trabalhistas. Prosseguimento. Impossibilidade. Juízo universal. Multa cominatória. Limitação temporal (0000051-40.2011.8.12.0026/50000) 415

Registro civil

Retificação. Patronímico da avó paterna. Acréscimo. Possibilidade (0806521-24.2014.8.12.0002) 426

Responsabilidade civil

Acidente de trânsito. Transporte coletivo urbano. Culpa concorrente. Inocorrência. Indenização. Dano moral. Pensão arbitrada. Dano material. Juros de mora. Correção monetária (0000894-82.2008.8.12.0002) 236

Seguro obrigatório

Ação de cobrança. Morte de nascituro. Direito a indenização. Nexo causal entre a morte e o acidente. Correção monetária. Termo a quo. Data do acidente (0826157-13.2013.8.12.0001).....297

Tributário

ICMS. Diferencial de alíquotas. Empresa de construção civil. Retenção e apreensão de mercadoria. Aquisição decorrente de operação interestadual. Consumidor não contribuinte do imposto (4009113-46.2013.8.12.0000) 267

Usucapião especial

Imóvel rural. Artigo 1.239 do Código Civil. Requisitos não comprovados. Contrato verbal. Comodato. Improcedência (0363584-77.2008.8.12.0001)..... 313

Usucapião rural

Imóvel situado em perímetro urbano. Critério de localização do bem. Requisito não preenchido (0000865-47.2005.8.12.0031) 094

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Alimentos

Execução. Pensão alimentícia. Prisão civil. Prazo de cumprimento. Lei de alimentos. Aplicabilidade (1415670-98.2014.8.12.0000)..... 610

Crime de ameaça

Violência doméstica. Princípio da insignificância. Não aplicação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade (017796-40.2013.8.12.0001).....634

Crime militar

Corrupção ativa. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Garantia da ordem pública (1401478-29.2015.8.12.0000) 573

Direito autoral

Princípio da insignificância. Impossibilidade (0032938-55.2011.8.12.0001) 567

Disparo de arma de fogo

Embriaguez. Dolo eventual não configurado. Disparo acidental. Absolvição (0000006-20.2008.8.12.0033) 626

Estupro de vulnerável

Absolvição. Conjunto probatório insuficiente para condenação. *In dubio pro reo* (0001811-40.2006.8.12.0045) 561

Pedofilia. Favorecimento a prostituição. Liberdade provisória. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Aplicação de medidas cautelares. Inviabilidade (1415517-65.2014.8.12.0000)....556

Furto

Energia elétrica. Princípio da insignificância. Rejeição da denúncia. Mantida (0001753-75.2012.8.12.0029) 597

Fiança. Condição financeira precária. Substituição por cautelares diversas (1411890-53.2014.8.12.0000)..... 498

Furto qualificado

Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Abrandamento do regime prisional (0002888-29.2014.8.12.0005) 613

Homicídio qualificado

Condenação. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Condições pessoais favoráveis – Irrelevância (1413776-87.2014.8.12.0000) 528

Peculato

Crimes licitatórios. Medidas cautelares. Revogação parcial. Ausência de adequação e proporcionalidade (1401061-76.2015.8.12.0000).....585

Porte ilegal de arma de fogo

Prisão preventiva. Revogação. Aplicação do princípio da homogeneidade. Condições pessoais favoráveis. Constrangimento ilegal evidenciado (1400223-36.2015.8.12.0000)..... 618

Posse ilegal de munições

Abolitio criminis. Não ocorrência. Maus antecedentes criminais. Configuração. Confissão espontânea. Atenuante inaplicável (002687-37.2010.8.12.0018/50000) 504

Princípio da insignificância

Apropriação indébita. Delito praticado com abuso de confiança. Materialidade delitiva. Atipicidade material. Absolvição (0016012-35.2007.8.12.0002) 630

Crime contra o patrimônio. Apropriação indébita. Atipicidade da conduta. Absolvição (0054400-34.2012.8.12.0001) 581

Prisão civil

Alimentos. Três últimas parcelas vencidas e vincendas. Legalidade (1412157-25.2014.8.12.0000).....531

Prisão preventiva

Homicídio qualificado. Apresentação espontânea. Irrelevância. Necessidade da constrição cautelar (1414705-23.2014.8.12.0000) 501

Lesão corporal. Violência doméstica. Descumprimento de medidas protetivas. Inocorrência. Concessão parcial (1410573-20.2014.8.12.0000)..... 494

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Deficiência na fundamentação. Condições pessoais favoráveis. Revogação. Aplicação de medidas cautelares diversas (1401181-22.2015.8.12.0000).....552

Receptação

Uso de documento falso. Adulteração de chassi. Prisão preventiva. Requisitos legais demonstrados. Garantia da ordem pública. Aplicação de medidas cautelares. Inviabilidade. Constrangimento ilegal não demonstrado (1400379-24.2015.8.12.0000).....547

Tráfico de entorpecentes

Desclassificação para o delito de uso. Inviabilidade. Pena-base. Multa. Redução do quantum. Agravante. Tráfico privilegiado. Regime prisional. Alterado para um dos réus. Substituição por restritivas de direitos. Cabível (0038114-44.2013.8.12.0001) 515

Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Paciente primário. Pequena quantidade. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal. Aplicação de medidas alternativas. Possibilidade (1414192-55.2014.8.12.0000)..... 535

Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Prisão domiciliar. Possibilidade. Medida cautelar diversa. Art. 318, III, do CPP (1400668-54.2015.8.12.0000) 622

Violação de domicílio

Absolvição. Ausência de oitiva das vítimas. Ameaça. Absolvição. Atipicidade da conduta (0001839-62.2014.8.12.0001) 592

Violência doméstica

Ameaça. Desacato. Descumprimento de medidas protetivas. Prisão preventiva. Pressupostos autorizadores da medida. Garantia da ordem pública (1400740-41.2015.8.12.0000) 606

Descumprimento de medida protetiva de urgência. Precindibilidade. Necessidade de resguardar a integridade física da vítima. Constrangimento ilegal. Presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância (1414897-53.2014.8.12.0000).....541