Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 36 - n. 197
Julho a Setembro de 2015



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 36 - n. 197 - Julho - Setembro de 2015

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 36, n. 197

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. 197 (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. 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)

Dr. Geraldo de Almeida Santiago (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

A análise dos pleitos de aposentadoria especial decorrentes de mandados de injução e da Súmula Vinculante nº 33 - aspectos práticos.

Carivaldo Damaceno Marciliano e Maria Tatiana Vieira Cação 007

Jurisprudência Cível..... 028

Jurisprudência Criminal..... 413

Noticiário..... 600

Índice Onomástico 646

Jurisprudência Cível 714

Jurisprudência Criminal 717

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 720

Jurisprudência Criminal 725

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A ANÁLISE DOS PLEITOS DE APOSENTADORIA ESPECIAL DECORRENTES DE MANDADOS DE INJUÇÃO E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33 - ASPECTOS PRÁTICOS

Carivaldo Damaceno Marciliano[1]
Maria Tatiana Vieira Cação[2]

RESUMO*:* O presente trabalho visa suscitar reflexões a respeito do mandado de injunção, esse instituto tão importante da nossa Constituição Federal e os aspectos práticos que envolvem o cumprimento das ordens de injunção emanadas do STF. O assunto, a nosso ver, tem gerado muitas dificuldades para o administrador público e criado muitas expectativas para os servidores, nem sempre satisfeitas. Pretende, a partir dos atuais contornos estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência da corte suprema, perquirir acerca da real satisfação dos direitos para os que buscam no mandado de injunção um lenitivo para, finalmente, exercerem aqueles direitos previstos na Carta de 1988, contudo ainda pendentes de regulamentação infraconstitucional. Ganhou evidência o chamado "ativismo judicial", muito caracterizado por decisões de caráter constitutivo nos casos concretos, quando da concessão das ordens e, nesse diapasão é certo que o alcance dessas decisões também evoluiu até chegar ao efeito *erga omnis*, a exemplo da solução dada como regulamento para o direito de greve no âmbito do serviço público. Consideramos que tais soluções, precárias, ainda hão de gerar muitas perplexidades na fase de concretização do direito. Acreditamos que ao levantarmos a discussão sobre o tema, isso será capaz gerar uma provocação, para uma melhor compreensão do assunto que, além do Direito Constitucional passa por estudos de Direito Previdenciário e dos princípios do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de injunção. Aposentadoria especial. Aspectos práticos.

ABSTRACT: *This work aims to raise some reflections on the "Writ of Injunction", this important institute in our Federal Constitution, and the practical aspects involving the compliance with the decisions of the Supreme Court injunction orders. The issue, from our point of view, has created many difficulties for the public administrator and has always brought a lot of expectations for the servants, expectations which are hardly ever reached by them. It has also as a purpose, from the current boundaries established by the national doctrine and jurisprudence of the Supreme Court, to assert about the real satisfaction of rights to those who seek the "Writ of Injunction" as a way to finally exercise those rights under the Constitution of 1988, still depending on infra regulation. "Judicial activism" has won some evidence, deeply characterized by constitutive decisions in individual cases and when granting the orders. In this context it is certain that the scope of these decisions has also evolved to reach the erga omnis effect, just like the solution given as regulation for the right to strike in the public service. We believe that such solutions, although considered poor ones, will certainly generate many perplexities when implementing the science of right. It is likely*

1 Servidor Público Estadual. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-Assessor-Jurídico-Administrativo do TJMS, ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Previdência de Mato Groso do Sul, ex-Diretor Jurídico do TJMS. Graduado em Direito pela UCDB – Universidade Católica Dom Bosco. Turma de 1997. Pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. E-mail: cadamar@gmail.com

2 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas I pela Faculdade de Direito Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Especialização pela mesma Faculdade de Coimbra. Professora de Teoria Geral do Direito Constitucional nas áreas de Graduação e Pós-Graduação – UNIDERP e UCDB. Servidora efetiva do Poder Judiciário Estadual.

that rising up a real discussion on the topic will enable a better understanding of the subject that, in addition to constitutional law, goes through the study of Social Security Law and the Principles of Administrative Law.

KEYWORDS: *Writ of Injunction. Practical aspects*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O mandado de injunção. 2.1 A aposentadoria especial do servidor público. 3. As regras para a aposentadoria e regimes previdenciários. 3.1 O administrador e o cumprimento da ordem de injunção. 3.2 Requisitos e condições. 4. Aposentadorias especiais e os oficiais de justiça. 4.1 Recursos ao conselho superior da magistratura. 4.2 Embargos declaratórios. 4.3 – A AGEPREV/MS - atribuições. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Consideramos que existe farto material acerca do mandado de injunção, porém, normalmente, com uma abordagem que destaca seus aspectos histórico, teórico e político.

Quanto ao efetivo cumprimento das ordens emanadas do STF, em mandados de injunção, bem como da aplicação concreta do preceito estabelecido na Súmula Vinculante nº 33, vimos que pouca discussão se deu no meio acadêmico.

Como forma de delimitar o assunto, vamos nos ater a um dos casos mais emblemáticos, que recentemente envolveram a matéria, relacionado com os servidores públicos.

Diz respeito à falta de regulamentação da aposentadoria especial prevista no art. 40, §4º II e III da Constituição Federal.

O assunto foi muitas vezes enfrentado pelo STF em sede de mandado de injunção e comentado por inúmeros doutrinadores, contudo gostaríamos de ir à "ponta da linha" lá onde o impetrante tem fixado a sua expectativa, quando os aspectos práticos dessas decisões precisam ser sopesados.

O trabalho procurará pontuar as dificuldades e as incompatibilidades entre essas decisões e o já consagrado entendimento acerca da natureza do serviço publico, levando-nos à certeza de que somente o legislador, em discussão com a sociedade, poderá fornecer o instrumento legal, capaz de apaziguar, ao menos em parte, questões tão perturbadoras para o mundo contemporâneo e para o direito.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é assegurado pela Constituição Federal ao interessado[3] "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Conforme ensina Luís Roberto Barroso[4], "o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela dos direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia do Poder Público".

3 BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º; LXXI.

4 Luís Roberto Barroso *in* **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** 6º edição – ano 2012 – Editora Saraiva. *Pg*. 158

Já o Professor André Puccinelli Junior[5], ao falar do mandado de injunção destaca que: "Cuida-se, a evidência, de uma garantia inédita que pressupõe a existência de um nexo de causalidade entre a omissão normativa e a inviabilização do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional".

A perspectiva aberta pelo mandado de injunção no sistema jurídico pátrio foi saudada como um grande avanço, principalmente entre aqueles que defendem a máxima efetividade ou eficácia social da Constituição Federal.

Mais uma vez, valendo-nos do magistério de Puccinelli Júnior[6], de fato o iminente professor esclarece que: "É nesse plano, o da realidade subjacente, que emerge o conceito de efetividade ou eficácia social, retratada por Kelsen como a particularidade de uma norma jurídica ser efetivamente aplicada e observada na ordem dos fatos".

O Ministro Celso de Mello[7] no julgamento do Mandado de Injunção nº 715, de 25.02.2005, em seu voto destacou *in verbis*:

> *Impende enfatizar, neste ponto, que as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado.*

2.1 A aposentadoria especial do servidor público

Um dos mais importantes temas debatidos em sede do mandado de injunção tem motivação no fato de a Constituição prever a aposentadoria especial para o servidor público, contudo sem regulamentação pelo legislador infraconstitucional, passados mais de vinte seis anos da promulgação da Lei Maior.

Foram muitos os mandados de injunção impetrados junto ao STF, relacionados com o assunto, tendo como interessados os servidores públicos submetidos ao labor prejudicial à saúde ou à integridade ou, ainda em atividade que comporte risco permanente, conforme o art. 40, § 4º, II e III da Constituição Federal[8].

Assim, depois de muitos embates, em abril de 2014 o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 33,[9] com o seguinte enunciado: "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 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica."

5 André Puccinelli Júnior *in* **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador** 2ª edição – ano 2013 – Editora Saraiva, pg. 183

6 Idem, pg. 88

7 MI 715/ Dfdistrito Federal Mandado de Injunção Relator (a): Min. Celso de Mello Julgamento: 25/02/2005 Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+715%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bzk6lrk - acesso em 14.07.2015.

8 Ibidem pg. 08.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

9 BRASIL, Súmula Vinculante nº 33 - ano 2014 - STF

Verifica-se que a súmula trata do trabalho exercido em condição que possa prejudicar a saúde e a integridade física (inciso III) nada mencionando quanto às atividades de risco (inciso II), igualmente objeto de vários mandados de injunção.

Esse detalhe, de que as atividades de risco não estão contempladas pelo enunciado da Súmula Vinculante n. 33, foi muito bem observado quando do pronunciamento do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte[10] nos autos do Mandado de Injunção – TJMS- nº 0017043-91.2010.8.12.0000, em voto divergente no Egrégio Órgão Especial.

Efetivamente as regras do Regime Geral de Previdência Social tratam somente das atividades constantes no inciso III, inexistindo normatização acerca das atividades de risco no arcabouço da legislação previdenciária geral.

Aliás, a norma quando usa o termo "risco" (art. 68, § 2º do Decreto nº 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.123/2013), o vincula a condições ambientais e aos agentes nocivos, quando se é possível aferir absolvição, intensidade e período de exposição.

Ao contrário do que se pensava, a súmula não preencheu totalmente a lacuna decorrente da previsão constitucional, nem mesmo no que se refere às condições do artigo 40, § 4°, inciso III.

Em algumas decisões da Suprema Corte em mandado de injunção, foi determinada a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213 de 24.07.1991, porém sem cogitar das enormes diferenças encontradas entre os institutos que regem a aposentadoria no Regime Geral de Previdência e o Regime Próprio dos Servidores Públicos, previsto no art. 40 da Carta Magna.

3 AS REGRAS PARA APOSENTADORIA E REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

Os autores dos mandados de injunção pleiteantes da aposentadoria especial, na sua grande maioria, senão todos, foram aqueles que ingressaram no serviço público antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, numa suposição de que já detinham tempo de serviço suficiente para a aposentação, laborando em suposta atividade insalubre ou perigosa de forma ininterrupta.

O art. 57 da Lei 8.213/91[11] regula a aposentadoria especial para os funcionários vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS

Pois bem. Sabemos que no RGPS não há previsão de integralidade, ou seja, aquela em que o servidor receberá os proventos sem diferença com relação àquilo que vinha recebendo como remuneração.

Naquele Regime Previdenciário o cálculo dos proventos é feito pela média do salário de contribuição e ainda limitado ao teto máximo de benefícios, atualmente R$ 4.663,75 (quatro mil, seiscentos e sessenta e três reais e setenta e cinco centavos).

10 Mandado de Injunção – TJMS- nº 0017043-91.2010.8.12.0000 - Des. Claudionor Miguel Abss Duarte nos autos do, em voto divergente no Egrégio Órgão Especial: *"Nem se diga, conforme assentou o STF no mencionado julgado, que seria dispensável a impetração de mandado de injunção na hipótese, pelo fato de ter sido editada a Súmula Vinculante n. 33, segundo a qual se aplica ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre a aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. É que, na espécie, o impetrante é técnico penitenciário, estando enquadrado especificamente no inciso II do artigo 40, § 4º, da CF (atividade de risco), razão pela qual não foi contemplado pelo referido enunciado"*. fls. 06.

11 Art. 57 da Lei 8.213/91: A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Diante dessa constatação, uma pergunta se faz: seria razoável o interessado na aposentadoria especial abrir mão da integralidade para ver seus proventos serem calculados pela média em troca da redução do tempo de serviço previsto para a aposentadoria especial?

Em algum caso poderia sim. Na hipótese do servidor ter a remuneração limitada ao salário mínimo, por exemplo.

Convém ainda recordar que, para o servidor público, os proventos da aposentadoria são limitados ao valor da remuneração que recebia em atividade.

No que se refere à paridade de proventos com os servidores em atividade também seria algo a se meditar.

Para os servidores antigos, principalmente os que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 20, a paridade é garantida.

No RGPS as correções dos proventos trilha por uma sistemática própria e os índices obedecem a uma política diferente daquela utilizada para o reajuste dos servidores em atividade.

Para os servidores que não possuem direito à paridade, a forma de correção é a mesma utilizada para o reajuste das aposentadorias do INSS. Esse também é o caso dos benefícios previdenciários daqueles que ingressaram no serviço publico a partir de 2004.

Vale lembrar que a paridade não se restringe a dar ao aposentado o mesmo índice de reajuste dos que estão em atividade, mas também abrange eventuais transformações de cargos e a extensão de outros benefícios concedidos aos ativos, que não sejam de caráter pessoal.

Dessa forma, se a ordem no mandado de injunção manda aplicar as mesmas regras da aposentadoria especial previstas no Regime Geral de Previdência Social, nos parece lógico que tais regras sejam aplicadas sem mesclas com aquelas próprias do Regime Próprio de Previdência, direcionadas aos servidores públicos.

A nosso ver não seria possível aplicar a regra da aposentadoria especial do RGPS, para a redução do tempo de serviço e, ao mesmo tempo, garantir ao servidor os benefícios da integralidade e da paridade, sem que haja o cumprimento dos requisitos próprios de idade e tempo de serviço.

Não é por que isso seria tão absurdo assim, mas por que nas decisões proferidas em mandados de injunção, o STF limitou-se a determinar a aplicação das regras do RGPS, quanto à aposentadoria especial e, nesse caso, o administrador não teria opção senão a de fazer incidir a norma, sem se aventurar para o campo normativo de outro regime previdenciário, diferente daquele mencionado na ordem de injunção.

3.1 O administrador e o cumprimento da ordem de injunção

Não seria razoável exigir do administrador, onerado com o dever de se pautar pelo principio da estrita legalidade, que no caso concreto e de acordo com a "cara do freguês", decida pela concessão de aposentadoria com integralidade e paridade, próprios do Regime Próprio e cujos parâmetros estão estabelecidos constitucionalmente, quando a base legislativa determinada pelo STF se encontra na legislação previdenciária do RGPS.

A expressão "no que couber" constante na Súmula Vinculante nº 33, não nos autoriza presumir que se trata apenas da questão da contagem favorável de tempo. O administrador não pode decidir por presunção.

Apenas para ilustrar, imagine um pedido de aposentadoria especial de um servidor que ingressou no serviço publico antes de 1998, que em tese teria direito à paridade e à integralidade.

Suponhamos que atualmente tenha 48 anos de idade e que durante os últimos 25 anos tenha trabalhado em condições consideradas insalubres.

Inicialmente temos o problema da efetiva comprovação dessa insalubridade.

A Instrução Normativa nº 1, de 22.07.2010[12], trata do reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, pelos regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção.

Superada essa fase e presumindo-se que o servidor teria comprovado que integrou uma categoria de servidores ou exerceu atividades especiais, que lhe outorgaria o direito à aposentadoria especial, até abril de 1995 e, a partir dessa data, também comprovou que esteve exposto a agentes nocivos prejudiciais, conforme o regulamento da Previdência, ainda assim restariam as seguintes questões:

1 - Teria o administrador que ignorar a idade mínima (arts. 2º e 6º, III da EC 41/2003) prevista para as aposentadorias dos servidores públicos, optando pela regra adotada no RGPS?

2 - Quanto ao cálculo dos proventos, que em tese seriam integrais, corresponderia ao valor recebido pelo servidor em atividade, conforme dispõe Regime Próprio de Previdência Social ou seria pelo resultado da média das contribuições, método aplicável aos filiados do RGPS e àqueles que ingressaram no serviço publico efetivo após o ano de 2004?

3 - O servidor aposentado especial teria paridade de reajuste de proventos com a remuneração dos servidores em atividade? Ou seu reajuste estaria sujeito aos parâmetros aplicáveis ao aposentado especial do RGPS, que também são os mesmos aplicáveis ao servidor que ingressou no serviço público após 2004?

4 - Para a contagem do tempo de serviço em condições insalubres seriam considerados períodos anteriores ao ingresso no serviço público, laborados na mesma condição? Nesse caso, o tempo mínimo de serviço público, exigido no art. 6º, III da Emenda Constitucional nº 41/2003[13], poderia ser ignorado?

12 Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010 do Secretário de Políticas de Previdência Social.
Art. 3º Até 28 de abril de 1995, data anterior à vigência da Lei nº 9.032, o enquadramento de atividade especial admitirá os seguintes critérios:
I - por cargo público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais das categorias presumidamente sujeitas a condições especiais, consoante as ocupações/grupos profissionais agrupados sob o código 2.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e sob o código 2.0.0 do Anexo II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979; ou
II - por exposição a agentes nocivos no exercício de atribuições do cargo público, em condições análogas às que permitem enquadrar as atividades profissionais como perigosas, insalubres ou penosas, conforme a classificação em função da exposição aos referidos agentes, agrupados sob o código 1.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964 e sob o código 1.0.0 do Anexo I do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979.
Art. 4º De 29 de abril de 1995 até 5 de março de 1997, o enquadramento de atividade especial somente admitirá o critério inscrito no inciso II do art. 3º desta Instrução Normativa.
Art. 5º De 6 de março de 1997 até 6 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997.
Art. 6º A partir de 7 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. (Publicada no D.O.U. de 27/07/2010).

13 Emenda Constitucional nº 41/2003.
Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:
I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

3.2 Requisitos e condições

A Instrução Normativa nº 3, de 23.05.2014[14], do Secretário de Políticas do Ministério da Previdência Social, ao dar nova redação ao art. 14 da Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, já citada, procura dar solução para algumas dessas indagações assegurando que: "No cálculo e no reajustamento dos proventos de aposentadoria especial aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 8º, 14, 15, 16 e 17, do art. 40 da Constituição Federal".

Embora nada mencione quanto à necessidade ou não de cumprimento do requisito de idade mínima e acerca da fixação dos proventos, descarta a possibilidade de paridade de reajuste dos proventos com a remuneração dos servidores ativos.

No caso, o reajuste dos proventos decorrentes da aposentadoria especial seguiria o índice normalmente empregado para a atualização dos benefícios pagos pelo Regime Geral, gerido pelo INSS.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pela Portaria GP Nº 45 de 26.06.2014[15] disciplinou o trâmite dos pedidos de aposentadoria especial no âmbito daquela Corte e também dispõe a respeito do reajustamento dos benefícios.

No que se refere à fixação dos proventos, interessante artigo de Odasir Piacini Neto[16], ensina:

> *No tocante ao valor da aposentadoria especial, deve ser levado em consideração que, para os servidores mais antigos, em especial àqueles que poderiam se aposentar de forma integral, por meio da aplicação das regras de transição instituídas pelas Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05, o valor do benefício da aposentadoria especial poderá não ser vantajoso. Isso por que, nos termos §1° do artigo 57 da lei 8.213/913, a aposentadoria especial consistirá numa renda mensal equivalente a 100% do salário de benefício, esse que, nos termos do artigo 29, inciso II4, do mesmo diploma legal, corresponde à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, valor que, inequivocamente, será menor que a integralidade dos proventos.*

Mencionando sobre a contagem do tempo de serviço prestado em condições especiais em outros órgãos, o art. 12 da mesma Portaria GP nº 45/2014[17] do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, embora não admita a conversão do tempo especial para a concessão de outro tipo de aposentadoria ao servidor, assevera que "o tempo de serviço exercido em outros órgãos ou entidades somente será computado como especial, caso a certidão de tempo de serviço/contribuição por eles emitida reconheça essa condição para fins da aposentadoria tratada nesta norma."

---

14 Instrução Normativa Nº 3, De 23 de Maio de 2014 - Altera a Instrução Normativa MPS/SPPS/Nº 01, de 22 de julho de 2010. Disponível em http://www.previdencia.gov.br/legislao-federal/ - acesso em 16.07.2015

15 Art. 18. Os proventos decorrentes da aposentadoria especial serão calculados conforme estabelece a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, ou seja, pela média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, atualizadas pelo INPC, correspondentes a 80% de todo o período contributivo, desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela, até o mês da concessão da aposentadoria.
Parágrafo único. Os proventos decorrentes da aposentadoria especial não poderão ser superiores à remuneração do cargo efetivo em que se deu a inativação.
Art. 19. O servidor aposentado com fundamento na aposentadoria especial de que trata esta norma permanecerá vinculado ao Plano de Seguridade Social do Servidor - PSSS e não fará jus à paridade.
Parágrafo único. O reajuste dos proventos de aposentadoria de que trata este artigo será pelo mesmo índice e na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social.
Portaria GP Nº 45 de 26.06.2014 – Diário Oficial ELETRÔNICO - CAD. ADM. - 30/06/2014.

16 Odasir Piacini Neto em: Súmula Vinculante n° 33 e a aposentadoria especial do servidor público. Acesso em 29.06.2015 - http://odapiacini.jusbrasil.com.br/artigos/116008858/sumula-vinculante-n-33-e-a-aposentadoria-especial-do-servidor-publico

17 idem – nota 15

Até este ponto do estudo temos a seguinte situação:

1 - A Súmula Vinculante nº 33 do STF, considerando os restritos parâmetros apreciáveis no âmbito dos inúmeros mandados de injunção, dos quais decorreu essa Súmula, deu relativa resposta ao conjunto dos servidores públicos pretendente dos benefícios da aposentadoria especial.

Conforme já mencionado, trata-se de trabalho exercido nas condições previstas no § 4º, inciso III, do art. 40 da CF deixando a parte as atividades de risco (inciso II), igualmente objeto de vários mandados de injunção.

Isso é perfeitamente compreensível, uma vez que no arcabouço de regras do Regime Geral de Previdência Social não encontramos normas definidoras das atividades de risco, dissociadas das questões ambientais e ou de substâncias nocivas a que o servidor estaria submetido, vide art. 3º da Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010 do Secretário de Políticas de Previdência Social, transcrito anteriormente.

Assim, a Súmula n º 33 contempla a possível aposentadoria especial do servidor público, exposto a agentes nocivos no exercício de atribuições do cargo ou a condições análogas, que permitem enquadrar as atividades profissionais como perigosas, insalubres ou penosas, conforme a diretriz dada pelo § 4º, inciso III, do art. 40 da CF.

2 – A grande maioria, senão a totalidade dos requerentes de aposentadorias especiais, ingressou no serviço público antes de 15.12.1998 ou 19.12.2003, datas das Emendas Constitucionais 20 e 41 respectivamente.

Poder-se-ia presumir que seriam beneficiários da integralidade de proventos com base nos vencimentos auferidos em atividade, porém a regra geral aplicável aos que não haviam completado os requisitos, especialmente de tempo, antes do advento da EC 41, é o de cálculo pela média, limitado ao valor máximo dos benefícios pagos pelo INSS.

3 – No reajuste dos proventos segue-se a mesma lógica mencionada no item anterior, ou seja, serão reajustados na forma do disposto nos §§ 2º, 3º, 8º, 14, 15, 16 e 17, do art. 40 da Constituição Federal, vale dizer, sem paridade com os servidores em atividade.

4 APOSENTADORIAS ESPECIAIS DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA

Concretamente, um significativo número de servidores efetivos do Poder Judiciário da Justiça estadual de Mato Grosso do Sul, Analistas Judiciários nas funções de Oficial de Justiça ingressaram no STF com mandados de injunção visando obter a aposentadoria especial, sob o argumento de que exercem atividade de risco.

Um dos meios de prova alegados foi o de que recebem adicional de risco de vida.

Instruíram seus pedidos com as decisões que proveram os mandados de injunção nas quais se determinou que o administrador analisasse concretamente os pedidos de aposentadoria especial, à luz do que prescreve o art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Diante do fato, era preciso que a Administração do Tribunal de Justiça desse uma resposta, em cumprimento à ordem de injunção do STF.

Conforme já mencionado, não há no § 1º do art. 201 da Constituição Federal, na Lei 8.213/91 e nem no Decreto 3.048 de 6 de maio de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, a possibilidade

de enquadramento legal da atividade, alegada de risco, visto que não se trata de insalubre ou perigosa, no sentido dado por tais legislações.

Aventou-se a possibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 51 de 20 de dezembro de 1985, hoje com a redação dada pela Lei Complementar nº 144, de 2014 e que dispõe sobre a aposentadoria do servidor público policial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

Não obstante as ordens determinavam a aplicação da norma do Regime Geral de Previdência Social, art. 57 da Lei 8.213/91, nada se referindo quanto à mencionada Lei Complementar.

Assim, mesmo que alguém pudesse ver alguma semelhança entre as atividades de oficiais de justiça e policiais, a nosso ver muito distintas, os restritos parâmetros do provimento jurisdicional dado pelo STF em MI não permitiram a digressão.

Dessa forma, a dificuldade já começava no enquadramento.

Quantos anos seriam necessários, na atividade, para que oficial de justiça completasse o requisito para a aposentadoria especial? Não se sabe.

Seria o tempo máximo exigido para a aposentadoria especial, no âmbito da legislação previdenciária, de 25 anos? Poderia ser; mas por que não menos?

Quem teria que estabelecer isso, o administrador? E a estrita legalidade? Com base em que, já que inexiste parâmetro de comparação da atividade?

Os pedidos desses oficiais de justiça visavam aposentadoria especial, porém com integralidade de vencimentos e paridade de reajustes.

Almejaram o requisito de um tempo reduzido de contribuição, cujo amparo estaria em norma do Regime Geral de Previdência Social, ao passo que, quanto à fixação dos proventos e a garantia do reajuste dos proventos em paridade com os ativos, seriam utilizados dispositivos legais mais benéficos do Regime Próprio de Previdência.

O detalhe é que todas essas decisões teriam que ser tomadas pelo administrador, na tarefa hercúlea de extrair os fundamentos da parte dispositiva das decisões dos mandados de injunção a partir da expressão "aplica-se o art. 57 da Lei 8.213/91 no que couber".

Conforme já vimos, o administrador sequer tinha um ponto de partida para analisar seriamente o pedido de aposentadoria especial, uma vez que, já de início, não havia como enquadrar a atividade dos oficiais de justiça dentre aquelas previstas no conjunto normativo da legislação previdenciária geral.

A Presidência do Tribunal de Justiça cumpriu as ordens emanadas de mais de uma dezena de mandados de injunção. Essas decisões do STF, além de reconhecer a mora legislativa, determinaram que os pedidos administrativos de aposentadoria especial, de cada um dos impetrantes, fossem analisados à luz do art. 57 da Lei 8.213/91.

Quando da análise desses pedidos, o Presidente do Tribunal de Justiça concluiu que não havia os requisitos ensejadores da aposentadoria especial, considerando os restritos critérios normativos delineados pela decisão da Corte Suprema.

4.1 O Conselho Superior da Magistratura

Apesar das decisões expondo claramente os fundamentos dos indeferimentos, os impetrantes, inconformados, ingressaram com recursos administrativos no Egrégio Conselho Superior da Magistratura, cujos autos administrativos naquele colegiado receberam os números 066.164.0015/2013, 066.164.0016/2013, 066.164.0017/2013, 066.164.0018/2013, 066.164.019/2013, 066.164.0020/2013, 066.164.0021/2013, 066.164.0024/2013, 066.164.0025/2013, 066.164.0026/2013 e 066.164.0027/2013.

Os recorrentes alegaram que o indeferimento da Presidência do TJ teria se fundamentado em pressuposto diferente daquele pleiteado, uma vez que a aposentadoria especial se basearia na existência de risco da profissão e não na insalubridade ou periculosidade.

Segundo os recorrentes "deve ser realizada a interpretação extensiva do art. 40, § 4° da CF c/c art. 57 da Lei nº 8.213/91".

Ao final, pediram a reforma da decisão para, observando o disposto no art. 57 da Lei 8.213/91 c/c art. 40, §4°. II, da CF conceder a aposentadoria especial com integralidade e paridade plena.

O que parecia improvável aconteceu. O Egrégio Conselho Superior da Magistratura, por maioria, deu provimento a todos os recursos.

Considerando que todos esses processos possuem o mesmo objeto, foram distribuídos para a relatoria de um mesmo membro do conselho, a Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Merece destaque o voto divergente da relatora:

Em linhas gerais consignou que se tratava de requerimento administrativo.

Logo se vê que o pleito de interpretação extensiva destoa da própria natureza do direito administrativo que, no caso, não comporta a discricionariedade.

Destaca que o pleito tem supedâneo em decisão judicial emanada do Supremo Tribunal Federal[18].

> *Onde foi reconhecida a mora legislativa e determinar que o pedido administrativo de aposentadoria especial do recorrente seja analisado a luz do art. 57 da Lei 8.213/91 e que a determinação do STF nos autos do Mandado de Injunção foi proferida no sentido de determinar a analise do pedido de aposentadoria do recorrente sob o enfoque do art. 57 da Lei 8.213/91, sem especificar qual dos casos por ela previstos.*

Após transcrever trechos da própria lei previdenciária geral e dos regulamentos correlatos, também esclarece que[19] "é necessário salientar que não é qualquer labor que pode ser considerado capaz de prejudicar a saúde ou a integridade física, devendo ser excluídos os que compreendem possibilidades mais remotas de lesão ao trabalhador".

E ainda, [20]

> *(...) com efeito, analisando o pedido do recorrente sob o enfoque do art. 57 da Lei n. 8.213/91, sua aposentadoria especial não é devida, ante a ausência de preenchimento dos requisitos necessários, especificamente no que se refere ao risco da atividade desempenhada que não foi demonstrado.*

18 Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – Conselho Superior da Magistratura - Recurso Administrativo nº 066.164.0027/2013. Relatoria da Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. – Ementa publicada no Diário da Justiça nº 2972, de 26.09.2013, pg. 4

19 idem

20 idem

Negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão recorrida.

A tese vencedora, contudo, contrapondo os argumentos da ilustre relatora reconhece que o fundamento de validade do pedido de aposentadoria especial está em decisão do STF em mandado de injunção, deferido aos servidores que exercem atividade de risco. Para tanto, transcreve a seguinte jurisprudência, *in verbis*:[21]

> *Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem*, **tão somente para determinar a autoridade administrativa que analise** *o requerimento de aposentadoria especial dos representados pelo impetrante* **a luz da disciplina conferida aos trabalhadores em gera***l, de modo a verificar se o servidor comprova* **- inclusive por meio de laudo técnico circunstanciado de condições ambientais das atividades exercidas** – *ter exercido suas atividades em contato com os agentes nocivos listados no* **Anexo IV do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999***) de forma ininterrupta durante o tempo ali determinado. (f. 15) (Mandado de Injunção coletivo) (MI 3.065). Relator Ministro Gilmar Mendes. (grifamos)*

Apesar da diretriz mencionada, ao invés de se manter nos balizamentos estabelecidos na decisão do STF, invocaram a Lei Estadual estatutária, Lei 3.310/2006 e a Lei 3.687/2009 - Plano de Cargos, Carreira e Remuneração que preveem o pagamento do "Adicional de Risco de Vida", aos recorrentes.

Segundo esse entendimento, a existência dessas leis estaduais seriam suficientes para afastar a aplicação das normas mencionadas nos Mandados de Injunção, a exemplo do citado Decreto Federal nº 3.048/1999, uma vez que, dizem[22]:

> *Como se vê restou garantido a esses servidores o pagamento do referido adicional em razão dos riscos imanentes ao desempenho do cargo, já que vulnerável a segurança e integridade física do servidor enquanto cumpre os mandados judiciais em locais outros que não dentro dos cartórios ou do prédio físico em que estabelecido o Poder Judiciário, submetendo-se as mais diversas situações, tanto que em muitas vezes é disponibilizado reforço policial.*

Conforme essa decisão, o oficial de justiça está submetido à efetiva exposição a agentes de risco, à saúde ou integridade física, de maneira permanente, não habitual.

Com base nessa premissa, por maioria, deram provimento ao recurso. Vencida relatora.[23]

4.2 Dos embargos declaratórios

Posteriormente, os recorrentes impetraram embargos declaratórios, que como paradigma temos os Embargos de Declaração nº 066.164.0021/2013 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

21 STF - Mandado de Injunção coletivo (MI 3.065). Relator Ministro Gilmar Mendes.

22 EMENTA - RECURSO ADMINISTRATIVO – APOSENTADORIA ESPECIAL - ANALISTA JUDICIÁRIO ÁREA FIM - SERVIÇO EXTERNO – OFICIAL DE JUSTIÇA E AVALIADOR - POSSIBILIDADE - PRESSUPOSTO - 25 ANOS DE SERVIÇO ININTERRUPTO E EXCLUSIVO NO CARGO - RECURSO PROVIDO
É possível a concessão de aposentadoria especial aos oficiais de justiça e avaliadores, ora com a nomenclatura de analista judiciário - área fim - serviço externo, aplicando-se, no que couber, o disposto no artigo 57 e seguintes da Lei n. 8.213/1991.
Na ausência de correlação exata entre as atividades em apreço com aquelas especificadas no Anexo IV do Decreto n. 3.048/1999 a que faz menção o artigo 58 da Lei n. 8.213/1991, bem como perante a omissão legislativa do executivo para estabelecer as hipóteses de aposentadoria especial para os servidores públicos estaduais, deve-se admitir o tempo de carência como máximo estabelecido na lei, ou seja, 25 anos.
Acórdãos publicados no DJ. 2972, de 26.09.2013. pg. 2 a 4

23 Idem.

Em algumas decisões, quando das apreciações e provimentos dos recursos, não havia sido garantida a integralidade; consistente em proventos equivalentes ao recebido em atividade. Em outras, além disso, as decisões nada mencionaram acerca da paridade ou não dos reajustes.

De modo geral, os embargos foram no sentido de garantir a integralidade e a paridade.

O relator acolheu e proveu os embargos, sob o argumento de que os servidores ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 20 de 16 de dezembro de 1998.

Observa-se que procurou corroborar seu entendimento no artigo 40, §8, da Constituição Federal que, sabidamente, não é uma regra legal aplicável à paridade de reajuste.

Por outro lado, cita o artigo 197 da Lei n. 1.102/90, esse sim uma regra de paridade de reajustes dos proventos, no Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo, aplicável aos servidores do Judiciário até o advento da Lei nº 3.310/2006.

Os argumentos e a menção à Lei nº 1.102/90, nos faz crer que o ilustre relator considera como marco, para esse fim, a data do ingresso no serviço público e não a data da concessão do benefício da aposentadoria.

Destarte acolheu os embargos com efeitos infringentes para, conforme o seu entendimento, adequar a parte dispositiva do *decisum* inserindo o direito à paridade de proventos, sanando o vicio apontado.

A segunda vogal se manifestou quanto aos embargos declaratórios.

Reconhece que efetivamente houve omissão e que o órgão administrativo responsável pela concessão da aposentadoria especial possui competência para determinar se serão com integralidade e paridade, conforme as normas que regem a aposentadoria dos servidores públicos.

Inicia com a citação de jurisprudências do STF, quando da análise de outros mandados de injunção, nos quais a matéria foi enfrentada.[24]

Concluindo essa primeira parte assevera que:[25]

> *(...) sob esse prisma, o STF assentou entendimento no sentido de que a autoridade competente para analisar o preenchimento dos requisitos de aposentadoria especial com a aplicação do art. 57 da Lei 8.213/91, também deve apreciar as questões relativas a integralidade e paridade dos respectivos proventos, mediante utilização das regras atinentes a aposentadoria do servidor público.*

No mérito, também se ampara em jurisprudência do STF.[26]

A ilustre vogal conclui com o entendimento de que o servidor que ingressou no serviço público antes de 16.12.1998 (publicação da EC 20) ou 31.12.2001 (vigência da EC 41) faz jus á integralidade e à

24 (MI 4588 ED, Relator (a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, Processo Eletrônico DJe-029 Divulg 11-02-2014 Public12-02-2014) (MI 3564 AgR. Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, Processo Eletrônico DJe-226 Divulg 14-11-2013 Public 18-11-2013).

25 Ibidem pg.19

26 RE 590260 Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009 REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-200 Divulg 22-10-2009 Public 23-10-2009 Ement Vol-02379-09 PP-01917 RJTJRS v. 45, n. 278, 2010, p. 32-44)
Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul - Conselho Superior da Magistratura – Embargos Declaratórios 066.164.0021/2013 Campo Grande - Relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran - Ementa Publicada no Diário da Justiça nº 3121, de 27.05.2014 - pg. 2

paridade desde que cumpra todos os requisitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 47, no que se refere ao tempo de serviço público na carreira e no cargo, além do requisito de idade.[27]

Nesse sentido, seu entendimento parte da assertiva de que não basta o ingresso no serviço público, antes das mencionadas emendas, mas há que se cumprirem, conjuntamente, todos os demais requisitos, relacionados com o tempo de contribuição, tempo de serviço público e idade mínima prevista.

Caso contrário deve prevalecer o cálculo dos proventos pela média, conforme dispõe a legislação previdenciária do regime geral de previdência e os reajustes dos proventos seguirão no mesmo sentido.

Concretamente, ao constatar o não cumprimento de todos os requisitos pelos embargantes, descartou a aplicação dos benefícios de paridade e integralidade[28] e divergiu do relator para "o fim de acolher os embargos de declaração, suprindo a omissão apontada, contudo, deixo de lhes atribuir efeitos infringentes, considerando que o recorrente não faz jus à paridade e integralidade de seus proventos".

Dessa forma assim quedou o julgamento:

Por maioria, acolheram os embargos, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal que acolheu os embargos, mas negou os efeitos infringentes.[29]

4.3 A Ageprev e o mandado de segurança

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV impetrou em 19 de novembro de 2014 o Mandado de Segurança nº 1407728-15.2014.8.12.0000 - Campo Grande, reservado à competência do Órgão Especial, distribuído para a relatoria do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Na inicial, o Diretor Presidente da AGEPREV e as procuradoras Renata Raule Machado (OAB: 13166/MS) e Cristiane Lima Maciel Nunes (OAB: 8842/MS) batem pela anulação das aposentadorias especiais concedidas pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul - CSM

Iniciam defendendo a legitimidade do Órgão para figurar no polo ativo da demanda, com supedâneo na Lei Estadual nº 3.545/2008, que lhe dá competência para administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, de que trata a Lei nº 3.150/2005.

---

27 BRASIL. Emenda Constitucional nº 47.
Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.
rt. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:
I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.
Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

28 Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – Conselho Superior da Magistratura – Embargos Declaratórios 066.164.0021/2013 Campo Grande – Relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran – Ementa Publicada no Diário da Justiça nº 3121, de 27.05.2014 – pg. 2

29 EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO CONFIGURADA - ACOLHIMENTO - EFEITOS INFRINGENTES - SERVIDOR QUE INGRESSOU NO SERVIÇO PUBLICO ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998 - DIREITO A PARIDADE DE PROVENTOS RECONHECIDO.
Impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração quando houver omissão sobre pedido, e aplicam-se os efeitos infringentes se, da apreciação do tema surgir nova interpretação jurídica á questão posta.
Tem direito à paridade de proventos o servidor que ingressa no serviço público antes da Emenda Constitucional n. 20/1998.
Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, acolher os embargos, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal que acolheu os embargos mas negou os efeitos infringentes. Ementa Publicada no Diário da Justiça nº 3121, de 27.05.2014 – pg. 2.

Já no artigo 1º, II e III da citada Lei 3.545/2008 consta que à AGEPREV compete a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios assegurados pelo MSPREV, além da gestão dos fundos e recursos arrecadados.

No caso em análise, alegam que os beneficiários das aposentadorias especiais concedidas pelo Judiciário Estadual não comprovaram o exercício em atividade passível de obtenção do benefício da aposentadoria especial, nos moldes preconizados pelo Regime Geral de Previdência Social, cuja tradução mais evidente se encontra na Instrução Normativa nº 1 de Órgão ligado ao Ministério da Previdência Social.

A impetrante, ao fazer um resgate histórico do benefício da aposentadoria especial no Brasil, destaca os meios de prova exigidos pelas normas para a comprovação do labor em situações e condições especiais. Essas normas foram modificadas com o passar dos anos, até chegarmos ao Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP que, apesar de sua importância, não é o único meio de prova que a Lei coloca à disposição do trabalhador.

Destaca que o Conselho Superior da Magistratura, ao conceder as aposentadorias especiais, menosprezou a existência de um Cálculo Atuarial no qual as aposentadorias especiais não estariam contempladas, ou seja, ao deferir o benefício o fez sem a indicação da fonte de receitas para fazer frente à despesa. Citam o § 5º do art. 195 da Constituição Federal[30] que diz: "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Informam, ainda, que no âmbito do RGPS, as empresas que exercem atividades de risco são abrigadas a contribuir com um percentual maior para o regime previdenciário, segundo o respectivo grau de risco, para fazer frente aos custos adicionais.

O Ministério Público, por intermédio da Dra. Mara Cristiane Crisóstomo Bravo**,** Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Jurídica, manifestou-se no sentido de que a pretensão da AGEPREV carece de respaldo, em face da ausência de prova pré-constituída da alegada ilegalidade ou abuso de poder, requisito básico para a admissibilidade do mandado de segurança.

Lembra que a impetrante, AGEPREV, discorda das decisões nos Autos nº 066.164.021/2013, 066.164.005/2013, 066.164.0016/2013, 066.1640017/2013, 066.164.0018/2013, 066.164.0019/2013, 066.164.0020/2013, 066.164.0024/2013, 066.164.0025/2013, 066.1640026/2013 e 066.164.0027/2013, contudo não juntou as cópias integrais das decisões, mas ementas de algumas.

Ao não atentar para a regular instrução do Mandado de Segurança, a impetrante não deu meios ao Poder Judiciário para apreciar com objetividade e em todas as suas extensões os atos apontados como coatores.

O MP enfatiza que os documentos juntados pela impetrante não são suficientes para aquilatar se as aposentadorias especiais estão ou não em dissonância com a legislação.

Apesar de tudo, no mérito, a representante do *Parquet* entendeu que não existem ilegalidades nas decisões do Conselho Superior da Magistratura, considerando suas atribuições legais e a aplicabilidade do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, uma vez que, segundo afirma "concede aposentadoria especial a servidores do Poder Judiciário Estadual que comprovaram o exercício de função sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física."

30 Ibidem pg. 7.

A comprovação dessas condições, segundo o MP estaria no fato de que a "a Lei Estadual nº 1.093/90[31] prevê expressamente tais condições para os servidores da categoria funcional de Oficial de Justiça, da qual os litisconsortes integram."

Considerou a ilustre promotora que:

> *A atividade desempenhada, qual seja a execução de ordens judiciais, além de ser externa, está sujeita, em extensa proporção, à insatisfação das partes sobre a qual recai a ordem judicial, além de cumprimento de horários irregulares e, em alguns casos, contato direto com indivíduos de alta periculosidade***.**

Ainda o MP transcreve parte da Lei Estadual nº 3.545/2008[32], conjugada com o art. 103 da Constituição Estadual de MS[33] para demonstrar cabalmente a competência do órgão, no caso o Poder Judiciário, para o ato de concessão das aposentadorias.

Conclui a Promotoria que a ordem deve ser denegada pelos seguintes motivos:

1 - Deficiência probatória hábil para comprovar, de plano, qualquer ilegalidade;

2 - A invalidação dos atos constituiria ofensa à autonomia do Tribunal de Justiça, que detém plena competência para regular os benefícios de seus servidores;

3 – A concessão de aposentadoria especial aos litisconsortes passivos necessários, *prima facie*, observou a legislação vigente e foi exarada dentro dos limites da competência.

Opinou pela denegação da segurança e consequente extinção do processo com julgamento de mérito.

O ilustre Relator do Mandado de Segurança, Des. Vladimir Abreu da Silva, por seu turno, assim apreciou o caso:

Relata que o Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se para aderir ao pedido feito pela AGEPREV e também pede a concessão da segurança nos exatos termos constantes na petição inicial.

Consignou que a Procuradoria-Geral de Justiça pugnou pela denegação da segurança.

---

31 BRASIL – Estado de Mato Grosso do Sul. Lei nº 1.093, de 13 de setembro de 1990.
Art. 10. A gratificação de risco de vida, calculada em 80% (oitenta por cento) sobre o vencimento do cargo, será devida aos servidores da categoria funcional de Oficial de Justiça.

32 BRASIL – Estado de Mato Grosso do Sul. Lei nº 3.545, de 17 de julho de 2008.
Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a Lei n. 3.150, de 22 de dezembro de 2005, competindo-lhe como gestora única:
I - a cobrança e a arrecadação dos recursos previstos no art. 18 da Lei n. 3.150, de 2005;
II - a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios assegurados pelo MSPREV;
III - a gestão dos fundos e recursos arrecadados;
IV - a manutenção permanente de cadastro individualizado dos servidores públicos ativos e inativos, dos militares estaduais do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, respectivos dependentes e dos pensionistas;
V - a realização de perícia médica oficial.
§ 1° A responsabilidade pelo desconto, recolhimento ou repasse à AGEPREV das contribuições previstas neste artigo será do dirigente do órgão ou entidade que efetuar o pagamento da remuneração ou do benefício.
§ 2° O ato de concessão dos benefícios para os membros ou servidores dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção.
§ 3° O ato que conceder a aposentadoria indicará o fundamento legal aplicado ao direito e provento, assim como, o regime a que ficará sujeita sua revisão ou atualização.
§ 4° Cada órgão fará as comunicações necessárias para que a AGEPREV observe os direitos à integralidade e à paridade de remuneração, quando assegurados.

33 BRASIL – Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.
Art. 103. Ao Tribunal de Justiça, através de ato do seu Presidente, compete nomear, promover, remover, permutar e aposentar os Juízes de sua jurisdição, bem como os servidores de sua secretaria e os de primeira instância, e exercer, pelos seus órgãos competentes, as demais atribuições previstas nesta Constituição.

No mérito, começa por analisar a natureza jurídica do Mandado de Segurança, destacando o seu papel de proteger o direito líquido e certo e como coibidor das ilegalidades e abusos de poder por autoridades.

Assim, diante da característica do remédio jurídico, aponta a necessidade do impetrante juntar com a inicial a prova pré-constituída da violação do suposto direito líquido e certo, uma vez que a via eleita não comporta dilação probatória.

Em que pese a questão processual, entende o nobre relator que, no caso, não há abuso e nem ilegalidade, uma vez que é da competência do Tribunal de Justiça aposentar servidores vinculados ao Poder, conforme estabelece o art. 103 da Constituição Estadual.

Afirma, ainda, que com base nos autos, não é possível aferir as supostas violações, devido ao impetrante não ter feito a necessária prova pré-constituída de seu suposto direito, fato que implica na extinção do feito.

Constatou que a única documentação trazida aos autos, que permite o conhecimento dos fundamentos dos atos impugnados é uma cópia do acórdão proferido nos autos do recurso administrativo 060.164.0021/2013[34], juntada com as informações prestadas pela autoridade impetrada. Ainda assim, assegura que a referida documentação apenas confirma que as decisões impugnadas foram proferidas com acerto.

A seu ver, os documentos comprovam a efetiva e permanente exposição dos litisconsortes aos riscos.

Finalmente, conclui que não é possível deduzir dos autos que as decisões do Conselho Superior da Magistratura tenham ferido o direito liquido e certo da impetrante.

Assim, acompanhado pelos demais integrantes do órgão especial, por unanimidade e nos termos do voto do relator extinguiu o feito com resolução de mérito.[35]

Atualmente o processo 1407728-15.2014.8.12.0000 MS aguarda remessa ao STJ, uma vez que a AGEPREV ingressou com recurso ordinário em 19.12.2014 e em 15.06.2015 foi juntada a manifestação do Procurador da Fazenda Pública Estadual, conforme consulta à página eletrônica do TJMS em 13.07.2015.

A curiosidade agora é saber qual o tratamento que o STJ dará ao caso.

Prevalecerá a questão processual incialmente tratada pelo acordão do TJMS, relacionada à suposta deficiência na instrução processual do mandado de segurança ou entenderá aquela corte que se trata de questão eminentemente de direito, sendo desnecessária a produção de provas?

Pareceu-nos contraditório toda a argumentação desenvolvida pelo MP e pelo relator, acerca da alegada deficiência na instrução do Mandado de Segurança, ao passo que decidiu quanto ao mérito, afirmando categoricamente que as aposentadorias foram concedidas sem que tenha havido qualquer abuso ou ilegalidade.

34 -ibidem - pg. 19

35 EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPRESCINDIBILIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDAS DAS ALEGAÇÕES INICIAIS – OFICIAL DE JUSTIÇA – APOSENTADORIA ESPECIAL – COMPROVAÇÃO DA EFETIVA E PERMANENTE EXPOSIÇÃO AOS RISCOS DO CARGO AO LONGO DO TEMPO DE SERVIÇO – SEGURANÇA DENEGADA.
O mandado de segurança é instrumento processual que exige prova pré-constituída de todas as alegações formuladas pela parte impetrante, pois não cabe, nessa via, dilação probatória. Denega-se a segurança quando, do único documento que demonstra as razões pelas quais os recursos administrativos teriam sido providos pela autoridade impetrada, juntados por esta ao prestar informações, depreende-se que as decisões que concederam aposentadoria especial aos oficiais de justiça foram proferidas mediante a comprovação da efetiva e permanente exposição aos riscos do cargo mediante documento que informou o histórico laboral do servidor, emitido por órgão ou entidade competente no qual foram desempenhadas as atividades.
Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.
Campo Grande, 19 de novembro de 2014.

Nesse caso, decidiu o egrégio órgão especial, quanto ao mérito, num processo deficientemente instruído e que, em tese, não permitiria ao julgador analisar a matéria com profundidade?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos concretos aqui postos não foram para menosprezar a pretensão dos impetrados em litisconsórcio passivo - oficiais de justiça - e muito menos para eventual crítica às decisões, sejam na seara administrativa como judicial.

O que pretendemos demonstrar é a dificuldade de aplicação, no caso concreto, das decisões da Suprema Corte quando proveram os mandados de injunção dos impetrantes, determinando que se aplique a legislação previdenciária própria do Regime Geral de Previdência Social, sem atentar para o fato de que as atividades por eles desempenhadas não encontra amparo nessas normas, como fundamento de validade para a concessão de aposentadoria especial.

Poder-se-ia argumentar que nos limitados parâmetros permitidos na análise do mandado de injunção; não seria possível ao STF abstrair se os impetrantes teriam ou não legitimidade ativa para invocar a injunção e que a decisão não determinou a aposentadoria especial dos mencionados servidores, mas a análise de seus pedidos pelo administrador, tendo como suporte legal norma típica do RGPS, no que couber.

Não obstante, é preciso lembrar que as atividades dos impetrantes foram claramente declinadas nas iniciais, tendo como a principal, o cumprimento de mandados judiciais, por demais conhecidas no meio jurídico. Além disso, considerando a intenção de dar solução para o caso concreto, e tendo em vista a norma que determinou fosse aplicada, a Lei 8.213/91, era perfeitamente possível, de antemão constatar que as atividades dos impetrantes nunca foram tratadas pelo conjunto normativo que regula o Regime Geral de Previdência Social, como passíveis de aposentadoria especial.

Reconhecemos a importância das decisões do STF que muito contribuíram para a evolução do Mandado de Injunção, que passou da simples declaração de mora do legislador até chegar a decisões de efetiva aplicação do direito em caso concreto com efeitos *erga omnes*.

O que se buscou foi dar maior efetividade à Constituição Federal, é verdade. Contudo, no afã de proporcionar o gozo desses benefícios, no caso da aposentadoria especial e do suposto direto pleiteado de aposentadoria especial para os oficiais de justiça, gerou muitas expectativas.

Para se ter uma ideia dessa generalidade, pelo que foi decidido e ao que parece, qualquer servidor público, de qualquer área, poderia se colocar como legitimado a pleitear aposentadoria especial, se assim entendesse. Bastaria alegar algum risco, mesmo que de forma intermitente ou comprovar percebimento de algum adicional de risco de vida, cujo motivo para a concessão muito bem pode se encontrar em uma simples iniciativa de política salarial.

Apenas para ilustrar, temos no Poder Judiciário Estadual situação de servidores que também, em tese, envolveriam algum risco. É o caso das assistentes sociais que realizam diligências envolvendo menores e adolescentes, por exemplo.

Não temos dúvidas de que o Egrégio Conselho Superior da Magistratura, ao acolher os recursos dos servidores, concedendo-lhes a aposentadoria especial procurou dar efetividade às decisões emanadas do STF, o que demonstra certo arrojo, contudo, salvo melhor juízo, olvidou-se que o colegiado é de natureza administrativa e, como tal, está atrelado ao princípio da estrita legalidade.

Apesar da diretriz pretoriana, ao invés de se manter nos balizamentos estabelecidos na decisão do STF, invocaram a Lei Estadual estatutária, Lei 3.310/2006 e a Lei 3.687/2009 - Plano de Cargos, Carreira e Remuneração que preveem o pagamento do "Adicional de Risco de Vida", aos recorrentes.

Reconheceu o Egrégio Conselho que não há enquadramento das atividades dos recorrentes no arcabouço legislativo que ampara a aposentadoria especial do funcionário da iniciativa privada quando diz:[36] "Conquanto a aplicação do referido benefício aos servidores públicos **demande a correlação analógica** às atividades desempenhadas pelos trabalhadores celetistas, é certo que **há atividades no serviço público que não encontram correspondentes no âmbito privado**. Justamente pelo aspecto estatal do exercício, ou seja, pela exclusividade do serviço público."

E mais:[37]

> *Na ausência de correlação exata entre as atividades em apreço com aquelas especificadas no Anexo IV do Decreto n. 3.048/1999 a que faz menção o artigo 58 da Lei n. 8.213/1991, bem como perante omissão legislativa do executivo para estabelecer as hipóteses de aposentadoria especial para os servidores públicos estaduais, deve-se admitir o tempo de carência como o máximo estabelecido na lei, ou seja, 25 anos.*

A título de informação, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, desde logo procurou esclarecer a situação por intermédio da Portaria GP Nº 45 de 26.06.2014[38], *in verbis*:

> *Art. 23. Tendo em conta o fundamento das decisões emanadas dos mandados de injunção que vêm sendo apreciados pelo E. Supremo Tribunal Federal, o qual também orientou a edição da* **Súmula Vinculante nº 33, não se reconhecerá** *entre as hipóteses do* **art. 40, § 4º, II e III,** *da Constituição Federal* **a atividade dos servidores ocupantes dos cargos de Analista Judiciário - Área Judiciária - Especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federa***l ou de Técnico Judiciário - Área Administrativa - Especialidades Segurança ou Transporte, uma vez que não abrangidas pelas normas do regramento previdenciário concernente à aposentadoria especial. (Grifamos).*

Sem entrar no mérito quanto a eventuais riscos a que estão submetidos os recorrentes, não se pode ignorar que essa opinião favorável aos servidores se divorciou completamente da legislação previdenciária, conforme manda a Corte Suprema. Realizaram um exercício de analogia de questionável validade na seara administrativa; que talvez fosse melhor palatável se se tratasse de provimento jurisdicional.

A nosso ver, criou regra nova para acomodar a situação não prevista na legislação indicada pelo STF, na falta de um necessário enquadramento da atividade dos recorrentes na legislação do RGPS, a nosso ver, necessária para respaldar a concessão da aposentadoria especial.

Embora com a injunção que considerou as atividades laborais concretas dos impetrantes - oficiais de justiça - a decisão foi buscar respaldo em outro mandado de injunção, que beneficiou a categoria dos investigadores de polícia, querendo fazer crer que o mesmo mecanismo poderia ser utilizado nesses casos.

Data venia, oficial de justiça e investigador de polícia são categorias com atribuições e riscos muitos diferentes. Convenhamos; uma coisa é o STF estabelecer regra com base em normas gerais em procedimento jurisdicional e outra é um órgão administrativo como o Conselho Superior da Magistratura, pretender fazer o mesmo em sede administrativa.

36 Ibidem - pg. 19

37 Ibidem – pg.19

38 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Portaria GP Nº 45 de 26.06.2014

Outro aspecto bastante relevante diz respeito ao papel da AGEPREV em confronto com a competência do Tribunal de Justiça para apreciar os pedidos e aposentar servidores.

Temos o art. 102 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul e as disposições da Lei Estadual nº 3.545, de 17 de julho de 2008, alhures transcritas.

Da análise das disposições é possível concluir que efetivamente o Tribunal de Justiça tem competência Constitucional para a concessão da aposentadoria a seus servidores, contudo a Lei parece restringir esse papel ao Ato de Concessão e que dependerá de aprovação do pagamento pela AGEPREV.

Isso porque, considerando a legislação em seu contexto, os Órgãos dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública, desempenham um papel de operadores da parte burocrática do órgão previdenciário, inclusive com o dever de arrecadar as contribuições e repassá-las; reservando à AGEPREV a papel de efetivo administrador dos recursos previdenciários e verdadeiro bancador das despesas.

A Lei estabelece que a AGEPREV precisa aprovar os pagamentos e mantê-los.

Criam-se, portanto, situações curiosas.

Como poderia a Lei estabelecer a responsabilidade da AGEPREV de gerir os recursos previdenciários e manter os pagamentos, porém lhe tirando qualquer possibilidade de questionamento quanto à concessão?

A Agência pagará "de olhos fechados" todos os benefícios concedidos pelos órgãos, apenas com base na presunção de que estão corretos? Quem paga não pode questionar?

De outra banda, considerando que o processo de concessão do benefício "será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção". Teria a AGEPREV competência legal para, por exemplo, cassar ou recusar a manter um benefício administrativamente concedido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, sob o argumento de que está irregular?

O ato administrativo do Presidente do Tribunal de Justiça estaria a depender de aprovação da AGEPREV?

A concessão do benefício estaria sobrestada até que o ato de concessão fosse aprovado pela AGEPREV?

Em um mundo ideal, o melhor seria que a AGEPREV tivesse sua estrutura burocrática suficiente para atender os seus segurados, de sorte que o servidor pudesse pleitear seus benefícios diretamente ao órgão previdenciário. Contudo, até que isso não ocorra quem responderá as indagações que acima propomos?

Estas são, pois, as reflexões que deixamos para os estudiosos da matéria, augurando que o debate possa trazer luz para a resolução dos problemas ora postos, para prestígio da Constituição Federal, dos princípios do Direito Administrativo e da segurança jurídica que tanto almejamos.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 158 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Portal do planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Instrução normativa nº 1, de 22 de julho de 2010. **D.O.U.**, Brasília, DF, 27 jul. 2010.

_____. Instrução normativa nº 3, de 23 de maio de 2014. Altera a instrução normativa MPS/SPPS/Nº 01, de 22 de julho de 2010. **Ministério da Previdência Social**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/legislao-federal>. Acesso em: 16 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de injunção nº 3.564. Julgado em 17 de outubro de 2013. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **STF,** Brasília, DF. Processo eletrônico.

_____. Mandado de injunção nº 4588. Julgado em 07 de novembro de 2013. Relator: Ministro Dias Toffoli. **STF**, Brasília, DF. Processo eletrônico.

_____. Mandado de injunção nº 715. Julgamento em 25 de fevereiro de 2005. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+715%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bzk6lrk>. Acesso em: 14 jul. 2015.

_____. Recurso extraordinário nº 590260. Julgado em 24 de junho de 2009. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Repercussão geral. **RJTJRS**, Rio Grande do Sul, v. 45, n. 278, p. 32-44, dez. 2010.

_____. Súmula vinculante nº 33, 2014. **STF**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1941>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Portaria GP nº 45, de 26 de junho de 2014. Dispõe sobre a aposentadoria especial no âmbito do TRT 2º Região. **Diário Oficial Eletrônico,** São Paulo, 30 jun. 2014. Caderno Administrativo. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Portarias/2014/GP_45_14.html>. Acesso em: 16 jul. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Assembleia Legislativa. Lei nº 3.545, de 17 de julho de 2008. **TJMS**, Campo Grande, MS, 2013. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao.php>. Acesso em: 15 jul. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição (1989). **TJMS**, Campo Grande, MS, 2013. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao.php>. Acesso em: 17 jul. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nº 066.164.0021/2013. Relator: Desembargador Divoncir Schreiner Maran. **TJMS**, Campo Grande, MS, 2013. Ementa publicada no Diário da Justiça MS nº 3121, de 27.05.2014, p. 2.

_____. Lei nº 1.093, de 13 de setembro de 1990. **TJMS**, Campo Grande, MS, 2013. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao.php>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Mandado de Injunção nº 0017043-91.2010.8.12.0000. Relator: Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte. **TJMS**, Campo Grande, MS, 2010. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cposg5/open.do>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Mandado de segurança nº 1407728-15.2014.8.12.0000. Relator: Desembargador Vladimir Abreu da Silva. **Diário da Justiça**, Campo Grande, MS, 2014. Acórdão publicado no Diário da Justiça MS nº 3241, de 24.11.2014.

_____. Recurso administrativo nº 066.164.0027/2013. Relatora: Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges. **TJMS**, Campo Grande, MS, 2013. Ementa publicada no Diário da Justiça MS nº 2972, de 26.09.2013, p. 4.

PIACINI NETO, Odasir. Súmula vinculante nº 33 e a aposentadoria especial do servidor público. **JusBrasil**, [S.l.], 2015. Disponível em: <http://odapiacini.jusbrasil.com.br/artigos/116008858/sumula-vinculante-n-33-e-a-aposentadoria-especial-do-servidor-publico>. Acesso em: 29 jun. 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do estado legislador**. 2. ed. [S. l.]: Saraiva, 2013. 183 p.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0000057-76.1999.8.12.0023 - Ivinhema
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – SUSPENSÃO DO FEITO – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – 7 ANOS SEM IMPULSIONAMENTO – CARACTERIZADA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL – EXTINÇÃO DO FEITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de setembro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema/MS, nos autos da ação de execução de título extrajudicial, que julgou extinto o processo, com resolução do mérito, declarando a ocorrência da prescrição intercorrente, sem custas e sem honorários.

Os autos de origem, versam sobre uma dívida cobrada de Luiz Flávio de Oliveira, decorrente de uma nota promissória e contrato de empréstimo pessoal.

O autor, ora apelante, pediu a suspensão do feito, na forma do art. 791, inciso III, do CPC, ou até nova manifestação, o qual foi deferido pelo juiz *a quo*, que suspendeu o feito em outubro de 2005.

Em agosto de 2013, o exequente manifestou-se nos autos pleiteando o andamento do feito.

O magistrado singular entendeu que pelo fato dos autos ficarem suspensos mais de 7 (sete) anos a requerimento do autor e de que a pretensão de cobrança de dívidas líquidas prescrevem em 5 (cinco) anos, bem como a nota promissória em 3 (três) anos, aplicou o princípio da duração razoável do processo, de modo que não se deve sujeitar o devedor a uma execução eterna. Aplicando assim, a prescrição intercorrente.

Requer o apelante em suas razões a reforma da sentença no sentido de determinar o imediato retorno dos autos à vara de origem para o normal prosseguimento do feito, tendo em vista a presente sentença ser contrária às provas contidas nos autos. Alega que jamais abandonou os autos, uma vez que o mesmo estava suspenso, por ausência de bens penhoráveis, e não por culpa do autor. E, que de acordo com o art. 791, III, do CPC, não tem curso o prazo de prescrição, restando a suspensão por tempo indeterminado.

Sustenta ainda, que não houve intimação pessoal para que o autor desse andamento ao feito no prazo de 48h, sob pena de extinção, conforme preconiza a legislação e a jurisprudência dominantes.

Contrarrazões às fls. 146/151.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da comarca de Ivinhema/MS, nos autos da ação de execução de título extrajudicial, que julgou extinto o processo, com resolução de mérito, declarando a ocorrência da prescrição intercorrente.

O magistrado singular entendeu que pelo fato dos autos ficarem suspensos mais de 7 (sete) anos a requerimento do autor, e tendo por objeto títulos que prescrevem em cinco (cobrança de dívida líquida) e três (nota promissória) anos, aplica-se o princípio da duração razoável do processo, de modo que não se deve sujeitar o devedor a uma execução eterna.

Alega que jamais abandonou os autos, uma vez que o mesmo estava suspenso, por ausência de bens penhoráveis, e não por culpa do autor. E, que de acordo com o art. 791, III, do CPC, não tem curso o prazo prescricional, restando a suspensão por tempo indeterminado.

Sustenta ainda, que não houve intimação pessoal para que o autor desse andamento ao feito no prazo de 48h, sob pena de extinção conforme preconiza a legislação e a jurisprudência dominante.

Pois bem. A legislação não estipula de quanto tempo seria a suspensão nesta hipótese, para que se possa também saber quando caracterizada estaria a inércia do devedor para a contagem da prescrição intercorrente, uma vez que, se o devedor não possui bens, impossibilitado encontra-se o credor de dar o devido impulso ao feito.

Deve-se levar em conta que há doutrina que considera grande injustiça ocorrer a prescrição, por não caracterizar a inércia do exequente se este, mesmo diligente, não localiza bens passíveis para recair a penhora, levando-se em conta que a prescrição nasceu para punir o titular do direito que se conserva inativo e não para punir aquele que, embora diligente, não encontre patrimônio em nome do executado.

Em contrapartida, não se pode admitir que a suspensão do processo fique indefinida, com uma litispendência sem fim, ocorrendo uma execução eterna, tornando uma obrigação patrimonial imprescritível, o que seria uma afronta às garantias constitucionais da duração razoável do processo e o da segurança jurídica.

Araken de Assis classifica a suspensão *sine die* como ilegal e gravosa, considerando prejudicial a suspensão indefinida:

> *Em primeiro lugar, a suspensão, indefinida se afigura ilegal e gravosa, porque expõe o executado, cuja responsabilidade se cifra ao patrimônio (art. 591), aos efeitos permanentes da litispendência. Mesmo que a responsabilidade respeite a bens futuros, eles servirão ao processo futuro, e não, necessariamente, ao atual.* (ASSIS, Araken de. 2007, p. 462).

Na sequência o autor aponta solução possível ao caso, utilizando-se da analogia e indicando um prazo máximo para a suspensão do processo executivo:

> *Seja como for, o sistema recomenda um elastério razoável à suspensão. O art. 265 agasalha dois interregnos: na hipótese de convenção das partes, o máximo é de seis meses (art. 265, § 3.º); no caso de causa prejudicial ou de produção de prova, o prazo alcança um ano (art. 265,§ 5.º). Como já se rejeitou a aplicabilidade, em sede executiva, do inc. IV do art. 265, soaria extravagante e contraditório propugnar o prazo de um ano, a esta regra estreitamente vinculada. Por conseguinte, inexistindo bens utilmente penhoráveis, o processo executivo remanescerá suspenso por 6 (seis) meses, após o que se extinguirá. O ponto exige, a olhos vistos, imediato tratamento legislativo, seja porque obscuro, seja porque o prazo apontado é exíguo e desconforme com o fixado no art. 40, § 2º da Lei 6830/80.* (ASSIS, Araken de. 2007, p. 463).

De outra parte, Arruda Alvim dá outra solução ao problema verificado na suspensão do processo executivo, qual seja a aplicação do instituto da insolvência civil (artigos 777 e 778 do CPC[1]):

> *A solução do Código de Processo Civil é a da insolvência, que pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor. E sucessivamente ao término da insolvência, correrá prescrição, como, ainda, a lei estabelece a própria extinção das obrigações. (*ALVIM, Arruda. 2006, p. 54/55).

Ou seja, cinco anos contados da efetiva suspensão.

Torna-se evidente a postura dos doutrinadores de ser inadmissível que a suspensão regida pelo rito do CPC não tenha uma duração razoável. Manter uma pretensão executiva perpétua causará transtornos, não só à ordem e segurança jurídicas como também fazer do executado um eterno devedor de uma dívida que excepcionalmente será satisfeita.

Para melhor entendimento do assunto tratado vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) no caso da ocorrência da prescrição intercorrente tendo em vista a inércia do exequente por lapso temporal superior ao prazo de prescrição do direito material em discussão:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. DECORRIDOS QUINZE ANOS SEM MANIFESTAÇÃO OU QUE O EXEQUENTE OBTIVESSE ÊXITO EM INDICAR BENS PASSÍVEIS DE SATISFAZER SEU CRÉDITO. DESÍDIA DA PARTE EXEQUENTE CARACTERIZADA. EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.*
>
> *[...] Neste sentido, se um processo é encaminhado ao arquivo provisório, suspenso sem prazo determinado por inexistência de bens penhoráveis, cabe ao credor ao menos diligenciar, de tempos em tempos, pela busca de bens, demonstrando ao juiz que tem envidado esforços para localizá-los, donde se possa concluir pelo seu interesse em obter o crédito exequendo. Ora, ainda que a legislação aplicável à situação exposta (art. 791, III do Código de Processo Civil) não determine o prazo pelo qual se manterá suspensa a demanda executiva em caso de inexistência de bens do devedor, não é razoável interpretar-se referida lacuna no sentido de que o processo poderá ficar suspenso indefinidamente. Esse entendimento equivale a aceitar a infinitude da demanda, a eternização da execução, o que vai frontalmente de encontro ao princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º LXVIII CF) e ao sistema jurídico pátrio em geral, visto que o processo*

1 Art. 777. A prescrição das obrigações, interrompida com a instauração do concurso universal de credores, recomeça a correr no dia em que passar em julgado a sentença que encerrar o processo de insolvência.
Art. 778. Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência.

> *deve ter um final. O raciocínio é fortemente sustentável a partir de uma interpretação sistemática segundo a qual, se a lei é omissa, cabe a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." Desta feita, não obstante a simples suspensão do processo não ser suficiente para caracterizar a desídia da parte exequente e, portanto, dar ensejo à prescrição do direito pleiteado, em se estendendo a paralisação do processo por período superior a um ano, sem a manifestação da parte interessada e a partir daí, iniciará a contagem do prazo prescricional. Ademais, reza a Súmula 150/STF: Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.* (TJPR, Agravo de Instrumento 1.104.449-6, Rel. Des. Celso Jair Mainardi, 14ª Câmara Cível, Julgado em 02/10/2013)

Não se desconhece que há entendimentos no sentido de que não pode haver a retomada do curso prescricional se os autos estiverem suspensos em virtude da não localização de bens em nome do devedor, pois se a suspensão foi requerida pela parte que aproveita, e autorizada judicialmente, não há que se falar em inércia do exequente. Além daqueles que consideram essencial a intimação do credor/exequente para dar andamento ao processo, após suspensão por tempo razoável, e caso este não dê o devido andamento no processo será caso da retomada do prazo para se configurar a prescrição.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) tem entendimento no mesmo sentido do TJPR no que diz respeito à negativa de fluência do prazo prescricional enquanto a execução estiver suspensa, porém considera desnecessária a intimação do credor para a caracterização da prescrição intercorrente. Se após tempo razoável de suspensão os autos forem encaminhados a arquivo provisório a requerimento do exequente ou com seu consentimento em virtude de ainda não haver localizado bens em nome do devedor, este por estar ciente arca com os ônus da prescrição, e se não o fizer no prazo estipulado em lei terá seu direito prejudicado, sendo considerada até mesmo desnecessária a intimação pessoal para o credor dar andamento ao feito, caso corriqueiro por outros tribunais, como forma de tornar evidente a inércia do titular do direito. Conforme argumento, segue as seguintes decisões:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE CRÉDITO DIRETO AO USUÁRIO FINAL GARANTIDO POR NOTA PROMISSÓRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO DIANTE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APELO DO BANCO. ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. PRESCINDIBILIDADE. PLEITO DE ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO DO PROCESSO QUE PARTIU DO PRÓPRIO CREDOR. FEITO PARALISADO POR MAIS DE ONZE ANOS. DESÍDIA DO BANCO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 177, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 2.028 E 206, § 5º, I, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "Dessa forma, uma vez arquivado administrativamente o feito a pedido do próprio exequente, interessado maior na persecução de seu crédito (CPC, art. 612, caput), considera-se ter início a partir daí o curso do prazo prescricional intercorrente, sob pena de eternização do processo enquanto estiver suspenso, visto que nesse interregno cabe apenas ao exequente - e a mais ninguém - diligenciar efetivamente para obter a satisfação do crédito exequendo"* (Apelação Cível 2013.020810-1 - SC, 2013).

E também:

> *APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. NOTA PROMISSÓRIA. RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE PREPARO. RECURSO NÃO CONHECIDO (ART. 500, § ÚNICO, CPC). RECURSO PRINCIPAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LAPSO TEMPORAL QUE, DO DESPACHO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO PROCESSO*

> *ATÉ O PEDIDO DO DESARQUIVAMENTO, DECORREU MAIS DE DEZ ANOS.* ***INÉRCIA DO POSTULANTE QUE SE MOSTROU EVIDENTE. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE****. PLEITO DE DESARQUIVAMENTO E PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO QUE PARTIU DO PRÓPRIO CREDOR.* (Apelação Cível 2012.075156-8 - SC, 2013) [grifo nosso].

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), em decisões distintas entende que a intimação do exequente é desnecessária alegando que este deve dar o devido impulso ao processo de tempo em tempo, e se não o fizer estará sujeito a sofrer os efeitos da prescrição intercorrente, conforme vejamos:

> *EXECUÇÃO. DUPLICATAS. ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. INEXISTÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Ação de execução que teve seu curso suspenso em razão de não terem sido localizados bens a penhorar. Arquivamento por prazo superior a cinco anos. Prescrição intercorrente.* ***Desnecessidade de intimação pessoal para a extinção do feito em decorrência da prescrição.*** *Apelo desprovido. Unânime.* (Apelação Cível 70039944632 - RS, 2011). [grifo nosso].

E no mesmo sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR INÉRCIA DO AUTOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO. Tramitando a demanda executória há mais de dez anos, arquivado administrativamente o feito e sem qualquer manifestação do exequente após decorrido o prazo de suspensão, de ser reconhecida a ocorrência da prescrição intercorrente. Processo sem impulsionamento por mais de sete anos.* ***É dispensável a prévia intimação pessoal do autor para a decretação da extinção do feito em decorrência da prescrição intercorrente****, se, por mais de seis anos, o processo ficou sem qualquer movimentação, por inércia do credor. Sentença de extinção do feito mantida.* (Apelação Cível 70052583739 - RS, 2013). [grifo nosso].

O STJ tem entendimento pacífico a respeito do caso, como podemos observar na seguinte decisão:

> *Execução. Crédito locatício. Paralisação do processo por mais de três anos por inércia do exequente. Prescrição intercorrente. Ocorrência. Decurso de menos da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916 (art. 178, § 10, VI). Regência da espécie pelo novo Código (artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002). Agravo provido para extinguir a execução (1002).*
>
> *[...] Nesses casos, este Superior Tribunal de Justiça traçou orientação no sentido de que, suspensa a execução de uma forma ou de outra, não tem curso a prescrição. Por igual, não há como afirmar que o recorrente tenha sido negligente, pois, em momento algum foi intimado pessoalmente, para dar andamento ao processo e tampouco se mostrou inerte e desinteressado, apenas não encontrava condições de dar prosseguimento ao feito, pela postura adotada pelo devedor, dificultando o andamento da execução. À exemplo do Resp nº 16.558/MG, colacionado pelo recorrente, também a Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Resp n 154.782/PR e a Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, Resp nº 327293/DF, entenderam que "pressupõe a prescrição diligência que o credor, pessoalmente intimado, deve cumprir, mas não cumpre no prazo prescricional". No caso, o recorrente não foi intimado para quaisquer atos, tendo ele mesmo a iniciativa de fazê-lo, quando aspirou condições para o prosseguimento do feito, repita-se, dificultado pelo devedor. (Recurso Especial 1135876, 2009).*

De qualquer forma, cada decisão com sua fundamentação, tem algo em comum que é a verificação se houve a inércia do exequente, como fator primordial a retomada do curso prescricional, e segundo

orientação do STJ se os autos encontram-se suspensos, não há que se falar em inércia do exequente e por isso também não poderá ser computado como tempo de prescrição, porém se o titular do direito abandonar a causa, se intimado não der o devido andamento ao processo ou parar de buscar bens em nome do devedor, este poderá sofrer os efeitos da prescrição.

Entretanto, a suspensão conforme jurisprudência majoritária deverá ser por tempo razoável, e jamais poderá ser indefinida. Após o transcurso da suspensão por tempo estipulado pelo magistrado, e se mesmo assim o credor não achar bens para saldar a divida, os autos poderão ser encaminhados ao arquivo provisório com o consentimento deste, e a partir daí se retoma o curso do prazo prescricional, por tempo suficiente a perfazer a prescrição do objeto central da execução. E os elevados 7 (sete) anos que se passaram, foram mais que suficientes para que o próprio autor impulsionasse o feito. O qual não fica proibido de fazer, conforme argumenta.

Nos casos em que a lei deixa a desejar, cabe ao estudioso do direito interpretar da melhor maneira de acordo com os demais institutos de forma análoga, onde podemos citar o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que nos informa que quando a lei é omissa cabe ao legislador buscar através da analogia, dos costumes, dos princípios basilares do direito a resolução do caso citado.

Tendo em vista a omissão trazida pelo artigo 791 do CPC, em não determinar como se opera a suspensão do processo executivo, abre-se espaço para divergências entre interpretações de como ocorre a aplicação da prescrição intercorrente. Uma solução que poderia ser acolhida pelo Código de Processo Civil, em razão desta omissão apontada, é atribuir por analogia aquela interpretação trazida pela Lei de Execução Fiscal (6.830/80) em seu artigo 40 que dispõe:

> *Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*
>
> *§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*
>
> *§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.*
>
> *§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*
>
> *§ 4o Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.*
>
> *§ 5o A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4o deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.*

A referida lei está completa, não havendo omissões de como será operada suspensão, pois prevê que, suspenso o processo executivo fiscal, decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrado patrimônio penhorável, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, porém tal arquivamento tem efeito apenas administrativo, isto porque quando o credor encontrar bens a qualquer tempo, o processo será desarquivado para prosseguimento da execução, sendo que a prescrição intercorrente somente começará a correr após o término da suspensão, ou seja, quando os autos forem encaminhados para o arquivo provisório. Assim, tal lei pode ser aplicada aos demais perdimentos, por analogia, em virtude de sua especialidade.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO. AÇÃO EXECUTIVA DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS (ART. 791, III DO CPC). PROCESSO PARALISADO POR QUASE NOVE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECRETADA. AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL ESPECÍFICO PARA SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ETERNIZAÇÃO DA EXECUÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. SUPRIMENTO POR ANALOGIA, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (ART. 4º LICC) E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXVIII, CF). SUSPENSÃO PELO PRAZO MÁXIMO DE UM ANO CONFORME ART. 265, § 5º E ART. 40, §§ 2º E 4º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DAÍ. DESÍDIA DO CREDOR CARACTERIZADA. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL (ART. 52 DO DECRETO LEI 413/69 C.C ART, 70 DA LEI UNIFORME) TRANSCORRIDO INTEGRALMENTE. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* (Apelação Cível 980158-3 – PR, 2013).

E também:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO EXECUTIVA DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NOTA PROMISSÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS (ART. 791, III DO CPC). PROCESSO PARALISADO POR MAIS DE SETE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECRETADA. AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL ESPECÍFICO PARA SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ETERNIZAÇÃO DA EXECUÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. SUPRIMENTO POR ANALOGIA, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (ART. 4º LICC) E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXVIII, CF). SUSPENSÃO PELO PRAZO MÁXIMO DE UM ANO CONFORME ART. 265, § 5º E ART. 40, §§ 2º E 4º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DAÍ. DESÍDIA DO CREDOR CARACTERIZADA. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL (ART. 70 DA LEI UNIFORME DE GENEBRA) TRANSCORRIDO INTEGRALMENTE. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* (Apelação Cível 973539-7 – PR, 2012).

A Súmula 314 do STJ, para facilitar interpretação da referida lei de execução fiscal, dispõe que: "*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*".

Evidente que se o Código de Processo Civil vigente tivesse interpretação clara como a dada na Lei de Execução Fiscal (6.830/80), mais fácil seria a aplicação da prescrição intercorrente na execução comum, que como visto anteriormente não prestigia a harmonia do sistema, havendo decisões e interpretações em sentidos diversos. Por estes motivos, como uma solução a esta omissão, aplica-se ao presente caso em comento a interpretação por analogia à Lei de Execução Fiscal.

Contudo, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 921, §§1º a 5º, trará em seu conteúdo o referido tema de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Diante o exposto, nego provimento ao recurso. Mantendo inalterada a sentença do juiz singular.

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, 23 de setembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0033650-11.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO – RETIFICAÇÃO À MARGEM DA MATRÍCULA – CORREÇÃO DO ESTADO CIVIL – CORREÇÃO DO CPF – DÚVIDA ACERCA DA VERACIDADE DOS FATOS – HOMÔNIMOS OU FRAUDE – MEIO JUDICIAL IMPRÓPRIO PARA DIRIMIR A DÚVIDA E RETIFICAR O REGISTRO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NEGADO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de setembro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Domingos Ferreira da Silva, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de retificação de registro público, que indeferiu o pedido inicial e julgou extinto o feito.

O requerente, Sr. Domingos ajuizou a ação de origem para retificar a averbação de nº 02/52.976 de 18.12.2009, constante na matrícula 52.976, ficha I, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, visto que seu estado civil encontra-se erroneamente grafado como casado, quando o correto seria "solteiro".

Sr. Domingos alega ser o proprietário legitimo do imóvel do qual no dia 14.09.2009, foi firmada Escritura Pública de Compra e Venda do lote do imóvel entre Sr. Elio Feranti (comprador) e Sr. Walter de Castro e sua mulher Sylla de Castro (vendedores). Constando Sr. Domingos, ora apelante, e sua mulher Liozina Martins da Silva como intervenientes anuentes, quando na verdade seriam os vendedores. Dia 05.11.2009 foi retificada essa incorreção.

Houve ainda, o registro de casamento do Sr. Domingos com a Sra. Liozina no dia 18.12.2009. Entretanto, o requerente, ora apelante, afirma que não conhece a pessoa de Liozina Martins, sendo seu estado civil solteiro.

Afirma que tentou pela via administrativa o cancelamento da averbação, visando à alteração de seu estado civil para solteiro, porém não obteve êxito, visto que seria atribuição do Poder Judiciário a análise da matéria.

O Juiz singular entendeu estar evidente não se tratar de erro quanto ao estado civil do requerente, mas de alteração da propriedade, pois tratam-se de pessoas diversas. Os documentos juntados aos autos de origem trazem Domingos Ferreira da Silva com CPF: 142.758.721-34 (f. 09), e outro versa na averbação do registro Publico, Domingos Ferreira da Silva com CPF:555.739.911-91. Onde não é possível afirmar se houve fraude ou se são homônimos. E que tal questionamento não tem cabimento em ação da natureza da causa em tela (jurisdição voluntária), que somente por vias ordinárias poderá ser esclarecido quem é o legítimo proprietário do imóvel.

Requer em suas razões de apelação o conhecimento e o provimento do recurso para que seja determinada a retificação da averbação n. 02/52.976 de 18.12.2009 constante na matrícula 52.976, ficha I, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, no qual fez constar que Sr. Domingos teria se casado com Sra.Liozina, como também a retificação do CPF do apelante.

Manifestação Ministerial às fls. 243/247, pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Domingos Ferreira da Silva, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de retificação de registro público, que indeferiu o pedido inicial e julgou extinto o feito.

O Requerente, Sr. Domingos ajuizou a ação de origem para retificar a averbação de nº 02/52.976 de 18.12.2009, constante na matrícula 52.976, ficha I, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, visto que seu estado civil encontra-se erroneamente grafado como casado, quando o correto seria “solteiro”.

Sr. Domingos alega ser o proprietário legitimo do imóvel do qual no dia 14.09.2009, foi firmada escritura pública de compra e venda do lote do imóvel entre Sr. Elio Feranti (comprador) e Sr. Walter de Castro e sua mulher Sylla de Castro (vendedores). Constando Sr. Domingos, ora apelante, e sua mulher Liozina Martins da Silva como intervenientes anuentes, quando na verdade seriam os vendedores. Dia 05.11.2009 foi retificada essa incorreção.

Houve ainda, o registro de casamento do Sr. Domingos com a Sra. Liozina no dia 18.12.2009. Entretanto, o requerente, ora apelante, afirma que não conhece a pessoa de Liozina Martins, sendo seu estado civil solteiro.

Afirma que tentou pela via administrativa o cancelamento da averbação, visando a alteração de seu estado civil para solteiro, porém não obteve êxito, visto que seria atribuição do Poder Judiciário a análise da matéria.

O Juiz singular entendeu estar evidente não se tratar de erro quanto ao estado civil do requerente, mas de alteração da propriedade, pois tratam-se de pessoas diversas. Os documentos juntados aos autos de origem trazem Domingos Ferreira da Silva com CPF: 142.758.721-34 (f. 09), e outro versa na averbação do registro Publico, Domingos Ferreira da Silva com CPF:555.739.911-91. Onde não é possível afirmar se houve fraude ou se são homônimos. E que tal questionamento não tem cabimento em ação da natureza da causa em tela (jurisdição voluntária), que somente por vias ordinárias poderá ser esclarecido quem é o legítimo proprietário do imóvel.

Requer em suas razões de apelação o conhecimento e o provimento do recurso para que seja determinada a retificação da averbação n. 02/52.976 de 18.12.2009 constante na matrícula 52.976, ficha I, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, no qual fez constar que Sr. Domingos teria se casado com Sra.Liozina, como também a retificação do CPF do apelante.

Manifestação Ministerial às fls. 243/247, pelo improvimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, porém o mesmo não merece acolhimento.

A finalidade da ação de retificação é assegurar a fiel e completa correspondência entre a realidade e o registro, preservando a certeza do assento público. A faculdade nela conferida tem objetivamente considerável latitude, pois abraça tanto o erro de direito como o de fato.

Não menos significativa é sua pertinência subjetiva, ao ensejar a Lei de Registros Públicos o exercício da pretensão retificatória ao interessado, entendendo-se como tal aquele que detenha interesse jurídico devidamente comprovado e que nem sempre coincidirá com a pessoa do titular do registro a ser retificado.

Frise-se novamente que retificar é diferente de mudar, que por sua vez diverge de alterar. Com efeito, na alteração não se cogita de reparar erro; trata-se de uma modificação do que era certo e definitivo, normalmente implicando em acréscimo.

Na mudança há uma substituição de dado do assento, envolvendo idéia mais ampla do que a alteração. Como exemplo, quem muda, adota outro nome ou o transforma completamente. Já quem altera, introduz modificação que não retira do nome seu caráter anterior, permanecendo reconhecível, ao passo que na retificação corrige-se um erro ou repara-se uma omissão na redação do ato de nascimento.

Quanto a sua consequência, invariavelmente a retificação acarreta o cancelamento, total ou parcial, do assento, ainda que disponha de menor poder de fogo que o cancelamento propriamente dito. Enquanto a retificação aplica-se à correção do equívoco do assento por erro, no cancelamento o campo de intervenção é mais abrangente, na medida em que não exige especificamente a presença dessa patologia para sua aplicação, em que pese não prescinda do processo de conhecimento, através do rito comum ordinário e se sujeite a prescritibilidade.

Nota-se uma evidente confusão, com demonstrações de documentos, registros e matrículas, onde a veracidade das informações, mesmo que coesas, necessitam de um devido processo legal para melhor análise e apuração dos fatos trazidos.

Compete à vara de Fazenda e Registros Públicos tão somente a adequação dos registros diante da veracidade e objetividade dos fatos onde independe de defesa ou contraditório.

Quanto ao erro evidente, o serviço registral pode retificar um registro de ofício nos casos de: omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; indicação ou atualização de confrontante; alteração de denominação de logradouro público, comprovado por documento oficial; e inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes.

A decisão para efetuar uma retificação de ofício deve ser tomada com o máximo de cautela. Não basta haver perfeita coincidência. Há que se verificar se a intenção do registrador poderá ou não gerar futuros conflitos comprometendo a segurança jurídica ou causando contendas administrativas ou judiciais.

Ao retificar um CPF, por exemplo estaria não somente retificando um erro, mas provocando toda uma alteração no registro do imóvel, mesmo podendo chegar à uma possível conclusão de que foi meramente um erro evidente do cartório de registro. Porém, o caso necessita de maior instrução, o que nos leva a uma ação própria, um devido processo legal. Não permitindo que seja assim alterada, ou retificada a averbação à margem da matrícula pela jurisdição voluntária.

Portanto, o meio judicial empregado se faz impróprio, pois havendo dúvida, deve se levar o litígio nas vias ordinárias, para elaboração de provas testemunhais, periciais atestando assim a verdade acerca da retificação.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento mantendo a sentença atacada incólume.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 02 de setembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0840640-14.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO – INTERDITO PROIBITÓRIO – REQUISITOS – ART. 932, DO CPC – AMEAÇA DE ESBULHO OU TURBAÇÃO – POSSE ANTERIOR – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL VÁLIDO – LIMITAÇÃO ANTERIORMENTE EXISTENTE – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR EM RELAÇÃO AO REQUERIDO.

Ao adquirir os direitos possessórios do imóvel, os possuidores o recebem nos mesmos moldes e com as mesmas limitações que recaiam sobre os antigos possuidores (art. 2.203 do Código Civil). Assim, o contrato de arrendamento rural, pactuado entre o antigo possuidor e terceiro, ainda se encontra válido e produzindo efeitos. O novo possuidor poderá se valer das ações cabíveis, sempre respeitando as limitações anteriormente existentes.

Na esteira do artigo 932 do Código de Processo Civil, há requisitos que devem ser comprovados concomitantemente para que seja concedido o mandado proibitório: a) receio; b) que este receio seja justo; c) que, além de justo, possivelmente provoque moléstias; d) que haja iminência de ação injusta do réu. A ausência de ação injusta do réu, que exerce a posse amparado por contrato válido afasta o interesse de agir do possuidor indireto, que poderá lançar mão de meios de defesa contra terceiros, mas não contra o requerido.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de setembro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Methódio de Arruda Filho e Nancy Girão de Arruda interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos n. 0840640-14.2014.8.12.0001, ajuizado em face de Marcos de Lacerda Azevedo, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Alegaram os apelantes que ingressaram com o interdito proibitório, na qualidade de possuidores indiretos da área de terras descrita na inicial, uma vez que estariam sendo vítimas de turbação ou esbulho praticado pelo apelado.

Informam que a posse da referida área decore da aquisição dos respectivos direitos de cessão de posse feita por Filadelfo Alves da Silva e sua mulher. Referida área atualmente encontra-se sob regime de comodato celebrado entre os apelantes e Arnaldo Cordeiro Gomes (possuidor direto da área).

Aduz que a legitimidade para a proteção possessória requerida pelos apelantes funda-se no art. 1.197 do Código Civil. E sob tal fundamento é que obtiveram medida liminar, sendo que, após o cumprimento do mandado proibitório o apelado compareceu aos autos, sem contestar, apenas formulando pedido de reconsideração, no qual afirmaram que a via eleita pelos apelantes não era adequada.

Sustentam os apelantes que a hipótese para a decretação da ilegitimidade da parte não está configurada, uma vez que a pretensão dos apelantes e de defender a posse indireta sobre a área turbada por terceiros.

Garantem também que houve confusão do juízo singular ao afirmar que houve desdobramento da posse indireta, em razão da existência de outra contrato – de comodato – firmado entre Filadelfo e Aparecida, com cessão a Arnaldo, mediante anuência de Filadelfo. Isso porque, o contrato de comodato foi celebrado entre Aparecida e Arnaldo, com a anuência de Methódio, sem qualquer participação de Filadelfo em nenhum dos ajustes.

Alegam que a conclusão a que chegou o juízo de origem equivale a proclamar que o possuidor indireto não pode exercer qualquer pretensão possessória, o que não se amolda no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que doutrina e jurisprudência são unânimes em considerá-los legitimados para tal fim.

Argumentam que a autora da ação de reintegração de posse dos autos n.º 0833619-84.2014.8.12.0001, embora tendo alegado que celebrou contrato com Filadelfo, não logrou êxito em demonstrar que tenha praticado o exercício da posse sobre o imóvel.

Afirmam ao final que exercem a posse indireta do imóvel, e consequentemente possuem legitimidade para exercer a pretensão possessória reclamada.

Ao final do recurso, pugnou pelo recebimento da apelação em seu duplo efeito, e pela reforma da sentença prolatada, a fim de que declare os apelantes como possuidores indiretos, e portanto, partes legítimas para o exercício do presente interdito, determinando o prosseguimento da ação.

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 76/85, rechaçando as alegações do recorrente. Essencialmente alegou que em nenhum momento foi proclamada a ilegitimidade dos apelantes, mas tão somente houve reconhecimento da ausência de interesse de agir, que por se tratar de causa que leva a carência de ação, pode ser realizada de ofício.

VOTO

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

Methódio de Arruda Filho e Nancy Girão de Arruda interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos n. 0840640-14.2014.8.12.0001, ajuizado em face de Marcos de Lacerda Azevedo, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Alegaram os apelantes que ingressaram com o interdito proibitório, na qualidade de possuidores indiretos da área de terras descrita na inicial, uma vez que estariam sendo vítimas de turbação ou esbulho praticado pelo apelado.

Sustentam os apelantes que a hipótese para a decretação da ilegitimidade da parte não está configurada, uma vez que a pretensão dos apelantes e de defender a posse indireta sobre a área turbada por terceiros.

Alegam que a conclusão a que chegou o juízo de origem equivale a proclamar que o possuidor indireto não pode exercer qualquer pretensão possessória, o que não se amolda no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que doutrina e jurisprudência são unânimes em considerá-los legitimados para tal fim.

Afirmam ao final que exercem a posse indireta do imóvel, e consequentemente possuem legitimidade para exercer a pretensão reclamada.

É a síntese do necessário.

Compulsando os autos, verifica-se que os apelantes adquiriram a posse das terras disputadas nestes autos de interdito proibitório da pessoa de Filadelfo Alves da Silva e sua mulher Eliane Marinho Alves da Silva, em 30 de Outubro de 2013, conforme escritura pública de cessão e transferência de direitos e ações sobre a posse de imóvel urbano (fls. 09/11 TJMS).

Após a concessão da liminar em favor dos apelantes, compareceu espontaneamente aos autos o requerido/apelado, informando que em 17 de Outubro de 2014, foi proposta por Laisa Gouvea de Azevedo (sua filha) ação de reintegração/manutenção de posse em face de Filadelfo Alves da Silva (Autos n.º 0833619-84.2014.8.12.0001), com base em um contrato de arrendamento rural, cuja validade perdura até o ano de 2019. No referido processo houve a concessão de medida liminar, que por sua vez seria contraditória a decisão proferida nestes autos.

Diante dos novos fatos apresentados, o juízo singular entendeu inexistir no caso em análise interesse de agir dos autores, pois ausente demonstração da necessidade concreta do cabimento da providência jurisdicional deduzida para a defesa da totalidade da posse (mediata e imediata). Assim, revogou a liminar anteriormente concedida e extinguiu a ação sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267,VI, do CPC.

Em que pese as razões delineadas no apelo, tenho que não merecem prosperar.

Como bem esclareceu o juízo singular, ao adquirirem os direitos possessórios do referido imóvel, os apelantes a receberam nos mesmos moldes e com as mesmas limitações que recaiam sobre os antigos possuidores (art. 2.203 do Código Civil). Assim, o contrato de arrendamento rural, pactuado entre o antigo possuidor e terceiro, ainda se encontra válido e produzindo efeitos.

A posse indireta foi transferida aos apelantes, enquanto que a posse direta ainda pertence a arrendatária. Tanto assim o é, que a arrendatária lançou mão da ação pertinente para proteção de sua posse (Autos n.º 0833619-84.2014.8.12.0001).

Não se pode olvidar que, o possuidor indireto poderá sim defender a posse do imóvel. No entanto, deverá respeitar as limitações anteriormente estabelecidas, não podendo se insurgir contra o possuidor direto, que está amparado legalmente por contrato ainda válido, firmado com o antigo possuidor.

O requisito essencial da pretensão proibitória é justamente a posse, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil, o que não restou comprovada na espécie.

Com efeito, acerca da possibilidade de ação de interdito proibitório, dispõe o art. 932 do Código de Processo Civil:

> *Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.*

Sobre o tema, trago a baila os ensinamentos de Nelson Nery Júnior[1] ao comentar referida norma:

> *O interdito proibitório aqui previsto tem caráter inibitório, como no caso da ação prevista no CPC 461. Aqui visa-se proteger especificamente o direito de posse quando ainda não tenha sido efetivada a turbação ou esbulho, mas houver justo receio de que venha ocorrer. Há requisitos que devem ser comprovados para que seja concedido o mandado proibitório:* ***a) receio; b) que este receio seja justo; c) que, além de justo, possivelmente provoque moléstias; d) que haja iminência de ação injusta do réu***. (grifei)

Considerando os fatos expostos, não há como dizer que a posse exercida pelo apelado, ou ainda, por Laisa deva ser considerada injusta.

Resta portanto esclarecida a situação, uma vez que a posse direta exercida por Laisa e pelo apelado, encontra-se amparada pelo contrato de arrendamento rural pactuado com o antigo possuidor, e ainda, por medida judicial anteriormente concedida. Frise-se que tal circunstância somente foi revelada após manifestação do apelado (fls.34/38 TJMS).

Nesse sentido os seguintes julgados:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 932 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I. A AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO É AÇÃO POSSESSÓRIA TÍPICA CUJOS REQUISITOS ESTÃO ENC ARTADOS NO ART. 932 DO CPC.* ***A AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DELES RETIRA DO AUTOR O INTERESSE DE AGIR, PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA****. II. NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO.* (TJ-DF - APL: 111604320068070001 DF 0011160-43.2006.807.0001, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 18/11/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/01/2010, DJ-e Pág. 102) (grifei)

> *INTERDITO PROIBITÓRIO - REQUISITOS - ART. 932, DO CPC -AMEAÇA DE ESBULHO OU TURBAÇÃO - POSSE ANTERIOR - AUSÊNCIA DE PROVA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Na esteira do artigo 932 do Código de Processo Civil, o possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao Juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. -* ***Não restando demonstrado nos autos todos os requisitos necessários para procedência da presente ação de interdito proibitório, quais sejam: a posse anterior, a ameaça da turbação ou esbulho e o justo receio de ser efetivada a ameaça, entendo que não está a merecer reforma a r. sentença, que julgou improcedentes os pedidos iniciais****.* (TJ-MG 10024940846405003 1 MG 1.0024.94.084640-5/003(1), Relator: Lucas Pereira, Data de Julgamento: 23/04/2009, Data de Publicação: 13/05/2009) (grifei)

Importante salientar ainda que, a ação não foi extinta em decorrência dos autores não possuírem legitimidade para exercer a pretensão possessória, mas por falta de interesse de agir.

Isso porque, como já dito, a posse que lhes foi transferida era limitada em relação aos possuidores diretos (no caso em análise, Laisa e o requerido Marcos), não podendo manejar o presente interdito proibitório contra referidas pessoas. Tal limitação não ocorre em relação à terceiros, por isso que se fala em falta de interesse de agir e não de ilegitimidade passiva.

1 NERY JÚNIOR. Nelson. ANDRADE NERY. Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 1.457.

Diante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter em seus exatos termos a sentença prolatada pelo juízo singular.

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, 23 de setembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800169-15.2014.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO – REAJUSTE DE MENSALIDADE TOMANDO COMO CRITÉRIO ÚNICO A FAIXA ETÁRIA – ILEGALIDADE – PREVISÃO ABUSIVA – REVISÃO DE CLÁUSULA DE PLANO DE SAÚDE – DEVOLUÇÃO DE VALORES – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ – FORMA SIMPLES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RESPEITO AO ARTIGO 20 DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Sobre os contratos de plano de saúde incidem as disposições do Estatuto do Idoso que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato em questão, deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, por se tratar de norma cogente, decorrente de ordem pública.

Tendo em vista a incidência das disposições do CDC e do Estatuto do Idoso, mostra-se a abusiva, sendo consequente nula, cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.

Nos termos do entendimento do STJ, a iniciativa da empresa de reajustar as prestações do seguro saúde, com base na alteração da faixa etária, encontra-se amparada em cláusula contratual - presumidamente aceita pelas partes -, que até ser declarada nula, gozava de presunção de legalidade, não havendo razão, portanto, para se concluir que a conduta da administradora do plano de saúde foi motivada por má-fé. Logo, a devolução de valores deve se dar de forma simples.

Devem ser mantidos os honorários advocatícios quando fixados em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, mormente, quando respeitados os artigo 20 e seus parágrafos, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de julho de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

A Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (fls. 200/206) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da ação movida por Eunice Regina Battisti que julgou "*parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial para declarar a ilegalidade do reajuste efetuado na mensalidade da autora em razão da mudança de faixa etária, reconhecendo a nulidade da cláusula contratual que prevê o aumento de 165,45%, devendo incidir apenas o reajuste periódico a ser acordado pelas partes, através de aditivo contratual, consoante Resolução Normativa da ANS. Ainda, condeno a requerida a restituir em dobro o valor pago a maior do que o efetivamente devido, corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data do pagamento, acrescida de juros de mora de 12% ao ano, sem capitalização, desde a citação. Fica mantida a antecipação da tutela.*"

A apelante, em suas razões recursais (fls. 253/259), alega, em síntese, que:

1) não se aplicam as disposições contidas no Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados antes da sua vigência, tendo em vista que lei nova, ainda que veicule norma de ordem pública, não pode retroagir para incidir sobre relação contratual celebrada antes da sua entrada em vigor, sob pena de afronta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e ao artigo 6º, *caput*, e §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

2) é legal o reajuste por faixa etária, devendo prevalecer aquilo ajustado livremente pelas partes. Acrescenta que os planos coletivos são reajustados pelo índice definido de comum acordo entre os contratantes, com base na sinistralidade do contrato.

3) deve ser afastada a condenação para devolução em dobro de valores pagos a maior.

4) os honorários advocatícios estabelecidos na sentença, correspondentes a R$ 3.000,00, devem ser reduzidos para o patamar de R$ 1.000,00.

Ao final, prequestiona possível afronta aos artigos 5º, II XXXVI e LV, 196, 197, 198, 199 e 200, todos da Constituição Federal e ao artigos 130, 131, 330, inciso I; 373 e seu parágrafo único; 397; 398; 400; 420 e 427 todos do Código de Processo Civil e 6º VIII, da Lei 8.078/90; Artigos 1º, 15, 35 e suas inserções de A a M e 36 da Lei 9.656/98; e Artigos 1º e 4º da Lei 9.961/2000.

A apelada, apesar de devidamente intimada, não apresentou contrarrazões recursais.

VOTO

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

A Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. interpõe Recurso de Apelação inconformada com a sentença (fls. 200/206) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da ação movida por Eunice Regina Battisti que julgou "*parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial para declarar a ilegalidade do reajuste efetuado na mensalidade da autora em razão da mudança de faixa etária, reconhecendo a nulidade da cláusula contratual que prevê o aumento de 165,45%, devendo incidir apenas o reajuste periódico a ser acordado pelas partes, através de aditivo contratual, consoante Resolução Normativa da ANS. Ainda, condeno a requerida a restituir em dobro o valor pago a maior do que o efetivamente devido, corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data do pagamento, acrescida de juros de mora de 12% ao ano, sem capitalização, desde a citação. Fica mantida a antecipação da tutela.*"

A apelante, em suas razões recursais (fls. 253/259), alega, em síntese, que:

1) não se aplicam as disposições contidas no Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados antes da sua vigência, tendo em vista que lei nova, ainda que veicule norma de ordem pública, não pode retroagir para incidir sobre relação contratual celebrada antes da sua entrada em vigor, sob pena de afronta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e ao artigo 6º, *caput*, e §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

2) é legal o reajuste por faixa etária, devendo prevalecer aquilo ajustado livremente pelas partes. Acrescenta que os planos coletivos são reajustados pelo índice definido de comum acordo entre os contratantes, com base na sinistralidade do contrato.

3) deve ser afastada a condenação para devolução em dobro de valores pagos a maior.

4) os honorários advocatícios estabelecidos na sentença, correspondentes a R$ 3.000,00, devem ser reduzidos para o patamar de R$ 1.000,00.

Ao final, prequestiona possível afronta aos artigos 5º, II, XXXVI e LV, 196, 197, 198, 199 e 200, todos da Constituição Federal e ao artigos 130, 131, 330, inciso I; 373 e seu parágrafo único; 397; 398; 400; 420 e 427 todos do Código de Processo Civil e 6º, VIII, da Lei 8.078/90; Artigos 1º, 15, 35 e suas inserções de A a M e 36 da Lei 9.656/98; e Artigos 1º e 4º da Lei 9.961/2000.

A apelada, apesar de devidamente intimada, não apresentou contrarrazões recursais. (fls. 240)

Consta dos autos que Eunice Regina Battisti ingressou com a presente demanda em desfavor de Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. sustentando, segundo o relatório da sentença, que:

> *"(...) que em dezembro de 2013, ao tirar um extrato de sua conta corrente, teve a surpresa de aumento abusivo das mensalidades de seu plano de saúde, já que seu plano foi reajustado em 160,92%, passando a pagar a importância de R$ 1.134,68, sendo que lhe foi informado que o reajuste era devido à mudança de de faixa etária, por ter atingido 60 anos de idade. Defendeu a aplicação do CDC, da Lei n. 9.656/98 e do Estatuto do Idoso. Sustenta que diante da antinomia entre o Estatuado do Idoso, lei n. 10.741/03 e normas que permitem o reajuste pela faixa etária, deve prevalecer a vedação do artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso, pela aplicação dos princípios cronológico, da especialidade, hierarquia e hierarquização axiológica, sendo que da prevalência do citado artigo 15, incide o disposto no artigo 39, X e artigo 51, IV, X e XV, todos do CDC. Alega que o artigo 8º da Resolução n. 254/201 prevê a adaptação à lei n. 9.656/98, aplicando-se o limite de reajuste de 20,59%. Defende que o aumento sofrido pela autora é totalmente abusivo, razão pela qual tal cláusula contratual é nula de pleno direito, ante o artigo 51 do CDC, incisos IV, X, XV e § 1º. Pediu a inversão do ônus da prova e a condenação da requerida ao pagamento de danos morais, além da antecipação de tutela para suspensão imediata do reajuste aplicado pela requerida ou a consignação em pagamento dos valores que entende devido. Finaliza requerendo a procedência do pedido inicial para o fim de ser declarado nulo e abusivo o reajuste realizado pela requerida, reduzindo-se para o patamar legal estabelecido pela ANS, com a condenação da requerida a restituir os valores indevidamente pagos de forma dobrada."* (fls. 200)

Os pedido iniciais foram julgados parcialmente procedentes nos seguintes termos:

> *"Diante do exposto, com fundamento no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial para DECLARAR a ilegalidade do reajuste efetuado na mensalidade da autora em razão da mudança de faixa etária, reconhecendo a nulidade da cláusula contratual que prevê o aumento de 165,45%, devendo incidir apenas o reajuste periódico a ser acordado pelas partes, através de aditivo*

contratual, consoante Resolução Normativa da ANS. Ainda, condeno a requerida a restituir em dobro o valor pago a maior do que o efetivamente devido, corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data do pagamento, acrescida de juros de mora de 12% ao ano, sem capitalização, desde a citação. Fica mantida a antecipação da tutela.

Face à sucumbência, vez que o autor sucumbiu minimamente, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em prol do patrono do autor, fixados estes em R$ 3.00,0 (três mil reais), nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC." (fls. 206)

1) Da aplicação do Estatuto do Idoso.

Em que pesem os argumentos da apelante no sentido de que não se aplicaria o Estatuto do Idoso à presente situação, uma vez que o contrato de plano de saúde foi firmado anteriormente a sua entrada em vigor, razão não lhe assiste.

Ao caso impõe-se a aplicação das normas do referido Estatuto que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato em questão, deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, por se tratar de norma cogente, decorrente de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, não havendo, desse modo, que se falar em afronta ao artigo 5º, XXXVI da CF/88, e ao art. 6º, *caput*, e §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.[1]

A propósito:

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. SEGURO SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. ***O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso. 2. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária.*** *3. Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise devesse dar sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem no que tange à ausência de abusividade ou desproporcionalidade do reajuste, em prejuízo do consumidor, a partir da análise pontual e individualizada de cada um dos percentuais previstos no contrato antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido." (REsp 1228904/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013).* (grifei)

Não é outro o entendimento deste Tribunal, cujo posicionamento é de que "*impõe-se a aplicação das normas do Estatuto do Idoso, que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato sub judice, deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, por tratar-se*

1 Apelação - Nº 0019556-92.2011.8.12.0001 - Campo Grande. Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/10/2014; Data de registro: 23/10/2014.

de norma cogente, decorrente de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça." (Apelação - Nº 0019556-92.2011.8.12.0001. Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/10/2014; Data de registro: 23/10/2014)

Por tais razões, aplica-se o Estatuto do Idoso mesmo nos contratos de plano de saúde anteriormente a sua vigência.

2) Do reajuste por faixa etária.

A apelante ainda sustenta ser legal o reajuste por faixa etária, devendo prevalecer aquilo ajustado livremente pelas partes. Acrescenta que os planos coletivos são reajustados pelo índice definido de comum acordo entre os contratantes, com base na sinistralidade do contrato.

De início, importante destacar a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela. Isso porque existe entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em sua obra "O consumidor e os planos de saúde" (Revista Forense 328, out/dez. 1994, p. 312-316), defende: *"Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código de Defesa do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código..."*.

Não há dúvidas, portanto que "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Súmula nº 469/STJ.*" (...)" (AgRg no AREsp 511.510/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

Portanto, a relação jurídica contratual que tem por objeto plano de saúde encontra-se amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Estabelecida tal premissa, passa-se a análise do caso concreto.

Observa-se nos autos, que a apelada é titular de um plano de saúde coletivo denominado Plano Empresarial Plus A-1 Apartamento adesão com Obstetrícia, desde 1/2/2006, cujo contratante é SICREDI.

Em dezembro/2013 ao completar 60 anos de idade, houve a majoração do valor das mensalidades em 160,92%, tendo como fundamento a mudança de faixa etária.

No que concerne, especificamente, ao reajuste por faixa etária, o entendimento atual é no sentido de ser possível, desde que certos critérios sejam obedecidos, quais sejam: deve haver previsão no contrato, a atualização não seja em percentuais excessivamente onerosos e se observe o princípio da boa-fé. Veja-se o entendimento jurisprudencial:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA. ÍNDOLE ABUSIVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. "**O reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa é admitido, desde que esteja previsto no contrato, não sejam aplicados percentuais desarrazoados, com a finalidade de impossibilitar a permanência da filiação do idoso, e***

seja observado o princípio da boa-fé objetiva *"* (EDcl no AREsp 194.601/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 9/9/2014).

2. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso.

3. No presente caso, o Tribunal de origem, examinando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu que o reajuste aplicado foi exorbitante e desproporcional. Alterar tal conclusão é inviável em recurso especial, ante o óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 60.268/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 23/02/2015) - grifei

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 580.832/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 16/12/2014; AgRg no AREsp 416.164/PE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014.

In casu, ao analisar o contrato firmado entre a Unimed Campo Grande e Sicredi (fls. 129/185), observa-se que, de fato, há previsão expressa acerca da possibilidade de reajuste de mensalidade em razão da faixa etária ou o percentual a ser aplicado em tal situação.

Todavia, mostra-se desarrazoado o reajuste de 160,92% apenas em razão da alteração da faixa etária, sem qualquer demonstração, por parte da apelante, de que foram adotados outros critérios acerca da oneração do contrato que possibilitariam, em tese, a atualização financeira nesse percentual. E, "*Segundo firme entendimento jurisprudencial e nos termos dos arts. 15, parágrafo único, e 35-E, da Lei 8.656/98, não é possível a utilização de critério etário para reajuste das mensalidades de planos de saúde em relação aos consumidores com mais de 60 anos de idade, mesmo antes da vigência do Estatuto do Idoso*." (Apelação - Nº 0813071-38.2014.8.12.0001 - Campo Grande. Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/02/2015; Data de registro: 02/03/2015).

E ainda:

"(...) Os agravantes contam atualmente com mais de 60 anos de idade e, por conta disso, houve um reajuste do valor das mensalidades do plano de saúde em 165%, o que afronta expressamente o Estatuto do Idoso, cujo artigo 15, § 3º, tem a seguinte redação: "É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", além de inviabilizar a manutenção do vínculo contratual, ante à elevação desarrazoada do valor por eles devidos, que impossibilita o pagamento." (Agravo de Instrumento - Nº 1401572-74.2015.8.12.0000 – Camapuã. Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Camapuã; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/03/2015; Data de registro: 18/03/2015)

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE REAJUSTE DE MENSALIDADE SEGUNDO MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - VEDAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DOIDOSO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O reajuste das parcelas mensais do seguro de saúde, em razão da faixa etária do contratante, está em desacordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, notadamente o art. 51, incisos IV, X e XV e da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso. Assim, é vedada a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei 10.741/2003, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária, razão por que a cláusula

> *que assim prevê deve ser considerada a abusiva e declarada ilegal. Recurso conhecido e desprovido."* (Apelação - Nº 0818392-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/08/2014; Data de registro: 16/08/2014)

Logo, mesmo que haja possibilidade de reajuste do valor das mensalidades do plano de saúde utilizando-se o critério etário, este não pode ser o único a ser adotado, como ocorreu na presente situação, motivo pelo qual deve ser considerado ilegal o aumento de valores que tomou como parâmetro apenas a mudança da idade.

Assim, como se extrai da sentença, "*Nos termos da lei, no contrato objeto dos autos há previsão contratual de faixas etárias e percentuais de reajustes incidentes a cada uma delas, sendo que, desde a assinatura do contrato coletivo, já havia previsão contratual de variação da contraprestação em razão da faixa etária, sendo que o percentual de 165,45% para a faixa acima de 60 anos já estava previsto. Embora aparente não se afigurar abusiva a cláusula contratual que prevê reajuste em razão de mudança de faixa etária, já que tais reajustes foram expressamente previstos no contrato firmado entre as partes, tenho que há abusividade nos valores percentuais estabelecidos no contrato e por tal razão deve ser declarada a nulidade de referida cláusula.*" (fls. 203)

Conclui-se, desse modo, que tendo em vista a incidência das disposições do CDC e do Estatuto do Idoso, mostra-se a abusivia e, consequente nula, cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.[2]

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.*
>
> *1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AgRg no REsp n. 533.539/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 8/3/2010.)

Por outro lado, conforme, inclusive, o entendimento adotado na sentença[3], importante destacar que a aplicação de reajuste conforme os índices da Agência Nacional de Saúde só é obrigatória para os contratos de pessoa individuais ou familiares, celebrados por pessoas físicas, estas sim, hipossuficientes em relação à Requerida. Nos demais casos (planos coletivos ou empresariais, realizados por pessoas jurídicas),

2 STJ; AgRg no Ag 1391405/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 01/03/2012.

3 *Diante do reconhecimento nesta decisão, da abusividade e consequente nulidade da cláusula contratual que prevê o percentual de 165% de aumento em razão da mudança da faixa etária, esta não pode gerar qualquer efeito, devendo permanecer os valores fixados em contrato para a faixa etária anterior.*
Assim, deve prevalecer o valor previsto para a faixa etária anterior da autora, que em novembro de 2013 era de R$ 409,07 (f.137), devendo incidir apenas o reajuste periódico a ser acordado pelas partes, através de aditvo contratual, consoante Resolução Normativa da ANS. (fls. 205)

como a própria agência reguladora informa em seu endereço eletrônico, a negociação é livre, sendo apenas monitorada pela ANS.

A própria ANS, em seu sítio, informa que "***Os planos coletivos são regulados pela ANS e pela Lei nº 9.656/98*** *tanto quanto os planos individuais. Apenas o reajuste dos planos coletivos não é definido pela Agência, uma vez que o índice é determinado a partir da negociação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora de plano de saúde. As demais regras e operações para os planos coletivos são as mesmas que as dos planos individuais, como por exemplo, a cobertura assistencial obrigatória – rol de procedimentos e eventos em saúde. (...) O reajuste anual de planos coletivos é aplicado* ***conforme as normas contratuais definidas entre a operadora de planos de saúde e a pessoa jurídica contratante*** *(empresa, sindicato, associação) e deve ser comunicado à ANS em no máximo até 30 dias após o aumento do preço. Não é permitida a aplicação de reajustes diferenciados dentro de um mesmo contrato.*"[4] (grifei)

Portanto, os reajustes a serem aplicados, na presente situação, são aqueles acordados entre os contratantes, ou seja, na forma que vem sendo negociada entre a Unimed Campo Grande e a Sicredi, mas sem que se tome como parâmetro, única e exclusivamente a mudança de faixa etária, no exatos termos decididos em primeiro grau.

3) Da devolução em dobro.

A recorrente ainda sustenta que deve ser afastada a condenação para devolução em dobro de valores pagos a maior.

De fato, razão lhe assiste, pois, embora se deva reconhecer o direito da parte autora à restituição dos valores indevidamente cobrados, esta deve ser feita na forma simples.

Como sabido, a restituição em dobro, a que se refere o artigo 42, parágrafo único, do CDC[5], depende da demonstração de má-fé que, na definição de Maria Helena Diniz significa: "*a) Dolo; b) intenção de prejudicar alguém ou de alcançar um fim ilícito; c) conhecimento de vício; d) ciência do mal, do engano ou da fraude.*"[6]

Na hipótese dos autos, as cobranças, embora indevidas, apesar de ilegais, resultam de disposição contratual, a qual anuíram ambas as partes. Não obstante a possibilidade de revisão dessas cláusulas, o fato é que a cobrança tem respaldo jurídico, qual seja, o contrato. E, uma vez afastado esse respaldo, como no caso da revisão de cláusulas, tem-se a cobrança indevida, mas não propriamente calcada na má-fé em si considerada.

Ademais, segundo a firme jurisprudência do STJ, ao analisar situações semelhantes, "*(...) a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. II - No caso, a iniciativa da empresa ré de reajustar as prestações do seguro saúde, com base na alteração da faixa etária, encontra-se amparada em cláusula contratual - presumidamente aceita pelas partes -, que até ser declarada nula, gozava de presunção de legalidade, não havendo razão, portanto, para se concluir que a conduta da administradora do plano de saúde foi motivada por má-fé.*" (REsp 871.825/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 23/08/2010)

E ainda:

4 http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobre-planos-coletivos#sthash.zVJv8s88.dpuf

5 Art. 42 (...) Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

6 Dicionário Jurídico, vol. 3, 2ª Ed., Saraiva, 205, p. 207.

> *"Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Revisão. Contrato de abertura de crédito. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Comissão de Permanência. Repetição do indébito em dobro. Inaplicável. Juros remuneratórios. Ausência de argumentos capazes de ilidir a decisão agravada. - Rejeitam-e os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - A devolução em dobro depende da prova da má-fé do credor. Agravo não provido."* (STJ, AgRg no Ag 8184/RS; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 207/065491-5; 3.º Turma; Relator: Ministra Nancy Andrighi; julgado 09/08/2007; data da publicação DJ 27.08.207, p. 238).

Eis o posicionamento desta Corte:

> *"(...) Se constatada a existência de saldo credor em favor da parte autora, viável a repetição do indébito, na forma simples, visto que ausente má-fé da parte ré na cobrança efetivada, a qual se deu com base no contratado, e antes do crivo judicial"* (TJMS; Apelação Cível n.º 206.01420-7; 3ª Turma Cível; Rel. Des. Hamilton Carli; Julgado em 09.10.2006).

Diante de tais considerações, em que pese o entendimento adotado na sentença, a restituição dos valores cobrados a maior deverá se dar de forma simples, contrariamente ao decidido em primeiro grau.

4) Dos honorários advocatícios.

A apelante ainda pretende a redução do valor estabelecido a título de honorários advocatícios, qual seja, R$ 3.000,00. Assevera que "*a presente demanda não pode ser considerada complexa, logo, não existe justificava plausível para a fixação de honorários tão distantes da média fixada pelo julgador primeiro.*" (fls. 225)

Apesar da fundamentação contida no presente recurso de apelação, não há qualquer alteração a ser feita no que concerne ao valor dos honorários advocatícios, pois estabelecidos dentro dos parâmetro estabelecidos no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Verifica-se que as verbas de sucumbência foram pautadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a remunerar adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"(...) A razoabilidade, aliada aos princípios da eqüidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento dos honorários. A verba honorária deve representar um quantum que valore a dignidade do trabalho do advogado e não locupletamento ilícito. (...) (AgRg no REsp 977.181/SP, relatado por este Magistrado, Segunda Turma, julgado em 19.2.2008, DJ 7.3.2008, p. 1)".* (STJ - AgRg no REsp 1114508/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 25.08.2009, DJe 16.09.2009).

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. NOVA AFERIÇÃO NO ÂMBITO DO STJ. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE, SEM INFRINGÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ). (...) É certo que o princípio da causalidade impera para o sucumbente quanto ao ônus dos honorários, mas a equidade sobrepesa para a "justiça do caso concreto", respeitando-se sempre a proporcionalidade, a razoabilidade e o Direito, sob pena de se tangenciar um enriquecimento sem causa. (...)"* (STJ - EDcl no AgRg no Ag 1017350/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 04.08.2009, DJe 02.09.2009).

Pelo acima narrado, deve ser mantida a sentença de primeiro grau que estabeleceu R$ 3.000,00 a título de honorários advocatícios em prol do patrono da parte autora.

Frise-se, por fim, que mesmo com o provimento parcial do presente recurso de apelação, mas em razão do estabelecido no artigo 21, Parágrafo único do CPC[7] e considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido os ônus sucumbenciais serão mantidos na forma estabelecida em primeiro grau.

5) Prequestionamento.

Por fim, desnecessária qualquer manifestação adicional acerca dos dispositivos prequestionados, quais sejam, aos artigos 5º, II, XXXVI e LV, 196, 197, 198, 199 e 200, todos da Constituição Federal e ao artigos 130, 131, 330, inciso I; 373 e seu parágrafo único; 397; 398; 400; 420 e 427 todos do Código de Processo Civil e 6º, VIII, da Lei 8.078/90; Artigos 1º, 15, 35 e suas inserções de A a M e 36 da Lei 9.656/98; e Artigos 1º e 4º da Lei 9.961/2000, uma vez que a questão posta a julgamento ficou devidamente solucionada.

6) Dispositivo.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. apenas para determinar que a devolução de valores se dê de forma simples, mantendo, no mais, a sentença proferida em primeira instância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 07 de julho de 2015.

***

7 Art. 21 (...) *Parágrafo único*. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0829176-90.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – AQUISIÇÃO DE DIREITOS SOBRE BEM IMÓVEL FINANCIADO – CEF – CREDOR HIPOTECÁRIO – CONTRATO DE GAVETA– POSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROPRIEDADE – POSSE – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

O denominado "contrato de gaveta", que é aquele firmado entre o mutuário do SFH e terceira pessoa, no qual não consta a necessária intervenção do agente financeiro no negócio jurídico celebrado, é válido e apto a produzir efeitos jurídicos entre as partes contratantes, sendo que o inadimplemento contratual por parte do vendedor, que se nega a entregar a posse do bem, na data ajustada, enseja o direito do comprador a pleitear a imissão na posse do imóvel.

Provado o domínio sobre o imóvel adquirido da Caixa Econômica Federal, e não configurada a existência de vício da manifestação de vontade que pudesse escorar a defesa do demandado, justamente por ser necessária a declaração judicial de invalidade do negócio jurídico, é de se deferir a imissão na posse do bem.

No caso, verificam-se preenchidos os requisitos delineados no art. 273, do Código de Processo Civil, notadamente, a plausibilidade do direito, pelas razões já expostas, e risco na demora, com evidente risco de lesão grave ou de difícil reparação que se encontra a apelante, pois se vê obrigada a pagar as prestações do financiamento junto à CEF, para não ocorrer a expropriação extrajudicial do bem, aumentando consideravelmente os prejuízos já experimentados, sem poder residir no imóvel.

Precedente do c. STJ: Ag. 1.228.707/MG.

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

Campo Grande, 5 de agosto de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Anita Medeiros, inconformada com a sentença (ps. 78-80) proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível da Campo Grande, nos autos da ação de emissão de

posse com perdas e danos, manejada pela apelante em face da apelada Maria Aparecida Pereira Cutier, que indeferiu liminarmente a petição inicial, por carência de ação.

A apelante, em razões recursais (ps. 83-93), aduz o equívoco da sentença porque firmou contrato de compra e venda com a apelada e comprou o imóvel descrito na inicial, pagou todas as prestações que estavam abertas junto à CEF – Caixa Econômica Federal, que está de boa-fé e foi vítima de golpe praticado pela apelada, a qual revendeu referido bem a outras pessoas, devendo assim, ser imitida na posse do bem.

Esclareceu que o fato do imóvel encontrar-se hipotecado à CEF, tal fato, não impede, por si só, da apelante imitir-se na posse, pois, adquiriu o bem da apelada, com anuência expressa do mutuário e ciência da própria agente financeira CEF, tratando-se de negócio jurídico válido e eficaz, inclusive, com diversos julgados corroborando a validade dos contratos denominados "de gaveta", e comprovada boa-fé na aquisição, com o pagamento de todo o valor do negócio à apelada e prestações junto ao agente financeiro, impondo-se, assim, a reforma da sentença para que a ação de origem tome o seu regular processamento e seja, liminarmente, a apelante imitida na posse do bem.

Por esses motivos, propugna pelo provimento do recurso para, anulando a sentença que extinguiu de plano a ação de origem, determinar seu regular prosseguimento, expedindo-se, liminarmente, mandado de desocupação do imóvel contra a apelada, ou eventual terceiro, com reforço policial, se necessário.

A apelada, em contrarrazões e documentos (ps. 123-291), pugna pela manutenção da sentença recorrida, destacando, em preliminares, a ilegitimidade de parte passiva, pois a apelante deveria ingressar com a ação contra os mutuários Victor Robson Vilhalva e esposa. Aduziu, também, a incompetência do juízo, pois a CEF detém interesse na causa, pois deve ser intimada da transferência dos direitos e obrigação do imóvel em questão, declinando a competência para a Justiça Federal. No mais, ponderou que, ao contrário do alegado pela apelante, não revendeu o imóvel em questão a terceiros, tampouco ofendeu direito de terceiros, sendo que não responde a nenhum outro processo envolvendo transferência de imóveis, de maneira que, na verdade, foi vítima de fraude e vício oculto na celebração do contrato, pois o valor do negócio era de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), e não apenas R$ 30.718,70, como constou no contrato, decorrendo a inadimplência da apelante, não havendo como falar, portanto, em direito a imitir-se na posse, impondo-se o improvimento da apelação e manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Maria Anita Medeiros, inconformada com a sentença (ps. 78-80) proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível da Campo Grande, nos autos da ação de imissão na posse com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, movida pela apelante, em face da apelada Maria Aparecida Pereira Cuttier, interpôs recurso de apelação objetivando a anulação da sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial, por carência de ação e extinguiu o feito, sem resolução de mérito.

A apelante, em razões recursais (ps. 83-93), aduz o equívoco da sentença, porque firmou compromisso de compra e venda de imóvel financiado com a apelada, pagou todas as prestações que estavam abertas junto à CEF - Caixa Econômica Federal e valores devidos, que está de boa-fé e foi vítima de engodo por ela praticado, a qual já procedeu de forma semelhante com outras pessoas, devendo, assim, ser imitida na posse do bem.

Esclareceu que o fato do imóvel encontrar-se hipotecado à CEF, não impede, por si só, da apelante imitir-se na posse, pois, adquiriu o bem diretamente dos mutuários e anuência expressa da apelada, e da

própria agente financeira CEF, tratando-se de negócio jurídico válido e eficaz, inclusive, com diversos julgados corroborando a validade dos contratos denominados "de gaveta", e comprovada boa-fé na aquisição, com o pagamento de todo o valor do negócio à apelada e prestações junto ao agente financeiro, impondo-se, assim, seja anulada a sentença recorrida, para que a ação de imissão na posse tome o seu regular processamento e seja, liminarmente, imitida na posse do bem.

Por esses motivos, propugna pelo provimento do recurso para, anulando a sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial, determinar seu regular prosseguimento, expedindo-se, liminarmente, mandado de desocupação do imóvel contra a apelada, ou eventual terceiro, com reforço policial, se necessário.

A apelada, em contrarrazões e documentos (ps. 123-291), pugna pela manutenção da sentença recorrida, destacando, em preliminares, a ilegitimidade de parte passiva, pois a apelante deveria ingressar com a ação contra os mutuários Victor Robson Vilhalva e sua esposa Lilian Crisitane Herrera. Aduziu, também, a incompetência do juízo, pois a CEF detém interesse na causa, pois deve ser intimada da transferência dos direitos e obrigação do imóvel em questão, declinando a competência para a Justiça Federal. No mais, ponderou que, ao contrário do alegado pela apelante, não revendeu o imóvel em questão a terceiros, tampouco ofendeu direito de terceiros, sendo que não responde a nenhum outro processo envolvendo transferência de imóveis, de maneira que, na verdade, foi vítima de fraude e vício oculto na celebração do contrato, pois o valor do negócio era de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), e não apenas R$ 30.718,70, como constou no contrato, decorrendo a inadimplência da apelante, não havendo como falar, portanto, em direito a imitir-se na posse, impondo-se o improvimento da apelação e manutenção da sentença recorrida.

A preliminar de incompetência do juízo, aventada pela apelada, sob o argumento de possuir a CEF – Caixa Econômica Federal interesse na causa, é manifestamente insubsistente, pois a lide em juízo cinge-se a declarar, em última análise, quem detém o domínio resolúvel e melhor posse sobre o bem imóvel, cujo interesse do credor hipotecário, CEF, a toda evidência, é meramente indireto ou reflexo, pois o direito pignoratício que lhe assiste é oponível *erga omnes* podendo a instituição financeira reaver o bem, em caso de inadimplemento contratual, de qualquer pessoa que o possua indevidamente, não havendo necessidade, portanto, de integrar a presente lide, e declinar a competência à Justiça Federal, seguindo-se, pois, rejeitada essa preliminar.

A outra prefacial de ilegitimidade de parte passiva é insubsistente, pois a apelada reconhece que entabulou compromisso de compra e venda do bem imóvel, sob sua posse, com a apelante, ainda que na condição de anuente, pois a sua qualificação no referido compromisso não a exime de responder à pretensão deduzida em juízo pela apelante, seguindo-se, portanto, indeferida essa derradeira prefacial.

No mérito, analisando detidamente os autos, tem-se que a apelante logrou apresentar provas suficientes da aquisição do bem, razão pela qual, as razões recursais são procedentes.

Com efeito, consoante se verifica pelo contrato de ps. 20-24, a apelante adquiriu o bem imóvel diretamente dos mutuários Victor Robson Vilhalva Herrera e, sua esposa, Lilian Cristiane Teles da Rosa Herrera, com anuência expressa da apelada, ocupante do imóvel, tendo recebido R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em espécie, e mais R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), via transferência bancária, como se vê pelos comprovantes de pagamento de p. 25, além da apelada se comprometer expressamente a entregar a posse do imóvel a apelante, no dia 10/08/14, com quitação dos consumos de água, luz e condomínio (p. 21).

A apelante demonstrou, também, cientificar a agente financeira CEF-S/A, proprietária-fiduciante, postulando a transferência da titularidade do financiamento, contrato n. 855552092722-5, para seu nome, cujo pagamento das prestações ocorre diretamente em débito automático na sua conta corrente, como se pode verificar às ps. 4 e 11-12, dos autos em apenso (ED n. 0829176-90.2014.8.12.0001/50000).

A apelante, outrossim, demonstrou que a apelada se negou a entregar a posse do imóvel, na forma ajustada, como se vê à p. 31, alegando a existência de "vício oculto e fraude", no compromisso de compra e venda, fato esse incontroverso, como se pode verificar das contrarrazões, sem, contudo, especificar na alegada notificação, em que consistiria o "vício oculto e fraude", revelando, em cognição sumária, o descumprimento imotivado da obrigação.

Nas contrarrazões, em resumo, a apelada aduz, ao contrário do alegado pela apelante, que foi ela a vítima de fraude, pois foi induzida a assinar o contrato de compra e venda sem ler detidamente as cláusulas contratuais, em especial, o valor do bem que, na verdade, seria de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e não apenas R$ 30.718,70, como constou do contrato (ps. 128-9).

Como forma de comprovar o alegado erro sobre o preço do bem, noticiou a apelada que havia rejeitado, dias antes, proposta de aquisição do referido bem pelo valor de R$ 42.000,00 (p. 291), e que, ainda, divulgou no jornal "Correio do Estado", a venda do imóvel pelo valor de R$ 45.000,00 (ps. 167-8).

Esses fatos, no entanto, não são suficientes para obstar o direito da apelante a obter a imissão na posse do imóvel, pois, para se dar guarida às alegações da apelada (vício de vontade na realização do negócio jurídico) é necessária a declaração judicial de invalidade do contrato por ela impugnado, notadamente, por ter sido elaborado por oficial de registro de imóveis, a pedido da própria apelada, anuente, como se pode verificar pelo recibo por ela mesmo anexado nos autos à p. 255. Esta circunstância é incontroversa nos autos.

Desafia instrução probatória, também, em ação própria, a alegação da apelada de que foi obrigada a antecipar despesas contratuais a encargo da apelante, no valor total de R$ 5.750,00 (p. 127), logo depois de receber, da própria apelante, a importância de R$ 5.000,00, como se estivesse "emprestando" dinheiro, sem contudo nada comprovar, de se considerar que no contrato de ps. 162-5, não restou claro sobre quem deveria suportar tais encargos, a não ser a despesa de R$ 1.000,00, ao corretor.

Em contra-notificação, a apelante, diante da negativa da apelada, concedeu-lhe o prazo de 10 (dez) dias para, ou devolver os valores recebidos, ou desocupar o imóvel, sendo que a apelada não tomou qualquer providência, revelando posição de conforto processual e descumprimento imotivado do compromisso assumido, como se pode verificar à p. 33.

Assim, a apelante logrou apresentar provas suficientes da aquisição dominial do bem, e respectiva posse jurídica, cumprimento integral da sua parte no contrato noticiado na inicial, e descumprimento imotivado da apelada, cujas alegações consubstanciadas no vício da vontade, e pagamento de despesas contratuais que seriam a encargo da apelante, dependem de declaração judicial para se dar guarida.

A pretensão da apelante, por outro lado, também encontra respaldo no c. Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento assevera a possibilidade da imissão na posse quando demonstrado a aquisição do domínio, por intermédio de transferência, ainda que em compromisso de compra e venda (contrato de gaveta), como é o caso dos autos:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.228.707 - MG (2009/0158670-6) REL: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR AGRAVANTE: CORNÉLIA CORRÊA ROCHA ADVOGADO: CÉZAR AUGUSTO VALADARES DUTRA AGRAVADO: GILSON DE MORAIS E OUTRO ADVOGADO: CLEMER NATALI DE BORBA DECISÃO Vistos. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cornélia Corrêa Rocha contra decisão que inadmitiu recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional, no qual se alega violação aos arts. 165 e 458, II, 890 do Código de Processo Civil e 582 do Código Civil. O acórdão vergastado foi assim ementado:"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - REQUISITOS - SFH - IMÓVEL - ADJUDICAÇÃO - ALIENAÇÃO A TERCEIRO - DOMÍNIO - JUSTO TÍTULO. Não é nula a decisão sucinta desde que o juiz*

exponha os motivos de decidir; A ação reivindicatório é ação real, que visa a restituição da coisa , com (posse) fundamento na propriedade e no direito de seqüela inerente a ela; Extrai-se do art. 1.228 do CC/2002, como requisitos para a propositura da ação reivindicatória, que o autor tenha titularidade do domínio sobre a coisa reivindicada, que a mesma seja individuada, identificada e esteja injustamente em poder do réu; Provado o domínio sobre o imóvel adquirido da Caixa Econômica Federal, e não configurado o justo título que pudesse escorar a defesa do demandado, é de se julgar procedente o pedido da ação reivindicatória." (...) Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 09 de junho de 2 (DF) 010. Ministro Aldir Passarinho Junior Relator" (STJ. Ag. 1228707. Rel. Min Aldir Passarinho Junior. DJe 17/06/2010)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. "CONTRATO DE GAVETA". DESCUMPRIMENTO PELO COMPRADOR. CONCESSÃO LIMINAR DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL DETERMINANDO A REINTEGRAÇÃO DA PARTE VENDEDORA. MÉRITO. CONFIRMAÇÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. 1. O denominado "contrato de gaveta", que é aquele firmado entre o mutuário do SFH e terceira pessoa, no qual não consta a necessária intervenção do agente financeiro no negócio jurídico celebrado, é válido e apto a produzir efeitos jurídicos tão-somente entre as partes contratantes, sendo que o inadimplemento contratual por parte do comprador enseja o direito do vendedor pleitear a rescisão do contrato com a consequente retomada do imóvel e imissão na sua posse. 2. A procuração pública de que tratam os presentes autos não se caracteriza como procuração em causa própria, porquanto não reúne as características típicas dessa espécie de procuração, que deve conter os requisitos de título hábil a transferir a propriedade do bem através do registro imobiliário, isto é, aqueles específicos para a lavratura de título com força de escritura, quando envolver direitos reais sobre bens imóveis exigidos pela Lei n. 7433/85 e Decreto n. 93240/86, que são os elementos essências da compra e venda: consentimento, o preço e a coisa. 3. Consoante precedentes jurisprudenciais, nos contratos de gaveta, o inadimplemento das prestações junto ao agente financeiro assumidas pelo comprador autoriza a resolução do contrato pela parte vendedora e a retomada do imóvel, com a consequente imissão na sua posse. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido, revogando-se a decisão agravada. (TJMA. AI 0441832013/MA. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto. J. 13/02/2014. DJ. 19/02/2014).

Por esses mesmos motivos, verificam-se preenchidos os requisitos delineados no art. 273, do Código de Processo Civil, notadamente, a plausibilidade do direito, pelas razões já expostas, e perigo na demora, com evidente risco de lesão grave ou de difícil reparação à apelante, haja vista que se vê obrigada a pagar as prestações do financiamento junto à CEF, para não ocorrer a expropriação extrajudicial do bem, aumentando consideravelmente os prejuízos já experimentados, sem poder residir no imóvel.

Do exposto, rejeito as preliminares de incompetência do juízo e de ilegitimidade de parte passiva suscitadas pela apelada e, no mérito, dou provimento ao recurso de apelação para anular a sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial, devendo a ação de imissão na posse prosseguir em seus ulteriores termos e, com fulcro no art. 273, do Código de Processo Civil, conceder a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imissão na posse do imóvel pela apelante, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação do acórdão, independentemente de nova intimação, autorizando-se, desde logo, reforço policial, caso seja necessário, consignando-se que eventuais indenizações por benfeitorias, pagamento de prestações financeiras ou perdas e danos, deverão ser apuradas em ação própria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 05 de agosto de 2015.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1401823-92.2015.8.12.0000
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADA – PROCURADOR APOSENTADO DE ENTIDADES PÚBLICAS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE SER INCLUÍDO NA TABELA I DA LEI ESTADUAL N. 4.492/2014, POR NÃO TER RENUNCIADO AOS DIREITOS RECONHECIDOS EM JUÍZO, OBJETO DA LEI ESTADUAL Nº 2.065/99 – TRANSAÇÃO EFETUADA SOB AS HOSTES A LEI N. 3.701/2009 SOBRE DIREITOS MERAMENTE CONSECTÁRIOS DA LEI 2.065/99 – SEGURANÇA DENEGADA.

I – Se a inicial do mandado de segurança, apesar da falta de clareza de seus termos, permite extrair, com maior precisão, após o recebimento das informações prestadas pelo impetrado, a extensão da causa de pedir e do pedido, afasta-se a preliminar de inépcia da peça exordial.

II – Não tendo havido renúncia do direito de fundo, objeto da Lei Estadual n. 2.065/1999, que concedeu vantagem pessoal ao impetrante, reconhecida em juízo, cujos consectários pecuniários venceram no decorrer da ação, os quais foram transacionados, para efeito de pagamento independentemente de precatório, o impetrante não possui direito líquido e certo de ser incluído na tabela n. I da Lei n. 4.492/2014, que estabeleceu tabela de subsídio diferenciada aos servidores integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas, como forma de compensação financeira àqueles que firmaram acordo de renúncia dos referidos direitos com o Estado.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de julho de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Bernardino Lopes, procurador autárquico aposentado, advogando em causa própria, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo procurador-geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do seu pedido de alteração dos valores de seus proventos, em folha de pagamento, retroativo ao mês de dezembro de 2014, por força do seu suposto enquadramento no Anexo I da Lei estadual n. 4.492/2014, como forma de compensação financeira pelo acordo firmado com o Estado em 29.7.2014, nos termos da Lei n. 3.701, de 13 de julho de 2009.

Alega, em síntese, que: 1) na condição de procurador aposentado de entidade autárquica, sagrou-se vitorioso na Ação Declaratória n. 00722778-74.2009.8.12.0001, que tramitou pela 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, no qual pleiteava, em face do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, o reconhecimento do direito de que a parcela denominada "vantagem pessoal", introduzida pela Lei Estadual n. 2.065/99, deveria compor a base de cálculo de todos adicionais e gratificações; 2) na época, o requerido acatou a decisão judicial, determinando a inclusão em folha de pagamento, o que ocorreu somente a partir de novembro de 2013, ficando pendentes os valores em atraso; 3) em 29.7.2014, sob a égide da Lei n. 3.701, de 13.7.2009, celebrou transação com a Fazenda Pública Estadual nos referidos autos (p. 36-37), que foi homologada em 4.8.2014 (p. 38), para recebimento do crédito remanescente no valor de R$ 98.405,31 (noventa e oito mil, quatrocentos e cinco reais e trinta e um centavos), a ser pago em 12 (doze) parcelas mensais de R$ 8.200,44: 4) em 13.01.2015, requereu, administrativamente, perante a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, que fosse alterada sua folha de pagamento, retroativamente ao mês de dezembro de 2014, fazendo constar os subsídios do Anexo I da Lei n. 4.492, de 3.4.2014, tendo em vista o acordo firmado com o Estado nos referidos autos; 5) a autoridade coatora, porém, indeferiu o pedido, para que o ex-servidor permanecesse na tabela remuneratória em que se encontra, sob a justificativa de que, no acordo judicial, não houve renúncia total do direito discutido em juízo (100%), tanto que recebe em seu holerite a rubrica n. 285 ("Acordo da Lei n. 3.701/2009"), no considerável valor de R$ 8.200,44, ou seja, o requerente não renunciou à integralidade do direito controvertido judicialmente (requisito da Lei Estadual n. 4.492/2014), mas aceitou transacionar apenas parte de seu crédito, tanto que vem recebendo mensalmente parcela referente a tal acordo judicial, o que contrasta com o Processo Administrativo n. 15/002420/2014, em que os procuradores de entidades autárquicas renunciaram a todo o direito (100%) discutido na demanda judicial n. 0359132-24.2008.12.0001; 6) a lei não impõe a redução de 100% (cem por cento) para encerrar os litígios ou as pendências resultantes dos julgamentos, mas sim 40% (quarenta por cento), no mínimo, do valor da condenação; 7) o ato impetrado ofende o princípio constitucional da isonomia dos servidores.

Afirma estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar, por se tratar de verba de natureza alimentar, necessária à sua subsistência.

Requer seja inserido na folha de pagamento o valor do subsídio (Cód. 6, para R$ 12.245,21, conforme o Anexo I da Lei n. 4.492, de 3.4.2014), permanecendo o mesmo valor na parcela constitucional de irredutibilidade (Cód. 392), retroativo à data de 1º.12.2014.

Requer, também, a concessão de justiça gratuita.

Juntou os documentos de fls. 10 a 46 e deu à causa o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Ao receber a inicial, indeferi os pedidos de gratuidade processual e de concessão de liminar.

O impetrado prestou informações, pugnando pela denegação da segurança.

A Procuradoria da Justiça apresentou parecer, arguindo, em preliminar, a inépcia da inicial e, quanto ao mérito, sugeriu a denegação do *writ*.

É a síntese do necessário.

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo servidor Bernardino Lopes, Procurador Autárquico aposentado, advogando em causa própria, contra ato praticado pelo Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do seu pedido de alteração dos valores de seus proventos, em folha de pagamento, retroativo ao mês de dezembro de 2014, por força do seu suposto enquadramento no Anexo I da Lei n. 4.492/2014, como forma de compensação financeira pelo acordo firmado com o Estado em 29.7.2014, nos termos da Lei n. 3.701, de 13 de julho de 2009.

Alega, em síntese, que: 1) na condição de procurador aposentado de entidade autárquica, sagrou-se vitorioso na Ação Declaratória n. 00722778-74.2009.8.12.0001, que tramitou pela 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, no qual pleiteava, em face do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, o reconhecimento do direito de que a parcela denominada "vantagem pessoal", introduzida pela Lei Estadual n. 2.065/99, deveria compor a base de cálculo de todos adicionais e gratificações; 2) na época, o requerido acatou a decisão judicial, determinando a inclusão em folha de pagamento, o que ocorreu somente a partir de novembro de 2013, ficando pendentes os valores em atraso; 3) em 29.7.2014, sob a égide da Lei n. 3.701, de 13.7.2009, celebrou transação com a Fazenda Pública Estadual nos referidos autos (p. 36-37), que foi homologada em 4.8.2014 (p. 38), para recebimento do crédito remanescente no valor de R$ 98.405,31 (noventa e oito mil, quatrocentos e cinco reais e trinta e um centavos), a ser pago em 12 (doze) parcelas mensais de R$ 8.200,44: 4) em 13.01.2015, requereu, administrativamente, perante a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, que fosse alterada sua folha de pagamento, retroativamente ao mês de dezembro de 2014, fazendo constar os subsídios do Anexo I da Lei n. 4.492, de 3.4.2014, tendo em vista o acordo firmado com o Estado nos referidos autos; 5) a autoridade coatora, porém, indeferiu o pedido, para que o ex-servidor permanecesse na tabela remuneratória em que se encontra, sob a justificativa de que, no acordo judicial, não houve renúncia total do direito discutido em juízo (100%), tanto que recebe em seu holerite a rubrica n. 285 ("Acordo da Lei n. 3.701/2009"), no considerável valor de R$ 8.200,44, ou seja, o requerente não renunciou à integralidade do direito controvertido judicialmente (requisito da Lei Estadual n. 4.492/2014), mas aceitou transacionar apenas parte de seu crédito, tanto que vem recebendo mensalmente parcela referente a tal acordo judicial, o que contrasta com o Processo Administrativo n. 15/002420/2014, em que os procuradores de entidades autárquicas renunciaram a todo o direito (100%) discutido na demanda judicial n. 0359132-24.2008.12.0001; 6) a lei não impõe a redução de 100% (cem por cento) para encerrar os litígios ou as pendências resultantes dos julgamentos, mas sim 40% (quarenta por cento), no mínimo, do valor da condenação; 7) o ato impetrado ofende o princípio constitucional da isonomia dos servidores.

Afirma estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar, por se tratar de verba de natureza alimentar, necessária à sua subsistência.

Requer seja inserido na folha de pagamento o valor do subsídio (Cód. 6, para R$ 12.245,21, conforme o Anexo I da Lei n. 4.492, de 3.4.2014), permanecendo o mesmo valor na parcela constitucional de irredutibilidade (Cód. 392), retroativo à data de 1º.12.2014.

Requer, também, a concessão de justiça gratuita.

Juntou os documentos de fls. 10 a 46 e deu à causa o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Ao receber a inicial, indeferi os pedidos de gratuidade processual e de concessão de liminar. Não houve recurso.

O impetrado prestou informações, pugnando pela denegação da segurança.

A Procuradoria da Justiça apresentou parecer, arguindo, em preliminar, a inépcia da inicial e, quanto ao mérito, sugeriu a denegação do *writ*.

A preliminar de inépcia da inicial arguida pela Procuradoria da Justiça não procede.

Muito embora tenha reconhecido as deficiências da exordial, conforme constou do despacho inicial desta relatoria, com a apresentação das informações do impetrado, que não arguiu a referida preliminar, foi possível compreender um pouco melhor a extensão da causa de pedir e do pedido do impetrante, suprindo, assim, a irregularidade da peça exordial.

Posto isso, rejeito a preliminar de inépcia da inicial do mandado de segurança.

No tocante ao mérito, vejo necessidade de fazer um breve retrospecto dos fatos, para melhor apreensão da controvérsia.

Consta dos autos que, por força de decisão judicial, objeto da Ação Declaratória n. 00722778-74.2009.8.12.0001, ajuizada em 20 de novembro de 2009, que tramitou pela 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos a Comarca de Campo Grande, o impetrado, na fase de cumprimento de sentença, por ordem judicial, incluiu, em folha de pagamento do impetrante, da parcela denominada "vantagem pessoal", introduzida pela Lei Estadual n. 2.065/99, que passou a compor a base de cálculo de todos os adicionais e gratificação, ficando pendentes de pagamento as parcelas vencidas, que deveriam ser pagas por meio de precatório.

Naquela época, vigia a Lei n. 3.701, de 13 de julho de 2009, que dispunha sobre a extinção dos créditos contra a administração direta, fundações e autarquias do Estado de Mato Grosso do Sul, mediante transação, cujos artigos 1º, 2º, 14 e 15 assim dispunham:

> *"Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar transação que, mediante concessões mútuas, resguardando o interesse público, a igualdade, a impessoalidade e a eficiência da Administração Pública, importe em encerramento do litígio judicial e, consequentemente, em extinção de créditos contra a Fazenda Pública.*
>
> *Parágrafo único – Omissis.*
>
> *Art. 2º. A transação a que se refere o art. 1º desta Lei poderá ser autorizada quando a sentença for total ou parcialmente desfavorável ao Estado e houver redução, de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do valor da condenação, devidamente autorizado.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 14. O requerente que optar pela transação deverá:*
>
> *I – aceitar plenamente, de forma irrevogável e irretratável todas as condições consubstanciadas no Termo de Transação;*
>
> *II – desistir expressamente, de forma irrevogável e irretratável da impugnação ou do recurso interposto e da ação judicial proposta, e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, incluídos no pedido de transação;*
>
> *III – Omissis.*
>
> *Art. 15. A extinção do processo judicial e administrativo se dará com julgamento do mérito, nos termos do inciso V do art. 269 da Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.*
>
> *[...]."*

Em 3 de abril de 2014, foi sancionada pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul a Lei n. 4.492/2014, que implantou nova tabela de subsídio, como forma de compensação financeira, para os servidores que firmassem acordo com o Estado, renunciando a direito fundado em lei anterior.

A referida lei assim dispunha:

> *"Art. 1º. Fica estabelecida, na forma constante do Anexo I desta Lei, a tabela de subsídio, referente a dezembro de 2014, dos integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas, como forma de compensação financeira, para os servidores que firmaram acordo com o Estado,* ***renunciando a direito fundado em legislação de pessoal anterior a esta Lei, em que se discutem as parcelas denominadas vantagem pessoal, sua correção, inclusão e reflexos, gratificação pelo exercício da função de advogado e adicional de função.***
>
> *§ 1º A renúncia de que trata o caput deste artigo poderá ser judicial ou administrativa e deverá ser firmada em até 10 dias após a publicação desta Lei.*
>
> *§ 2º Os valores dos subsídios serão revistos, anualmente, sempre na mesma data, e fixados por lei específica.*
>
> *Art. 2º Aos servidores integrantes da carreira Procurador de Entidades Pública que não renunciarem a direito especificado no art. 1º desta Lei, fica estabelecida a tabela de subsídio constante do Anexo II desta Lei.*
>
> *Art. 3º Fica revogado o Anexo XXXVII da Lei n. 4.350, de 24 de maio de 2013.*
>
> *Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos a contar de 1º de dezembro de 2014."* (Grifei).

Cerca de quatro meses depois da publicação desta última Lei, mais precisamente em 29 de julho de 2014, o servidor celebrou acordo judicial com a Fazenda Pública, com base na Lei n. 3.701, de 13.7.2009, que foi homologado em 4.8.2014, para recebimento do crédito remanescente no valor de R$ 98.405,31, correspondente a 41% de seu crédito, a ser pago em 12 (doze parcelas mensais) de R$ 8.200,44, valor este é que creditado mensalmente na folha de pagamento do impetrante.

Na referida transação, servidor e administração pública acordaram o seguinte:

> *Bernardino Lopes, doravante designado como interessado, e Estado de Mato Grosso do Sul, autores e réu no processo em epígrafe [0072278-74.2009.8.12.0001], por seus procuradores, vêm apresentar o Termo de Transação elaborado na forma do artigo 10 da Lei (Estadual) n. 3.701/2009, nos seguintes termos:*
>
> *1. O presente acordo tem por objeto por fim às discussões dos autos em epígrafe, no qual restou determinada a inclusão da parcela denominada vantagem pessoal na base de cálculo dos adicionais e gratificações; e*
>
> *2. Cumpridas as exigências e presentes as condições e requisitos da mencionada Lei n. 3.701/2009, o d. Governador do Estado exarou decisão autorizando a transação na forma requerida, condicionada, entretanto:*
>
> *a) à desistência ou à renúncia a todo e qualquer direito em que se fundam as ações ordinárias, mandados de segurança, execuções de sentenças ou acórdãos e processos administrativos, de que é autor ou co-autor, referentes à vantagem pessoal;*

b) à renúncia a todo e qualquer reflexo financeiro pretérito, relativo ao recebimento das verbas denominadas vantagem pessoal, aceitando os valores apresentados pelo Estado;

c) ao não ajuizamento de ações referentes à vantagem pessoal;

d) e, finalmente, à renúncia dos direitos e créditos constantes dos autos n. 0072278-74.2009.8.12.09001, dando plena quitação pelo valor ajustado no presente acordo.

3. Dessa forma, nos termos das concessões mútuas acima fixadas, declara o interessado que:

a) não ingressará, sob as penas de lei, com novos questionamentos judiciais discutindo a inclusão ou forma de cálculo da vantagem pessoal.

b) que está ciente de que este acordo tem o condão de extinguir todas as ações ordinárias, as respectivas execuções de sentenças ou acórdãos, assim como os processos administrativos, referentes à discussão acerca da vantagem pessoal, seja de inclusão, seja de forma de composição de cálculo.

4. O Estado, por sua vez, compromete-se a pagar a quantia de R$ 98.405,31 (noventa e oito mil, quatrocentos e cinco reais e trinta e um centavos), a ser paga em 12 (doze) parcelas mensais de R$ 8.200,44 (oito mil, duzentos reais e quarenta e quatro centavos).

5 – Omissis.

6 – Omissis.

7. Nos termos dos artigos 15 e 16 da Lei 3.701/2009, em face de o feito estar em fase de cumprimento de sentença, o Estado e o interessado requerem a homologação judicial do presente acordo, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, dentre os quais reconhecimento de que o interessado renuncia ao direito do que restou decidido nos autos n. 0072278-74.2009.8.12.0001 (001.09.072278-8) e, consequentemente, de eventuais e futuros atos executórios, conforme autoriza o art. 269 e seus incisos III e V, o art. 741, inc. VI, o art. 794, incisos II e III e o art. 475-R, todos do Código de Processo Civil.

Ainda, compromete-se o Estado e o interessado a apresentar a decisão proferida por vossa excelência no presente caso, naquela ação e nas demais porventura existentes.

Termos em que pedem e esperam deferimento.

Campo Grande, 29 de julho de 2014." (Destaques meus).

Em 13 de janeiro de 2015, o ex-servidor novamente requereu, perante a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, que fosse majorado o valor de seus proventos, retroativamente ao mês de dezembro de 2014, conforme tabela constante no Anexo I da Lei n. 4.492, de 3 de abril de 2014, pelo fato de que celebrou transação com o Estado de Mato Grosso do Sul.

O Estado indeferiu o pleito do aposentado, por dois motivos principais: 1º) transcorreu o prazo de 10 (dez) dias, previsto no § 2º da Lei n. 4.492/2014, para os servidores firmarem acordo com o Estado; 2º) o impetrante não renunciou à integralidade do direito controvertido judicialmente (100%), mas aceitou transacionar apenas parte do seu crédito.

Inconformado, o servidor ajuizou o presente mandado de segurança, pretendendo a majoração dos seus proventos, com base no anexo i da Lei n. 4.492/2014.

O impetrante não tem o alegado direito líquido e certo, por vários motivos.

Com efeito, a discussão entre as partes sobre se a renúncia foi parcial ou integral são inócuas para solucionar a pendência.

Como visto pela transcrição da Lei n. 4.492/2014, o servidor, para ser incluído na nova tabela de subsídios, deveria renunciar a direito fundado na legislação de pessoal anterior (Lei n. 2.065/99), a mesma em que se baseou o Poder Judiciário para lhe dar ganho de causa na Ação Declaratória n. 00722778-74.2009.8.12.0001.

Ocorre que, no acordo celebrado entre as partes, houve renúncia não do direito fundado na Lei n. 2.065/99, que compreende as vantagens pessoais, mas sim do crédito de parcelas em atraso, consectários ou acessórios do direito reconhecido na ação judicial.

A renúncia preconizada na Lei n. 4.492/2014 é mais ampla que a simples composição de direitos efetuada sob a égide da Lei n. 3.701/99, em que ambas as partes cederam mutuamente com a finalidade de extinguir os créditos contra a Fazenda Pública.

No caso, para que o impetrante lograsse um benefício mais vantajoso e duradouro ou permanente, consistente em passar para uma tabela de subsídios financeiramente mais benéfica, não bastava a mera composição de consectários pecuniários de natureza transitória, como ocorreu no acordo firmado entre as partes, mas sim à renúncia do próprio direito reconhecido na sentença judicial proferida na Ação Declaratória n. 00722778-74.2009.8.12.0001, consistente na parcela denominada "vantagem pessoal", introduzida pela Lei Estadual n. 2.065/99, que deveria compor a base de cálculo de todos adicionais e gratificações.

Tanto não houve acordo com renúncia desses direitos, cujo prazo para realização era de 10 (dez) dias, conforme o § 1º do art. 1º da Lei 4.492/2014, que o impetrante continuou recebendo os valores das parcelas vencidas oriundas do direito reconhecido em Juízo (vantagem pessoal objeto da Lei n. 2.065/99), objeto de transação, bem como continua recebendo valores incluídos em folha de pagamento, por determinação judicial, conforme os critérios da Lei n. 2.065/99.

Ora, se não houve renúncia de direitos, o servidor deve permanecer na tabela do Anexo II, prevista no art. 2º da Lei 4.492/92, sob pena de se beneficiar duplamente, portanto, de forma ilegal, aí sim com ofensa ao princípio da isonomia, como bem apreendido pelo eminente Procurador da Justiça:

> *[...] Contudo, o fato é que não é possível transpor o impetrante ao novo regime de remuneração, acumulando aquelas vantagens sobre o sistema antigo de remuneração que lhe foram garantidas na sentença dos autos declaratórios, já com trânsito em julgado.*
>
> *Portanto, não há como ser aplicado o artigo 1º da Lei Estadual n. 4.492 (como deseja o impetrante), haja vista ser inviável juridicamente a acumulação das vantagens antigas aplicadas sobre o sistema remuneratório antigo, com o novo sistema, o qual foi estabelecido mediante aprovação de novo regime remuneratório, desembocando na ausência de direito líquido e certo.*
>
> *Além disso, a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal disciplina sobre a vedação do Poder Judiciário em legislar visando aumentar os vencimentos de servidores públicos, com fundamento no princípio da isonomia, in verbis:*
>
> *'Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia'."*

À luz de tais considerações, em harmonia com o parecer do Ministério Público, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 06 de julho de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0011392-78.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO – AFASTADA – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E MÉDICO – DEMORA NO ATENDIMENTO – CONDUTA NEGLIGENTE – ABORTO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – *QUANTUM* MANTIDO EM R$ 30.000,00 – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS MANTIDOS - JUSTIÇA GRATUITA À PESSOA JURÍDICA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – INDEFERIDA – SENTENÇA MANTIDA – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO E APELO IMPROVIDO.

Deixo de conhecer do agravo retido, ante a inexistência de requerimento expresso nas razões ou na resposta da apelação para sua apreciação, nos termos do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Havendo no caderno processual acervo probatório abundante, inclusive suficientemente capaz de solucionar o litígio, deve a sentença manter-se incólume, porque as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não foram violados.

A relação contratual estabelecida entre hospital e paciente é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 3º) e gera uma responsabilização civil objetiva, segundo artigo 932, III, do Código Civil, enquanto que a responsabilidade do médico é subjetiva, que se configura somente se demonstrada a culpa – negligência, imprudência ou imperícia –, consoante dicção do § 4º do artigo 14 do referido codex: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Entende a Corte Superior que "as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza", conforme o julgamento dos embargos de divergência n. 1.185.828/RS.

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 agravo retido e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de setembro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Sociedade Beneficente do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora interpôs apelo, insurgindo-se contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial por Elaine dos Santos Martins Pires e Valdivino Pires da Silva nos autos da ação de indenização por danos morais.

Preliminarmente, alega a nulidade da sentença, ante o cerceamento de defesa, pois não foi oportunizada a produção da prova pericial, infringindo, deste modo, o artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

No mérito, declara que a responsabilidade pela perda do filho em decorrência do aborto espontâneo não pode ser transferido ao hospital ou médico, pois ambos não concorreram para o evento.

Defende, ainda, que "*possuíam na ocasião da internação vários médicos, no entanto, cabe salientar que no Hospital/Apelante existe o Pronto Socorro, onde existem médicos que avaliam o estado do paciente, chamado triagem, sendo ali remetido a especialidade, e no caso da autora/apelada não fora diferente, e a qualificação "urgente" não quer dizer em risco de vida, podendo aguardar o atendimento, sendo realizado a internação da mesma para ficar em observação com intuito de avaliar o sangramento, pois já estava praticamente diagnosticado a perda do feto*" (f. 538).

Declara que a ausência do Dr. Ivan não alteraria o quadro clínico da autora, pois de qualquer maneira a mesma estaria em observação, somente havendo intervenção de emergência se houvesse risco de vida.

Com apoio no REsp n. 120.647/SP, sustenta que não pode ser imputada a culpa pelo aborto em razão do princípio da inevitabilidade, caracterizando como excludente de culpabilidade.

No mais, ressalta que pequenos dissabores e contrariedades normais da vida em sociedade não ensejam a indenização por danos morais, inclusive no caso dos autos, em que se trata apenas de mero aborrecimento, além disso, os autores não fizeram prova inequívoca dos fatos e do nexo de causalidade.

Caso não seja afastada a reparação civil, aduz que os honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação são excessivos, ofendendo o princípio da proporcionalidade, significando enriquecimento sem causa dos autores, pleiteando, assim, a sua minoração.

Ainda, requer que seja concedido os benefícios da justiça gratuita, por ser entidade filantrópica reconhecida e registrada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), sendo que faz 80% de seus atendimentos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, sendo notória a sua hipossuficiência.

No desfecho, prequestiona todas as disposições legais aduzidas no apelo e pugna pelo provimento do recurso.

Resposta às fls. 571-576.

VOTO

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

Inicialmente, esclareço que o apelo interposto às fls. 500-508 por Ivan Luiz Dahur de Medeiros não pode ser conhecido, pois foi apresentado em data anterior ao julgamento do embargos de declaração às fls. 514-515, não havendo a ratificação em seguida.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determina o não conhecimento do recurso interposto prematuramente e sem aditamento, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO INTEMPESTIVO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ,* ***é intempestiva a apelação interposta antes do julgamento de embargos de declaração sem que haja posterior ratificação.*** *Precedentes. 2.* ***O fato de os embargos de declaração terem sido rejeitados não afasta a necessidade de ratificação****. Agravo regimental improvido"* (AgRg nos EDcl no AREsp 235.143/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento 16.4.2013. Publicação DJe 25.4.2013) (grifo nosso).

Outro não é o entendimento deste Sodalício, *verbis*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO ADVOGADO DO EMBARGADO – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR ARGUIDA DE OFÍCIO – RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – RECURSO PREMATURO – NÃO CONHECIDO.* ***Não deve ser conhecido o recurso de apelação que for interposto antes da decisão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação, ante a sua intempestividade, por ser considerado prematuro****"* (Apelação Cível nº 2008.003001-4/0000-00 - Campo Grande. Quarta Câmara Cível. Relator Designado Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 10.3.2011) (grifo nosso).

Então, diante da prematuridade do recurso, que não foi tempestivamente aditado, não conheço deste apelo.

Recurso de Sociedade Beneficente do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora

I. Do Agravo Retido

Insta esclarecer, *prima facie*, que fora interposto agravo retido às fls. 268-281.

Contudo, deixo de conhecê-lo ante a inexistência de requerimento expresso nas razões ou na resposta da apelação para sua apreciação, nos termos do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Por oportuno:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. DEMANDA QUE SOMENTE PODE SER PROPOSTA PELAS PARTES DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTERESSE. [...] AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. O Agravo interposto, que se encontra formado por instrumento em apenso, foi convertido em retido. Entretanto, não houve requerimento expresso para que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. Assim sendo, não se há de conhecer do Agravo, na forma do disposto no art. 523, § 1º, do CPC. APELO DESPROVIDO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.* (Apelação Cível Nº 70051243517, Segunda Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 23/10/2013) (g.n.)

E também:

> *PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. COFINS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. LEI Nº 9430/96. LEGALIDADE. PIS E COFINS. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. CANCELAMENTO DAS INSCRIÇÕES EM DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO PEDIDO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE CND. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE. APELO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PREJUDICADOS. - Inicialmente, não dever ser conhecido o agravo retido em apenso, dado que não reiterado por meio de apelação. - Verifica-se que o autor pleiteou o reconhecimento da prescrição*

> *dos créditos relativos ao PIS e à COFINS e, em consequência, a declaração de inexistência de relação jurídica em relação a eles ou de inexigibilidade dos débitos relativos à COFINS, bem como o cancelamento das CDA que embasaram os executivos fiscais. [...]* (TRF-3 - AC: 26385 SP 0026385-91.2003.4.03.6100, Relator: Desembargador Federal Andre Nabarrete, Data de Julgamento: 08/05/2014, Quarta Turma) (g.n.)

Portanto, não conheço do agravo retido.

II. Da apelação

Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa

Em resumo, aduz que a realização da perícia propiciaria às partes a possibilidade de demonstrar a realidade fática, de forma que as provas a serem produzidas possam influenciar na decisão, de modo que, ante a não produção da prova, cerceou o seu direito de defesa.

Inobstante a irresignação do apelante, não padece a sentença de nenhum vício, porquanto o acervo probatório existente no processo serve para o convencimento motivado do julgador e, se isso já ocorreu, desnecessária maior dilação probatória.

Contudo, não prospera a tese arguida, pois ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda, não estando obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, consoante artigo 131 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."*

Portanto, havendo no caderno processual acervo probatório abundante, inclusive suficientemente capaz de solucionar o litígio, deve a sentença manter-se incólume, porque as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não foram violadas, de modo, que rejeito a preliminar.

Mérito

Elaine dos Santos Martins Pires e Valdivino Pires da Silva ajuizaram a presente ação de danos morais em face do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora e Ivan Luiz Daur de Medeiros pleiteando a condenação de ambos, ante a conduta negligente que resultou no aborto do feto que a requerente gestava.

O juízo singular julgou procedente a demanda, condenando ambos os requeridos ao pagamento solidário da importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, devidamente corrigido a partir da sentença e os juros de mora a contar do evento danoso (16/10/2011). Ainda, ao pagamento dos honorários de advogado no percentual de 20%.

Nesse sentido, entendo que a decisão não merece reparos. Explico.

A princípio, esclareço que cabe ao juiz apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda, não estando obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim conforme seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso.

Também ressalto que a relação contratual estabelecida entre hospital e paciente e regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 3º) e gera uma responsabilização civil objetiva, segundo artigo 932,

III, do Código Civil, enquanto que a responsabilidade do médico é subjetiva, que se configura somente se demonstrada a culpa – negligência, imprudência ou imperícia –, consoante dicção do § 4º do artigo 14 do referido *Codex*: "*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*".

Nesse sentido, vejamos:

> *"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO CIVIL - [...] 2.* ***A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional.*** *3. Recurso especial provido"* (STJ. REsp 1078057/MG. Quarta Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento 10.2.2009. Publicação DJe 26.2.2009) (grifo nosso).

Aliás, a responsabilidade civil, prevista no artigo 927, do Código Civil, é conceituada por vários doutrinadores como uma sanção imposta aquele que culposamente ou não causa dano material ou moral à outrem, ou seja, procede-se a uma reparação de danos.

Para Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil pode ser conceituado como:

> *Um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico.*

Com base nessas explanações, são três os pressupostos da responsabilidade civil: o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

Pois bem.

Consta dos autos que Elaine dos Santos Martins Pires e Valdivino Pires da Silva ajuizaram a presente demanda alegando, em resumo, que no dia 16/10/2011, por volta das 15h30min, foram ao Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, no Município de Três Lagoas, após Elaine perceber que teve um sangramento vaginal, contudo, não pode ser atendida, pois havia esquecido o Cartão Gestante. O seu esposo Valdivino prontamente volta a sua casa para pegar o documento necessário e após voltar ao hospital esperou juntamente com sua esposa por mais uma hora na recepção para o preenchimento da ficha de atendimento.

Constata-se, ainda, que os requerentes passaram por momentos de angústia, uma vez que o médico plantonista Dr. Ivan Luis Daur não estava no hospital, chegando apenas às 19h45min, segundo documento à f. 15, além disso, segundo à f. 16, consta que o médico plantonista, ora requerido, atendeu a gestante às 20h10min, tendo procedido ao exame de toque, solicitando a realização de ultrassom (f. 17). Contudo, após o exame, verificou-se que o feto havia falecido, em razão do aborto.

Examinando o contexto probatório, é indubitável a existência de conduta negligente tanto do hospital quanto do Dr. Ivan, pois as provas colidas demonstram que o médico plantonista, no dia dos fatos, somente atendeu a autora às 20h10min, ou seja, a mesma ficou sem atendimento médico por mais de quatro horas.

Tanto que a administração do hospital não disponibilizou outro médico substituto para o atendimento, também acrescento, que durante o período em que o médico estava ausente, segundo os depoimentos

testemunhais, os técnicos de enfermagem ligaram para o Dr. Ivan, porém, o mesmo não determinou a adoção de alguma conduta ou procedimento médico.

Saliento que o termo negligência pode ser compreendido como a falta de diligência na prática ou realização de um ato, isto é, pela omissão ou inobservância de um dever a cargo do agente, procedendo com precauções necessárias para que fossem evitados danos não desejados.

Portanto, resta evidenciado a culpa de ambos os requerentes.

Nesse sentido, também é o entendimento de outros tribunais:

> *RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA DOMICILIAR. DEMORA NO ATENDIMENTO. NEGLIGÊNCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇO AO NEGAR O ATENDIMENTO MÉDICO. DESCABIMENTO. DESRESPEITO AO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. É incontroversa a relação jurídica entre as partes, em que o autor é beneficiário de plano de saúde junto à ré. Da mesma forma, é pacífico entre as partes que o autor solicitou atendimento de emergência em sua residência no dia 05.07.2013, devido a seu estado de saúde debilitado, quando a equipe médica da ré, ao comparecer ao local, teria se negado a prestar o serviço médico em função da atitude exaltada do segurado, conforme relatado em contestação, e demonstrado pelo boletim de ocorrência policial, bem como pelo boletim de atendimento pré-hospitalar de fl. 53. Considerando o serviço contratado entre as partes, é manifesta a falha na prestação do serviço devido à negativa de atendimento dos prepostos da ré ao segurado. Note-se que a suposta exaltação do segurado não serve de argumento para fundamentar a negativa de atendimento quando a saúde deste último estava em risco, sendo negligente a conduta da equipe médica ao abandonar a residência do autor sem realizar os procedimentos necessários para resguardar a saúde do paciente. Além disso, é dotada de verossimilhança a tese narrada na exordial de que a médica teria se sentido ofendida injustamente, provocando um escândalo na residência do autor, e negando-lhe atendimento, pois não é crível que o autor, sentindo-se mal de saúde, pudesse agredir a equipe médica a ponto de impedir o atendimento, como pretende fazer crer a recorrente. Ademais, é razoável que o autor estivesse nervoso devido à demora no atendimento, diante de seu estado de saúde, uma vez portador do vírus HIV, em face da fragilidade da doença, porém tal fato não poderia servir para negar-lhe a prestação do serviço médico. Portanto, resta evidenciado o desrespeito da ré perante o consumidor, diante da falha na prestação do serviço, devendo indenizá-lo com base na responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CDC. A situação vivenciada pelo autor foi capaz de retirá-lo de seu equilíbrio emocional, conforme restou comprovado pela conversa telefônica gravada, portanto inegável a existência dos danos morais, até mesmo porque a saúde do segurado foi exposta a risco de forma desnecessária. Aliás, é inadmissível a forma como a equipe médica tratou o autor no momento em que mais precisava de cuidados, devido a seu estado de saúde fragilizado, razão pela qual a indenização também deve ser aplicada com base na função punitiva e dissuasória do instituto da responsabilidade civil. Recurso desprovido.* (TJ-RS - Recurso Cível: 71004701553 RS , Relator: Lucas Maltez Kachny, Data de Julgamento: 10/04/2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/04/2014)

Em realidade, o dano moral à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi exatamente por reputar a inviolabilidade da intimidade, vida privada, da honra e da imagem, resultado do direito à dignidade que a Constituição estabeleceu em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação ao dano moral.

Ora, o dano moral não se delimita apenas à dor, tristeza e sofrimento, mas também privilegia a tutela de bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, motivo pelo qual mostra-se mais apropriado denominá-lo de dano imaterial ou não patrimonial. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

Em relação ao valor dos danos morais, atentando-se ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade e levando em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas dos ofensores e dos ofendidos e o que seria razoável para compensar o ofendido do prejuízo experimentado, entendo que a condenação deve ser mantida em R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

À vista disso, oportuna a lição de Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais:

> *" Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine".* (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).

Em relação aos honorários advocatícios, em observância ao requisitos assentados nas alíneas do § 3º, artigo 20 do Código de Processo Civil, mantenho a decisão que fixou em 10% sobre o valor da condenação, montante esse que não se mostra irrisório ou excessivo, assim, remunerando de forma justa o exercício do advogado.

Portanto, com base nos fundamentos do magistrado *a quo*, mantenho a sentença objurgada.

Quanto ao pedido da justiça gratuita, segundo a Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça "*faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais."*

Entende também a Corte Superior que "*as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza*", conforme o julgamento dos embargos de divergência n. 1.185.828/RS.

Desta feita, não há como conceder a benesse, pois a apelante deixou de demonstrar elementos que embasassem sua pretensão, assim, como a apelante deixou de comprovar sua condição de hipossuficiente, não há como conceder-lhe os benefícios da justiça gratuita, impondo o recolhimento das custas processuais.

Por oportuno:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - PROCESSUAL CIVIL -PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS, COM OBJETIVO FILANTRÓPICO -PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUENEGOU PROVIMENTO A AGRAVO (ART. 544 DO CPC). 1. Impossibilidade de revisão da conclusão firmada na Corte de origem, quanto à inexistência de hipossuficiência tendente à concessão da assistência judiciária gratuita, por demandar reexame dos fatos delineados na lide. Incidência da súmula 7/STJ. 2. Na linha da jurisprudência da corte especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza.* (EREsp1185828/RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha,

> Corte Especial, DJe1º/07/2011). 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 124510 SP 2011/0291844-0, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento: 02/10/2012, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 10/10/2012)

Diante de tais considerações, indefiro os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em atenção ao prequestionamento arguido, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado" (STJ, EDcl no RMS 22067 / DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

Dispositivo

Isso posto, não conheço do recurso interposto por Ivan Luiz Dahur, quanto ao recurso apresentado pela Sociedade Beneficente do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, não conheço do agravo retido às fls. 268-281 e nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do agravo retido e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 08 de setembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0827181-42.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, DEVOLUÇÃO DOS VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ATRASO NA ENTREGA DO APARTAMENTO – LUCROS CESSANTES – POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DESDE O FIM DO PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL ATÉ A DATA DA SENTENÇA – DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS.

As previsões existentes nas cláusulas do contrato de compra e venda não trazem desvantagem excessiva ao consumidor. Porém, a liberdade de contratar vinculou-a ao pactuado e, desse modo, se o apartamento até a data da sentença ainda não tinha sido entregue ao apelante, evidente o inadimplemento (relativo) das apeladas, que devem responder pelos prejuízos a que sua mora deu causa, conforme artigo 395 do Código Civil.

Os danos suportados pelo consumidor ao ficar impedido de fruir do bem que adquiriu e ser-lhe-ia entregue em data específica são presumidos e, aliado à inversão do ônus da prova, somente poderiam ser rechaçados se houvesse comprovação pelas apelantes de não serem responsáveis pela mora, o que não ocorreu. No tocante à incidência dos lucros cessantes, esta deve ocorrer da data em que o imóvel deveria ter sido entregue (28/11/2014) até a publicação da sentença, que declara a rescisão contratual.

O apelante sofreu prejuízos financeiros e, embora a situação narrada seja desagradável e injustificada, isoladamente, não configura violação à sua intimidade, vida privada, honra ou imagem (CF, art. 5º, X[1]).

O Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em análise, porque a relação jurídica estabelecida entre as litigantes é de consumo, sendo o apelado destinatário final da unidade imobiliária construída pelas apelantes.

As parcelas dispendidas pelo consumidor devem ser restituídas, visto que a rescisão se deu por culpa exclusiva das apelantes.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2015.

1 "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

MB Engenharia e Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S.A apela da sentença que, nos autos da ação de rescisão contratual, devolução de valores e indenização por danos morais e materiais movida em seu desfavor por Silzomar Furtado de Mendonça, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade da cláusula 7.3.2 do contrato de compra e venda firmado entre as partes, rescindi-lo, assim como condenar as recorrentes à devolução integral das parcelas pagas pelo recorrido e, ainda, ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

De início, afirmaram que a relação jurídica não está sob a égide do Código de Defesa do Consumido. Ainda, alegaram que *"quando da assinatura do contrato, o apelado tinha plena ciência dos percentuais de retenção dos valores pagos em caso de rescisão"* (fl. 284), razão pela qual não há que se falar em abusividade da cláusula 6.4, tendo em vista que a devolução integral dos valores dispendidos pelo recorrido é ilegal, visto que este aceitou o contido no contrato firmado entre as partes, qual seja, a devolução de apenas 40% do valor pago, excluído os eventuais juros.

Alternativamente, sustentam que a quantia a ser devolvida deverá ser entre 10% a 25% do valor pago, pois é cabível a retenção pelo vendedor de tal percentual a título de indenização em caso de rescisão contratual decorrente de culpa do comprador, sob pena de caracterizar locupletamento.

Insurgiram-se, na sequência, contra a condenação à indenização dos lucros cessantes, porque não seria mais do que enriquecimento sem causa do apelado, pois este não trouxe aos autos o ônus que lhe cabia nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Ao final, pede o provimento do recurso para afastar a condenação imposta e condenar o apelado aos ônus sucumbenciais e, alternativamente, que seja autorizado o percentual de retenção em razão da rescisão.

Contrarrazões às fls. 309-318

A seu turno, Silzomar Furtado de Mendonça alega que houve inadimplemento contratual, vez que a data prevista para entrega do imóvel era fevereiro de 2014 e, foi prorrogada unilateralmente sem qualquer justificativa – o que implica em alteração substancial do contrato, restringindo seus direitos fundamentais inerentes à natureza deste.

No tocante à incidência dos lucros cessantes, assevera que esta deve ocorrer desde o fim do prazo da entrega do imóvel (26/11/2014) até data da devolução integral do valor dispendido com o imóvel – momento em que cessará seu prejuízo.

Sustenta que o dano moral é devido, visto que a desídia das apeladas lhe causou trauma e, a condenação das mesmas ao pagamento de indenização servirá como meio inibitório para a prática de atos desfavoráveis ao consumidor.

Ao final, pede a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de se determinar que as apeladas depositem em juízo, pelo menos, o valor atualizado das parcelas pagas, sob pena de multa e o provimento do recurso para reformar a sentença.

VOTO

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

Silzomar Furtado de Mendonça moveu esta ação em face de MB Engenharia e outro, relatando que adquiriu um apartamento que estava sendo construído pelas requeridas, mas ele não foi entregue dentro do prazo previsto no "contrato de compra e venda", que era de até 90 (noventa) dias após a averbação do "habite-se" previsto para 28 fevereiro de 2014 com tolerância de mais 180 (cento e oitenta) dias. O inadimplemento das requeridas, acrescentou, causou-lhe prejuízos materiais e morais, que devem ser indenizados.

> *O magistrado sentenciante acolheu em parte os pedidos, como se observa do dispositivo da sentença, in verbis:*
>
> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, hei por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para: 1) confirmar a tutela antecipada; 2) declarar nula a cláusula 7.3.2, do contrato de fls. 18-49, atinente à prorrogação do prazo de entrega em razão de caso fortuito e força maior; 3) declarar o prazo final para entrega do imóvel a data de 28 de novembro de 2014, já considerados a prorrogação de 180 dias e o prazo de 90 dias, previstos no contrato; 4) declarar rescindido o contrato de fls. 18-49, firmado entre as partes, por culpa exclusiva das requeridas, a partir da publicação da sentença; 5) condenar as requeridas à devolução integral das parcelas pagas pelo requerente, conforme o extrato de fls. 77-78, corrigidas monetariamente pelo índice INCC desde a data de cada desembolso, e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, estes contados da citação; 6) condenar as requeridas ao pagamento de indenização por lucros cessantes, referente à taxa de ocupação, no período entre 28/11/2014 e esta data, no valor correspondente ao percentual de 0,75% ao mês do preço do imóvel, este corrigido monetariamente pelo índice INCC desde a assinatura do contrato, bem como acrescidos de juros de 1% ao mês, contados da citação." (fl. 277)*

Primeiramente, insta esclarecer que os recursos serão analisados por ordem de prejudicialidade, razão pela qual passo à análise da apelação interposta por Silzomar Furtado de Mendonça.

I. Cumprimento do contrato, entrega do apartamento e responsabilidade civil

No tocante ao direito dos contratos, há vínculo de complementaridade entre o Código Civil e o Código de Defesa de Consumidor, sendo legítima a aplicação de institutos civis às relações consumeristas.

Sob esse enfoque, o "contrato de compra e venda" firmado pelas partes está submetido aos princípios da autonomia privada e obrigatoriedade dos contratos, segundo os quais, em linhas gerais, os indivíduos têm liberdade para contratar ou não, bem assim para estabelecer com quem fazê-lo e seu conteúdo; em contrapartida, devem respeitar a boa-fé objetiva e a função social do contrato, ficando obrigados em relação ao que acordaram, diante da força vinculante dos contratos.

Nesse sentido, a doutrina é esclarecedora:

> *"Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. [...] O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada" (apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume III. Contratos e Ato Unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28).

No caso *sub examine*, as apeladas poderiam estipular o prazo que melhor lhes aprouvesse para conclusão das unidades imobiliárias que estavam sendo construídas, assim como disciplinar o termo de

tolerância de modo a melhor atender aos seus interesses, pois a hipótese é de contrato de adesão, que não faculta a ingerência do consumidor contratante.

As recorridas optaram, então, por estabelecer que a entrega do imóvel ocorreria em até 90 (noventa) dias após a averbação do "habite-se", cuja expedição foi prevista para 28/02/2014 (fl. 21) com tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, o que se daria em novembro de 2014.

Assim, tenho que as previsões existentes nas cláusulas 7.3.1 e 7.3.1.1 (fls. 41) (que estabelecem o prazo de entrega para 90 dias após averbação do "habite-se" previsto para 28/02/2014 com possibilidade de prorrogação devido à possível atraso por mais 180 dias) não trazem desvantagem excessiva ao consumidor, pois preveem a data de entrega com suas possíveis prorrogações, não deixando o consumidor, ora apelante, em desconhecimento das datas acordadas, obedecendo o disposto no artigo 43, I, da Lei nº 4.591/64, das incorporações imobiliárias.

Porém, a liberdade de contratar vinculou-a ao pactuado e, desse modo, se o apartamento deveria ter sido entregue até novembro de 2014 e, na data da sentença (27/05/2015) o apelante ainda não havia o recebido, evidente o inadimplemento (relativo) das apeladas, que devem responder pelo prejuízos a que sua mora deu causa, conforme artigo 395 do Código Civil.

Este Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, tem reconhecido o dever de a construtora e a incorporadora indenizarem os danos oriundos da demora na entrega da unidade imobiliária, senão vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS C/C REPARAÇÃO DE DANOS E LUCROS CESSANTES [...] INADIMPLEMENTO DAS VENDEDORAS – ATRASO EXCESSIVO NA ENTREGA DA OBRA – MULTA COMPENSATÓRIA EM FAVOR DA PARTE COMPRADORA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – LUCROS CESSANTES – INDENIZAÇÃO FIXADA PELO JULGADOR A TÍTULO DE MULTA MORATÓRIA – MESMA FINALIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. [...]* ***O inadimplemento das vendedoras caracteriza-se pelo descumprimento do contrato celebrado entre as partes, tendo em vista o atraso excessivo na entrega do imóvel, superando, em muito, a data prevista referido pacto.*** *[...]"* (Apelação nº 0821796-50.2013.8.12.0001. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento 30.9.2014) (grifo nosso).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO [...] COMPRA E VENDA DE IMÓVEL A SER CONSTRUÍDO – INADIMPLEMENTO DO VENDEDOR – CONFIGURADO – IMÓVEL NÃO ENTREGUE NO PRAZO ESTIPULADO CONTRATUALMENTE [...] SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* ***O atraso injustificado da construtora, que não entrega o imóvel no prazo previsto contratualmente, enseja a sua inadimplência,*** *podendo o comprador requerer a rescisão do contrato de compra e venda, tendo direito à restituição das parcelas quitadas, inclusive o valor pago a título de sinal, em razão da inadimplência da construtora. [...]"* (Apelação nº 2005.012286-8/0000-00. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento 19.9.2005) (grifo nosso).

Considerando que a atividade desenvolvida pelas apeladas é lucrativa e elas se enquadram no conceito de fornecedoras de bens, a responsabilidade civil se perfaz com a demonstração da conduta, do dano e do nexo de causalidade, dispensada a culpa (*lato sensu*); e sua derrogação está condicionada à efetiva comprovação de alguma das excludentes de responsabilidade, a saber, caso fortuito externo, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

O fortuito interno, contudo, não afasta a responsabilidade do fornecedor, pois se a conduta é inerente aos riscos do seu empreendimento, impossível o rompimento da relação causal. O ato administrativo

municipal denominado "habite-se", que tem o condão de atestar a conformação da obra às normas legais e permitir a ocupação do imóvel pelo comprador, não é estranho à atividade das apeladas, ao contrário, tal documento é intrínseco à construção imobiliária e, portanto, eventual retardamento do Município em fornecê-lo não afasta a obrigação das apeladas.

Em idêntica linha de raciocínio é a jurisprudência desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – INEXISTENTE – LUCROS CESSANTES – PAGAMENTO DEVIDO – RECURSO DESPROVIDO. [...]* ***Não há de se falar em excludente de responsabilidade pelo descumprimento contratual sob a alegação de demora da Prefeitura na entrega do "Habite-se", por se tratar de um risco próprio da atividade, que deveria ter sido previsto quando da elaboração do contrato e fixação do prazo de entrega do imóvel.*** *É devido o pagamento de lucros cessantes quando o prejuízo é factível e não meramente conjectural"* (Apelação nº 0056776-90.2012.8.12.0001. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgamento 11.3.2014) (grifo nosso).

Conclui-se, então, que o atraso na entrega do apartamento é injustificável e abusivo, configurando o inadimplemento das apeladas, que devem responder pelos danos comprovadamente sofridos pela apelante, devendo ser reconhecido o prazo final na data de 28 de novembro de 2014, haja vista que prevista inicialmente no contrato.

A sentença deve ser mantida neste ponto.

II. Lucros cessantes

Reconhecido em tópico precedente o inadimplemento das apeladas consubstanciado no desrespeito ao prazo estipulado para entrega do imóvel e, com isso, a obrigação legal de responderem pelos prejuízos decorrentes da mora, assiste ao consumidor apelante o direito de ser indenizado pelo período que fora impedido de usar do seu apartamento, isto é, lucros cessantes pela não fruição do imóvel.

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. 1.* ***Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador****. 2. Agravo regimental não provido.* (STJ. AgRg no Ag 1319473/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicação DJe 2.12.2013) (grifo nosso).

Os danos suportados pelo apelante por ficar impedido de fruir do bem que adquiriu e ser-lhe-ia entregue em data específica são presumidos e, aliado à inversão do ônus da prova, somente poderiam ser rechaçados se houvesse comprovação pelas apeladas de não serem responsáveis pela mora, o que não ocorreu, como já anotado.

Logo, não há falar em enriquecimento sem causa do recorrente, subsistindo, como consignado na sentença, o dever de as apelantes pagarem o "*[...] valor correspondente ao percentual de 0,75% ao mês do preço do imóvel, este corrigido monetariamente pelo índice INCC desde a assinatura do contrato, bem como acrescidos de juros de 1% ao mês, contados da citação*" (fl. 277). No tocante à sua incidência, esta

deve ocorrer conforme consignado pelo magistrado *sentenciante "Quanto ao período devido, iniciou-se com o fim do prazo da entrega do imóvel, em 28/11/2014, e vai até a publicação da sentença, que declara a rescisão contratual."* (fl. 275), pois o dano referente aos lucros cessantes, deixou de existir com a prolação da sentença – que rescindiu o contrato.

Neste ponto, a sentença também deve ser mantida.

III. Danos morais

Inobstante às alegações do apelante, não lhe assiste razão no tocante ao prejuízo extrapatrimonial, na medida em que o aborrecimento relatado não foi suficiente a lesionar seus direitos da personalidade, consoante demonstrado a seguir.

O recorrente afirma que "[...] *ao contrário das fornecedoras/apeladas, foi obrigado a pagar valores elevados no momento da contratação, despendendo ainda valores mensais para pagamento de um imóvel que nem sequer sabia se seria um dia entregue*." (fl. 241).

Do simples relato dessome-se que esta sofreu prejuízos financeiros – o que já lhe foi restituído em decisão singular – e, embora a situação narrada seja desagradável e injustificada, isoladamente, não configura violação à sua intimidade, vida privada, honra ou imagem (CF, art. 5º, X[2]).

A propósito, especificamente sobre o atraso na entrega de imóvel, há precedentes em tribunais pátrios decidindo pela inexistência de dano moral, senão vejamos:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – ATRASO NA ENTREGA – TAXA DE CORRETAGEM – PRESCRIÇÃO TRIENAL – DANOS MORAIS – MERO ABORRECIMENTO EM REGRA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1 – A prescrição quinquenal estabelecida na norma contida no art. 27 do Estatuto Consumerista refere-se as ações de ressarcimento por danos decorrentes de defeito do produto ou serviço, não aplicando-se às hipóteses de repetição, pretendida pelo promitente comprador, referente à taxa de corretagem que, via de regra, incumbe ao promitente vendedor, razão pela qual subsume-se à pretensão de enriquecimento indevido que possui prazo prescricional trienal, nos termos do art. 206, § 3º, IV do Código Civil. 2 – Nas situações de atraso na entrega de imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda, " salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes."* (Resp nº 12981/RJ). 3 – Recurso conhecido e desprovido. (Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/06/2015; Data de registro: 19/06/2015)

A sentença não merece reforma.

IV. Do recurso interposto por MB Engenharia e outro

Considerando o reconhecimento e manutenção da sentença no tocante aos lucros cessantes analisados anteriormente, este tópico resta prejudicado.

2 "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

IV.a Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Primeiramente, urge salientar que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em análise, porque a relação jurídica estabelecida entre os litigantes é de consumo, sendo o apelado destinatário final da unidade imobiliária construída pelas apelantes.

Desta feita, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do referido *Códex,* afigura-se razoável a inversão do ônus da prova, diante da hipossuficiência técnica e econômica do consumidor frente às fornecedoras. Ainda, acerca da incidência da Lei nº 8.078/1990 às relações travadas pelas construtoras e incorporadoras imobiliárias, vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Contratos para aquisição de unidades imobiliárias. ENCOL. Gravame hipotecário. Código de Defesa do Consumidor. Prequestionamento. 1.* ***Já decidiu a Corte que o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção das unidades imobiliárias, mediante financiamento****. [...] 5. Recurso especial não conhecido"* (REsp 555.763/DF. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publicação DJ 22.3.2004, p. 305) (grifo nosso).

Portanto, munida as apeladas de maiores e melhores condições de produzir as provas necessárias ao deslinde da ação, deve ser declarada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

IV.b Devolução dos valores dispendidos pelo apelado

No tocante ao ressarcimento do apelado quanto as parcelas pagas anteriormente, a sentença não merece reparos, pois conforme consignado pelo magistrado sentenciante: *"Ante a inadimplência das requeridas, não há que se aplicar a retenção dos valores pagos estipulada na cláusula 6.4 do contrato (fl. 38), ou mesmo de 25% como buscado alternativamente na contestação, posto que deram causa à rescisão. Inclusive, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (...) Assim, cabe às requeridas restituírem integralmente os valores pagos pelo requerente, corrigidos monetariamente pelo INCC, desde os desembolsos e sendo acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, ante a relação contratual."* (fl. 274)

Senão vejamos:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESCISÃO. CULPA DO PROMITENTE VENDEDOR. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. (...) DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS DE FORMA INTEGRAL E IMEDIATA. 1. O ATRASO INJUSTIFICADO DA CONCLUSÃO DA OBRA ENSEJA A RESCISÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, DEVENDO AS PARTES RETORNAREM AO STATUS QUO ANTE, IMPONDO A DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS JÁ PAGAS, DE MODO INTEGRAL E IMEDIATO. (...) 3. UMA VEZ QUE A RESCISÃO CONTRATUAL SE DEU POR CULPA EXCLUSIVA DA PROMITENTE VENDEDORA, NÃO HÁ MOTIVO PARA A RETENÇÃO DO MONTANTE EQUIVALENTE A 10% (DEZ POR CENTO), A TÍTULO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. 4. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* (TJ-DF - APC: 20100111421323 DF 0047099-45.2010.8.07.0001, Relator: Nídia Corrêa Lima, Data de Julgamento: 17/07/2013, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 100)

V. Dispositivo

Por todo o exposto, 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. Sérgio Fernandes Martins

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 22 de setembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0843976-60.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE CONSÓRCIO E SEGURO DE VIDA – MODALIDADE PRESTAMISTA – MORTE DO SEGURADO – QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR CONSEQUENTE DO CONTRATO DE CONSÓRCIO – HERDEIROS QUE PRETENDEM O RECEBIMENTO DO SALDO REMANESCENTE – IMPOSSIBILIDADE – BENEFICIÁRIO DO SEGURO PRESTAMISTA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA – RECURSO DESPROVIDO.

O seguro prestamista tem por objetivo a quitação da dívida contraída pelo segurado junto a uma instituição financeira, em caso de morte ou situação de invalidez que o impeça de cumprir com a obrigação assumida no contrato de empréstimo ou financiamento, e, ainda, tendo constado claramente da apólice que o único beneficiário do seguro seria a própria instituição financeira, não há como pretender os autores, na qualidade de filhos do segurado falecido, o recebimento do saldo remanescente entre o valor do débito e a importância segurada.

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, 8 de setembro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Thaynara Bispo de Souza e Outros apelam da sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada em face do Itaú Seguros S/A, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Sustentam que a contratação do seguro prestamista foi imposta pela administradora do consórcio, ficando o consumidor obrigatoriamente vinculado a dois contratos distintos, tratando-se da denominada "venda casada", prática abusiva segundo o Código de Defesa do Consumidor.

Ponderam que a indenização não deve ser restringida ao valor necessário a quitação do saldo devedor do contrato e, sim, ao valor correspondente a 100% do capital segurado.

Esclarecem que o contrato prevê a indenização no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), para o caso de morte e invalidez, e, na medida em que a quitação do contrato consorcial importou em R$ 5.414,67 (cinco mil quatrocentos e quatorze reais e sessenta e sete centavos), existe um saldo indenizatório, em favor dos autores no valor de R$ 9.585,33 (nove mil quinhentos e oitenta e cinco reais e trinta e três centavos),

que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde a data do sinistro (16/09/2012), com juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, na forma do art. 406 do Código Civil.

Argumentam que em havendo saldo remanescente entre o valor do débito e a importância segurada, deverá ser repassado aos demais beneficiários, quais sejam, os herdeiros legais do segurado falecido.

Por fim, requerem o provimento recursal com a condenação do apelado ao ônus da sucumbência no montante mínimo de 10% do valor da condenação.

Resposta às fls. 172-179.

VOTO

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

Thaynara Bispo de Souza e Outros ajuizaram a presente ação postulando receber o valor remanescente de seguro prestamista.

Ocorre que o magistrado entendeu que os autores não fazem jus ao recebimento da diferença entre o limite da garantia e do débito, porquanto o seguro prestamista visa exclusivamente quitar débito do segurado com o sub estipulante beneficiário, até o limite da apólice.

É cediço que o seguro de vida prestamista, ou seja, seguro de vida conjugado a contrato de empréstimo para aquisição de bem móvel (veículo), visa à quitação do saldo devedor do bem em caso de sinistro que obste o pagamento das parcelas pelo mutuário/segurado.

Destina-se, assim, a dar maior segurança à entidade financeira com o fim de evitar a oscilação na cobrança de suas parcelas, fazendo com que a estipulante contrate o repasse de seguro de vida prestamista, sendo, pois, sua primeira beneficiária para que, na ocorrência de eventos morte ou invalidez permanente por acidente, quite com o valor da indenização o saldo devedor.

Vê-se dos autos que o seguro prestamista contratado pelo falecido (fl. 34/39), por ocasião da adesão ao contrato consorcial, tinha como objetivo principal garantir a quitação ou amortização de eventual saldo devedor em caso de morte ou invalidez permanente ou desemprego involuntário do segurado/consorciado.

A cláusula 13 do referido contrato estabelece:

> *"13.Seguros É facultada ao Cliente a contratação de Seguro de Proteção Financeira (item 5) com a finalidade de pagamento do saldo devedor desta Cédula nos casos de morte (natural ou acidental) ou invalidez permanente total por acidente, ou a quitação de determinado número de parcelas mensais no caso de desemprego involuntário ou de incapacidade física temporária do Cliente para o trabalho, obedecidas as condições gerais previstas na apólice. O Cliente poderá optar por contratar o seguro referido neste item no Itaú Seguros S.A* (Autorização SUSEP 15414.100551/2003-39)"

Ademais a cláusula 09 das condições gerais do referido contrato é cristalina no sentido de condicionar o segurado como único responsável pelo pagamento dos prêmios do seguro, tendo como beneficiário o estipulante (cláusula 15), que, no caso em análise, é o banco apelado (fl.83).

Verifica-se, portanto, que esta é uma modalidade de seguro cuja garantia é a adimplência do consorciado, não conferindo, por isso mesmo, o direito de o mesmo ou seus dependentes serem indenizados pelo valor segurado.

Por tais razões, escorreita a sentença que julgou improcedente a ação de cobrança ajuizada pelos ora apelantes.

Nesse sentido, eis a remansosa jurisprudência:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO PRESTAMISTA. COBERTURA. DESEMPREGO. PAGAMENTO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO MORAL. DESCABIMENTO. 1.* ***O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco.*** *Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2. Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. 3. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de ser comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 4. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5. No caso em exame, tratando-se o contrato objeto do presente litígio de seguro prestamista, o valor indenizatório deverá ser adimplido pela seguradora à instituição financeira, devendo esta dar a quitação parcial ao segurado até o limite da dívida coberta pelo seguro. Da indenização por danos morais 6. O valor da indenização securitária é inferior à dívida existente no nome da parte autora. Ademais, esta possui outra anotação nos órgãos restritivos de crédito. Portanto, o cadastramento ocorreria até mesmo pela dívida objeto do presente litígio. 7. Pretensão de indenização por danos morais afastada, tendo em vista a ausência de nexo causal a autorizar a indenização pretendida. Dado parcial provimento aos apelos.* (Destaquei)

> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA - CONTRATO DE CONSÓRCIO - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - MODALIDADE PRESTAMISTA - MORTE DO SEGURADO - PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO - BENEFICIÁRIO DO SEGURO PRESTAMISTA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA - INDENIZAÇÃO AO SEGURADO OU A SEUS HERDEIROS - NÃO CABIMENTO - LIQUIDAÇÃO DO SALDO DEVEDOR CONSEQUENTE DO CONTRATO DE CONSÓRCIO. Não há motivos aptos para se falar em carência de ação por ilegitimidade quando o demandante apresenta documento que indica a existência de relação jurídica entre as partes e que é suficiente para, a princípio, embasar a sua pretensão. Nada obstante, considerando que o seguro prestamista tem por objetivo a quitação da dívida contraída pelo segurado junto a uma instituição financeira, em caso de morte ou situação de invalidez que o impeça de cumprir com a obrigação assumida no contrato de empréstimo ou financiamento, e, ainda, tendo constado claramente da apólice que o único beneficiário do seguro seria a própria instituição financeira, não há como pretender a parte autora, na qualidade de filha do segurado falecido, o recebimento da indenização securitária contratada.*

> *EMENTA: PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO - COBRANÇA - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - COBERTURA DE SALDO DEVEDOR, RELATIVO A CONTRATO DE FINANCIAMENTO - EVENTO MORTE - SEGURO PRESTAMISTA - BENEFICIÁRIA - ESTIPULANTE-CREDORA - PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSOS PROVIDOS.*

A análise das condições da ação deve ser realizada in statu assertionis, com base na narrativa realizada pelo autor na petição inicial. Em se concluindo que o autor é o possível titular do direito sustentando na inicial, bem como que as rés devem suportar a eventual procedência da demanda, estará consubstanciada a condição da ação relativa à legitimidade das partes. Não há que se falar, na hipótese dos autos, em pagamento, à autora, filha do de cujus, da indenização prevista no certificado de f. 27. Não se trata de seguro de vida, mas de proteção financeira (prestamista), que tem por objetivo garantir a quitação de uma dívida do segurado, no caso de sua morte ou invalidez ou até mesmo desemprego involuntário. O primeiro beneficiário deste tipo de seguro, até o limite da dívida, será sempre a empresa credora, in casu, a BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento, ora primeira ré. 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. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 08 de setembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800372-28.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESILIÇÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE REVELIA NA RECONVENÇÃO – REJEITADA – DECISÃO FUNDAMENTADA – AGRAVO RETIDO – EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO QUE REBATE RECONVENÇÃO – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO.

Conquanto o reconvindo/autor tenha se utilizado de alguns fundamentos presentes em sua peça exordial, é certo que o conjunto fático-probatório trazido aos autos configura, resistência ao pedido do reconvinte, motivo pelo qual o emprego do efeito material da revelia significaria atitude ilógica e desmesurada.

Agravo retido improvido.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESILIÇÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESCISÃO CONTRATUAL – CULPA DA EMPREITEIRA – VÍCIO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL – ATRASO E PARALISAÇÃO INJUSTIFICADA DA OBRA – NOVA CONTRATAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO – DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA PELA CONSTRUTORA – INAPLICABILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA/EMPREITEIRA CONTRATADA – IMPOSIÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA – ARTS. 410 E 416 DO CC DE 2002 – CUMULAÇÃO COM DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – ART. 944 DO CC DE 2002 - DANO MORAL DEVIDO – *QUANTUM* MANTIDO - CUSTAS PROCESSUAIS MANTIDAS – INDEPENDÊNCIA DOS HONORÁRIOS E CUSTAS NA RECONVENÇÃO IMPROCEDENTE – ARBITRAMENTO POR EQUIDADE ART. 20, § 4º, CPC – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I) - Restando comprovado o descumprimento de várias obrigações assumidas no contrato de empreitada por preço global, por parte da construtora/requerida, em decorrência do atraso, da incompletude e dos defeitos apresentados na execução dos serviços, a rescisão contratual é medida que se impõe. A exceção de contrato não cumprido, na espécie, é regra que beneficia o autor e não a ré, sendo dela, em primeiro lugar, o dever de construir à vista do numerário já adiantado pelo autor.

II) - Descumprido imotivadamente o contrato, a construtora obriga-se a reparar os danos respectivos, podendo ser aplicado em tal caso a cláusula penal compensatória, prefixadora das perdas e danos, nos termos dos arts. 410 e 416 do CC de 2002.

III) - O ilícito contratual também é capaz de gerar danos morais em decorrência do desgaste emocional experimentado pelo apelado/requerente ultrapassando aqueles dissabores decorrentes de mero inadimplemento contratual, pelo que deve o apelante/requerido ser responsabilizado.

Há que se prestigiar, em tal caso, o princípio da reparação integral (art. 944 do CC de 2002), caso em que os danos morais são devidos por fato diverso, a saber a falha da prestação do serviço

que foi executado, eis que o autor, além de não receber o imóvel totalmente construído no prazo convencionado, recebeu menos do que 50% da obra e, outrossim, com defeitos estruturais que o obrigaram a, praticamente, ter que reconstruir grande parte do que já fora construído pela ré apelante.

Essa falha na prestação do serviço, então, independentemente da indenização decorrente da aplicação da cláusula penal compensatória - a qual incide em razão do inadimplemento - é também ensejadora da imposição do dever de indenizar por danos morais, razão pela qual torna-se possível sua cumulação com aquela cláusula.

IV) - Havendo razoabilidade no *quantum* fixado, o qual atende aos fins da reparação prevista para essa espécie de danos, mantém-se o valor arbitrado na sentença.

V) - Os honorários na reconvenção são independentes daqueles fixados na ação. Improcedentes os pedidos veiculados na reconvenção, deve o réu-reconvinte arcar com o pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios relativos à reconvenção, sem prejuízo dos ônus da sucumbência suportados no pedido principal que foi em parte acolhido, sendo que os honorários advocatícios, no caso da reconvenção julgada improcedente, serão fixados segundo apreciação equitativa do magistrado, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

VI) - 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 agravo retido, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de agosto de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto às fls. 515-536 por Gattass Engenharia Ltda, insurgindo-se contra a sentença de fls. 498-512 prolatada pela douto Juiz de direito da 2ª Vara da Comarca de Corumbá/MS, Dr. Alysson Kneip Duque, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Lauro Tetsuo Shiraishi na ação declaratória de resilição contratual c/c indenizatória por danos materiais e morais para condenar o requerido ao pagamento de multa rescisória no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bem como ao pagamento dos danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Gattass Engenharia Ltda, preliminarmente, pugna pela apreciação do agravo retido. Meritoriamente, alega que o motivo para descumprimento do contrato se deu por parte do autor em decorrência de sua falta de suporte financeiro para arcar com os pagamentos a serem realizados conforme a obra estava sendo executada.

Ainda, aduz pela ausência de danos morais, sob o argumento de que o mero descumprimento contratual é incapaz de acarretar tal dano e, alternativamente, pugna pela redução d*o quantum* indenizatório.

Por fim, requer a redução das custas processuais, e a não incidência dos honorários advocatícios na reconvenção.

Em contrarrazões, o apelado/requerente (fls. 543-554), manifesta-se pelo improvimento do recurso e requerer a manutenção da decisão do juízo *a quo.*

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto às fls. 515-536 por Gattass Engenharia Ltda, insurgindo-se contra a sentença de fls. 498-512 prolatada pela douto Juiz de direito da 2ª Vara da Comarca de Corumbá/MS, Dr. Alysson Kneip Duque, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Lauro Tetsuo Shiraishi na ação declaratória de resilição contratual c/c indenizatória por danos materiais e morais.

I.

Infere-se do caderno processual que as partes firmaram um contrato de prestação de serviços, no qual a requerida deveria realizar a construção de um imóvel residencial no prazo de 07 (sete) meses ou 210 (duzentos e dez) dias corridos. Conforme relatado, a obra iniciou-se em 15 de maio de 2012, e o prazo de seu término seria de 15 de dezembro de 2012.

Ocorre que a requerida teria deixado de obter o Alvará para construção junto a Prefeitura Municipal de Corumbá/MS e não realizou o cadastro junto ao INSS da obra, deixando de efetuar os pagamentos correspondentes; ainda, não cumpriu o prazo contratual de entrega da obra 07 (sete meses) convencionados.

Após o abandono da obra pela requerida, o requerente contratou um outro engenheiro civil para realização de uma perícia no local, ficando constatado que a obra foi mal executada; com a aplicação de materiais inadequados; que não estava tendo acompanhamento de um profissional; que não foram aplicados na obra as quantias investidas pelo requerente; que a obra não foi entregue dentro do prazo estabelecido, e; que a requerida abandonou a obra.

Requereu a declaração de rescisão do contrato firmado entre as parte por culpa exclusiva da requerida, bem como a condenação da mesma ao pagamento da multa contratual no importe de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e ao pagamento de danos morais correspondentes a 20 salários mínimos.

Na contestação a ré apelante, em síntese, alegou que não se aplica o CDC e não incidiu em descumprimento contratual sendo que, na verdade, é o autor que ainda lhe deve multa contratual de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) por conta da rescisão imotivada; logo, propôs reconvenção para tal fim (fls. 262/268).

Juntou documentos com a contestação, fls. 113/261 e com a reconvenção, pág. 271/277.

A autora impugnou a contestação às fls. 280/288.

Como reconvinda, contestou ainda o feito às fls. .298/305. A reconvinte impugnou a contestação às fls. 313/317.

Designou-se audiência preliminar na qual não houve acordo.

Na sentença, o douto magistrado julgou parcialmente procedente os pedidos da exordial para condenar a empresa ré ao pagamento de multa rescisória no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bem como ao pagamento dos danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Irresignada, a empresa Gattass Engenharia Ltda apela pugnando pela apreciação do agravo retido.

No mérito, alegou que o motivo para descumprimento do contrato se deu por parte do autor em decorrência de sua falta de suporte financeiro para arcar com os pagamentos a serem realizados conforme a obra estava sendo executada.

Ainda, aduziu pela ausência de danos morais, sob o argumento de que o mero descumprimento contratual é incapaz de acarretar tal dano, e alternativamente pugnou pela redução de seu *quantum* indenizatório.

Por fim, requer a redução das custas processuais, e a não incidência dos honorários advocatícios na reconvenção.

Em contrarrazões, o apelado/requerente (fls. 543-554), manifesta-se pelo improvimento do recurso e requerer a manutenção da decisão do juízo *a quo.*

II.

Estando presentes os pressupostos legais para a admissibilidade do recurso: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, passo a análise da apelação.

III.

Preliminarmente.

Do Agravo Retido.

Primeiramente, analiso as alegações levantadas no agravo retido interposto pelo apelante/requerido, Gattass Engenharia Ltda, contra a decisão proferida pelo douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá, que afastou a preliminar aduzida pelo apelante/requerido, de que o apelado/requerente teria sido revel na reconvenção por copiar na contestação os mesmos argumentos lançados na exordial.

O agravante alega que o agravado limitou-se a copiar e colar na contestação o teor da sua petição inicial, deixando de controverter os fatos apontados na reconvenção. Pugnou pela decretação de revelia do agravado em relação a sua vazia impugnação.

O agravo não merece provimento.

Ao contrário do que alega o agravante, a decisão foi sucintamente esclarecedora, como se vê às fls. 346 dos autos, *in verbis*:

> *"[...] Ao contestar a reconvenção, verifico que a parte reconvinda não reproduziu cópia de sua inicial. Inclusive, arguiu preliminar e no mérito fez menção a alguns argumentos utilizados na inicial, todavia, não há se falar em cópia de peças.*
>
> *Com base nesse argumento, afasto a preliminar. [...]"*

Ao contrário do contido no agravo retido ora examinado, constata-se que o oferecimento de referida contestação à reconvenção teve aptidão de afastar a revelia e se opor à pretensão ali deduzida pela ré-reconvinte, deduzindo fatos e fundamentos que, embora semelhantes aos da inicial da ação, mas somados ao conjunto probatório colacionado nos autos, mostra-se insuscetível a aplicação da presunção de veracidade, conforme pleiteado pelo embargante/requerido.

Conquanto o reconvindo/autor tenha se utilizadado de alguns fundamentos presentes em sua peça exordial, é certo que o conjunto fático-probatório trazido aos autos configura clara resistência ao pedido do reconvinte, havendo requerimento de que fosse julgado improcedente o pedido ali contido, motivo pelo qual o emprego do efeito material da revelia significaria atitude ilógica e desmesurada, incompatível com a conformação da lide no processo.

Assim, a meu modo de ver, a r. decisão interlocutória então proferida deve ser mantida, restando caracterizado que o autor-reconvinte reagiu à pretensão veiculada na ação reconvencional, o que é suficiente para afastar a alegação de existência de revelia, razão pela qual deve ser mantida aquele *decisum* com o improvimento do agravo retido então apresentado.

Posto isso, nego provimento ao agravo retido.

IV.

Quanto ao mérito.

Compulsando detidamente os presentes autos e averiguando minuciosamente as fundamentações levantadas pela empresa apelante/requerida, deve ser mantida a r. sentença em seu inteiro teor, posto ter bem examinado e decidido a espécie contida no caderno processual agora sob exame desta Corte.

Pela r. sentença e em sua parte dispositiva, fls. 511, ação e reconvenção foram assim solucionadas pelo douto magistrado de primeiro grau:

> *"(...) Feitas essas considerações, julgo as pretensões iniciais parcialmente procedentes e o feito extinto com apreciação de mérito, nos termos do art. 269 I do CPC.*
>
> *Declaro a rescisão contratual.*
>
> *Condeno a empresa requerida ao pagamento de multa rescisória prevista na cláusula oitava do contrato, em favor do autor, no montante de R$ 80.000,00(Oitenta mil reais), que deverá ser corrigido pelo IGPM, a partir do arbitramento (súmula 362 do STJ) e incidirá juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.*
>
> *Julgo improcedente a pretensão de reparação por danos materiais.*
>
> *Condeno a empresa requerida ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00(Dez mil reais) que deverá ser corrigido pelo IGPM a partir do arbitramento (súmula 362 do STJ) e incidirá juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.*
>
> *Na proporção da sucumbência recíproca, no montante de 70% em desfavor da empresa requerida e 30 % em desfavor do autor, condeno as partes em custas e honorários que arbitro em 15% sobre o valor total da condenação, sopesando os critérios do art. 20 § 3º do CPC, sobretudo complexidade da causa e tempo de tramite.*
>
> *Julgo a reconvenção improcedente, dando-a por extinta com apreciação de mérito.*

> *Na reconvenção, condeno ainda o reconvinte/requerido, ao pagamento de custas e honorários que arbitro em R$ 4.000,00 (Quatro mil reais), sopesados os critérios de equidade e valor da reconvenção, conforme parâmetros do art. 20 § 4º do CPC".* (fls. 510/511).

O contrato celebrado foi o de empreitada, para construção de obra certa, em prazo determinado, segundo as condições nele estabelecidas. Dentre elas, de parte do contratante fornecer numerário suficiente para a construção. De parte da construtora, adquirir os materiais, aplicá-los na obra e entregar em prazo certo e convencionado.

É cediço que a obrigação de empreitada constitui-se em obrigação de resultado, devendo o empreiteiro realizá-la por completo, entregando-a na sua integralidade.

A propósito, bem elucidou o ilustre doutrinador, Silvio de Salvo Venosa, a respeito dos Direitos e Deveres do Empreiteiro:

> *"A obrigação principal do empreiteiro, como se deduz, é entregar a obra prevista,* ***perfeita e acabada, conforme o contratado, no prazo avençado.*** *A essa obrigação contrapõe-se seu direito de receber o preço [...]. O prazo fixado na empreitada para a entrega da coisa, seja a entrega final, seja a finalização de etapas intermediárias, é elemento importante para a caracterização da mora e do inadimplemento. Na maioria das oportunidades, o prazo na empreitada integra a própria obrigação de resultado nela contida.* ***Cabe ao dono da obra comprovar prejuízo com o atraso que extrapole o simples inadimplemento parcial*** *[...]"*[1](g.n.)

Pois bem. É importante frisar que, por constituírem uma modalidade de prestação de serviço, as atividades desempenhadas pelas Empreiteiras são amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo como fundamento da obrigação, uma relação de consumo e o vício ou defeito, como seu fato gerador.

A propósito, dispõe o artigo 14 da lei n. 8.078/90, sobre a responsabilidade civil do fornecedor no que tange à prestação de serviços, *in verbis*:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (...) § 3º 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".*

Sendo objetiva a responsabilidade, o apelado/requerente teria que comprovar a ocorrência de inadequada prestação do serviço e os danos advindos do mesmo, como de fato o fez.

Dessa forma, tenho que há provas suficientes nos presentes autos para levar ao acolhimento da pretensão deduzida pelo autor e à improcedência do pedido reconvencional.

Constata-se, da prova dos autos, a irregularidade e deficiência da prestação de serviço, ante a falta de conclusão da obra no prazo convencionado, bem como a respeito da existência de danos advindos do inadimplemento do contrato e o nexo de causalidade entre tais danos e a falta de cumprimento da obrigação assumida no contrato de empreitada.

A apelante alega que deixou de cumprir o contrato em razão de falta atribuível ao contratante – falta de pagamento do preço convencionado - de tal sorte que se ele não cumpriu suas obrigações em

1 Venosa, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 214-215.

primeiro lugar, haveria de incidir a regra do *exceptio non adimpleti contractus*, que a exoneraria do dever de indenizar.

Segunda a petição de apelação:

> *"Assim, é importante esclarecer que diante do despreparo financeiro do mesmo, a Apelante não tinha o mínimo de condições para a entrega da obra no prazo estipulado, obviamente. Isto demonstra claramente que o atraso foi justificável, inexistindo qualquer culpa quanto ao atraso, diferentemente do fundamento utilizado na sentença ora recorrida. Doutro norte, diferentemente do que aduziu o autor, nota-se através da análise da documentação em anexo que a Apelante sempre cumpriu suas obrigações acerca do pagamento de seus funcionários.*
>
> *Ocorre que, diante da notória falta de pagamento do Apelado no prazo correto, unilateralmente o mesmo tomou a atitude de realizar o pagamento dos pedreiros que lá se encontravam, bem como, alguns materiais faltantes, descumprindo mais uma vez a avença entabulada entre as partes em razão de sua má situação financeira.*
>
> *A doutrina é uníssona ao dispor que a entrega da obra está diretamente relacionada à manutenção dos pagamentos. A falta destes faz surgir o direito do empreiteiro suspender a execução do projeto, sob o fundamento da exceção do contrato não cumprido.*

Assim, alega a apelante que se uma das partes não cumpre a sua obrigação pode a outra recusar ao cumprimento da sua sob o fundamento da inexecução do contrato, citando precedentes do STJ a respeito.

Realmente, se uma das partes não cumpre a sua parte no contrato, e deve cumpri-lo precedentemente, a outra parte não está obrigada a cumprir a sua.

Não foi isso o que se passou aqui, todavia, como bem evidenciou o douto juízo sentenciante, que bem examinou a prova dos autos.

Observa-se a clareza e a percuciência da d. sentença singular, inclusive no que tange à infundada alegação de que a suspensão da execução da obra se deu pela falta de pagamento, a qual deve ser transcrita para evitar redundância e mantida pelos fundamentos ali invocados, *in verbis*:

> *"[...] Nos termos do que foi avençado em cláusula 1.1 e 1.2 do contrato, em pág. 21: " Constitui o objeto do presente contrato: fornecimento e pagamento dos materiais e mão de obra necessários para a execução dos projetos conforme projeto arquitetônico e o recolhimento do INSS referente aos serviços executados, assumir a responsabilidade técnica e fazer gerenciamento da execução de uma obra para a construção de uma unidade residencial, de acordo com o projeto arquitetônico fornecido sendo em torno de 30,0 m² a área a construir, no município de Corumbá, cito a Rua Porto Careiro, Lote 14- Centro. 1.2 O regime deste contrato é o de preço fixo e acertado, sendo a empreita por preço global. (...).*
>
> *Na empreitada por preço global, como se deu no caso presente, tanto a obrigação de prestação de serviços quanto a de fornecimento de mão de obra, de materiais de direção e supervisão ficam sob o encargo do empreiteiro.*
>
> *A empresa demandada, entretanto, não logrou êxito em comprovar que vinha prestando serviço de modo a não dar causa a falhas que comprometiam a execução da obra e as suas obrigações contratuais.*
>
> *O conjunto probatório colhido revela que a prestação de serviços vinha sendo executada em desacordo com inúmeras obrigações da empreiteira (empresa fornecedora), no que tange as obrigações firmadas junto a contratação de empreitada por preço global.*

Passo a elenca-las.

A empresa demandada não comprovou que elaborou e deu ciência ao consumidor do cronograma da obra, em desobediência ao que estabelece a cláusula 3.1 alínea "b" do contrato.

Em que pese a empresa demandada ter comprovado que deu entrada em pedido para obtenção de Alvará a fim de aprovação do projeto junto a prefeitura de Corumbá, o fez apenas em 09/10/2012, ou seja, quase cinco meses após a assinatura do contrato e após a data inicial de execução da obra. Nesse particular, insta salientar que o contrato tinha prazo de duração de apenas sete meses. Logo, o pedido de Alvará apenas foi já no fim do prazo de execução do contrato, quando deveria ter sido encaminhado nos dez primeiros dias, em obediência à cláusula 3 "a" do contrato.

Aliás, conforme declarou a testemunha Chafic, após a empresa fornecedora ter abandonado a obra ainda não existia Alvará e esse apenas foi alcançado por meio de providências tomadas pelo autor e pela própria testemunha, em completo descompasso com a obrigação contraída pela prestadora do serviço.

De acordo com o que se extrai do laudo acostado a inicial, a obra apresentava inúmeros problemas estruturais.

Essas falhas, incidentes na construção propriamente dita, também foram corroboradas pelas declarações das testemunhas. O áudio e vídeo da testemunha Chafic, Engenheiro, que assumiu a obra após a execução ter sido abandonada, revela, ainda, que a obra padecia de graves defeitos estruturais.

A testemunha asseverou, inclusive, que foi refeita parte elétrica, hidráulica e uma "laje" acabou por desabar e também precisou ser novamente construída. Houve ainda a constatação de defeitos que não puderam ser solucionados, por exemplo, "cômodos que foram construídos fora do esquadro", ou em desnível.

A testemunha deixou claro que os defeitos eram decorrentes de falha na execução dos serviços.

Tanto o laudo como a testemunha asseveram, ainda, que na obra foram empregados materiais em desconformidade com as normas básicas de construção civil.

Os documentos acostados na inicial, mormente os de pág.41/60, espelham que o autor comprava material, frequentemente, e ainda precisou pagar alguns funcionários da empresa Gatas, ora demandada. Tal ocorrência também implica em desrespeito a essência do contrato de empreitada global.

A testemunha Almiro, inclusive, confirmou que o autor, por vezes, precisou pagar servidores da obra "pois esses não tinham nem passagem para ir embora"." (fls. 502-504)

O doutor magistrado *a quo* fundamentou com clareza as razões do seu convencimento, que visivelmente se baseou em todas as provas que vieram ao feito, as quais foram valoradas com precisão e sem que fosse ignorado qualquer substrato informativo apresentado por ambas as partes.

E, outrossim, quanto ao argumento principal da apelante, de que o autor apelado não teria efetuado regularmente o pagamento dos valores previstos no contrato, tornando-se primeiramente ele o inadimplente, o douto juízo bem examinou também essa matéria e lhe deu a devida solução, ao exarar como fundamentos da sentença estas assertivas:

Outrossim, a alegação de que a obra restou paralisada por conta de falta de pagamento, ao meu juízo, não restou comprovada como justa causa para inexecução da prestação de serviço, o que implica na conclusão de que a obra restou inacabada por culpa exclusivamente da empresa contratada.

Nos termos que revela a cláusula contratual de nº 4.1, o preço da empreita deveria ser quitado nos seguintes moldes, reproduzo a cláusula mencionada:

" 4.1 Os pagamentos serão feitos em 08 (oito) parcelas: - A primeira parcela de R$ 80,00,00 (Oitenta mil reais) será dividida em dois pagamentos, sendo o primeiro de R$ 40.00,00 (Quarenta mil reais) no dia 21 de maio de 2012 e o segundo de R$ 40.00,00 (Quarenta mil reais) no dia 28 de maio de 2012 e/ou mediante o início da obra.

- A segunda parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil seiscentos e cinquenta reais) após 30 dias do início da obra de 20 de junho de 2012; - A terceira parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil seiscentos e cinquenta reais) após 60 dias do início da obra no dia 20 de julho de 2012;

- A quarta parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil seiscentos e cinquenta reais) após 90 dias do início da obra no dia 20 de agosto de 2012; -

- A quinta parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil e seiscentos e cinquenta reais) após 120 dias do início da obra no dia 20 de setembro de 2012.

- A sexta parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil e seiscentos e cinquenta reais) após 150 dias do início da obra no dia 19 de outubro de 2012.

- A sétima parcela de R$ 51.650,00 (Cinquenta e um mil e seiscentos e cinquenta reais) após 180 dias do início da obra no dia 20 de novembro de 2012.

- A oitava e última parcela sendo de R$ 10.100,00 (Dez mil e cem reais) para quando da entrega da obra em torno de 15 de dezembro de 2012."

A cláusula seguinte de nº 4.2 estabelece ainda que:

"A quitação das parcelas referentes ao pagamento da obra e/ou serviços serão efetuados em moeda corrente nacional e mediante a entrega do recibo e/ou da nota fiscal".

É certo que o contrato, portanto, guarda em seu conteúdo obrigação de pagamento em quantia, prazo e modo estabelecidos com clareza e precisão. A princípio, assim deveria ser efetivado o pagamento.

No entanto, não merece ser acolhida a tese de que a empresa contratada não tinha conhecimento acerca de financiamento pretendido pelo autor, pois o próprio proprietário da requerida assinou formulários e plantas a fim de viabilizar o financiamento junto a CEF. Inequívoca se faz tal constatação, à luz dos documentos de pág .61/76.

Acolher a tese de que a obra foi paralisada por força da tentativa de financiamento, implicaria em aduzir "venire contra factum proprium", em favor do requerido, na medida em que ele mesmo contribuiu para formalizar à tentativa de financiamento e, agora, volta-se contra tal negócio de sorte a aduzir que o desconhecia.

Frente a prova inequívoca de que o autor tinha conhecimento do financiamento, parece-me que agasalhar a tese representaria deixar de aplicar, ao caso, igualmente, o princípio da boa fé objetiva, que estabelece o dever de lealdade entre os contraentes também na execução do contrato.

> *Nesse norte preconiza o art. 422 do CC: " Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé."*
>
> *Além disso, importante frisar, ainda, que o autor não padecia de dificuldades financeiras graves e tinha condições de findar a execução do contrato, via pagamento, como vinha fazendo, tanto que após o abandono dos serviços por parte da empresa demandada, assim o fez quando, quase de imediato, contratou novo engenheiro e equipe que finalizaram a construção. O engenheiro e responsável por finalizar a obra, testemunha Chafic, declarou em juízo que o autor nunca atrasou um pagamento sequer e por isso viabilizou a finalização da construção."* (Sentença, fls. 505/506).

Assim, se parte do preço haveria ser pago mediante financiamento e a apelante tinha ciência do fato, não pode se escusar na falta de pagamento prévio do preço, como condição para dar prosseguimento à obra.

Demais a mais, segundo a sentença, o autor tinha condições de efetuar o pagamento independentemente do financiamento, mas não fez porque a apelante é que vinha executando a obra com atraso e de forma deficiente, conforme evidenciou o douto magistrado sentenciante.

Neste sentido, é inevitável constatar o descumprimento de inúmeras cláusulas contratais, restando configurada a responsabilidade da apelante/ré no que tange à inexecução da prestação de serviço, concluindo-se pela culpa exclusiva da empreiteira/apelante, a começar pelo não apresentação da ART e do alvará de construção, muito embora o autor já tivesse pago – como mencionado na inicial, R$ 260.726,04(duzentos e sessenta mil, e setecentos e vinte e seis reais e quatro centavos) de um total de R$400.000,00(quatrocentos mil reais), muito embora, findo o prazo contratual, apenas 45% da obra estivesse pronta, ainda assim com defeitos que comprometiam sua estrutura e segurança.

Se o aporte de recursos total não ocorreu, então, tal se deu porque a empresa, em primeiro lugar, não estava atendendo às suas obrigações prioritárias em relação aos pagamentos que haveriam de ser feitos pelo autor apelado.

Se houve inadimplemento, este se deu por parte da apelante e, assim, legitima-se a rescisão contratual e a condenação em parte das verbas pleiteadas na inicial, tal como aquelas contidas na r. sentença, que deve ser mantida.

E, outrossim, afere-se que o juiz assentou o seu entendimento no fato de que houve descumprimento do princípio da boa-fé contratual por parte da apelante, ofendendo o art. 422 do CC de 2002, e o apelo não logrou êxito em demonstrar o desacerto dessa afirmação e dessa conclusão exarada pelo douto juízo sentenciante.

Assim sendo, a decretação da rescisão contratual e a condenação em indenização por danos morais, diante da inexecução da obrigação, é de rigor, não merecendo prosperar a súplica do apelante/requerido.

Outro não é o entendimento dos julgamentos abaixo colacionados, *in verbis*:

> *CIVIL. EMPREITADA. INEXECUÇÃO PARCIAL DA OBRA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DA OBRA. ARTIGO 615 DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MATERIAIS. COMPENSAÇÃO.*
>
> *No caso de inexecução parcial da obra por culpa do empreiteiro, é possível ao dono enjeitá-la, nos termos do artigo 615 do Código Civil. Havendo prova da realização de despesas para a conclusão da obra, correta a sentença que condenou a empreiteira a indenizar o prejuízo causado, compensado com o valor que ainda tinha a receber. Recurso*

conhecido e improvido. (TJ-DF - APC: 20120110866336, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANNA, Data de Julgamento: 06/05/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/05/2015. Pág.: 378)

APELAÇÃO CÍVEL - RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS - CONTRATO POR EMPREITADA PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS EM EDIFÍCIO - DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA - RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA/EMPREITEIRA CONTRATADA VERIFICADA - REPARAÇÃO MATERIAL - DIREITO NÃO RECONHECIDO. Havendo nos autos provas suficientes para comprovar que a construtora/empreiteira requerente é quem descumpriu com várias obrigações assumidas no contrato de obras por empreitada celebrado com o condomínio do edifício réu, devido aos atrasos, à incompletude e aos defeitos apresentados na execução dos serviços, há que se reconhecer a necessidade de rescisão da avença e por culpa exclusiva da requerente, a qual não pode exigir da parte ré os pagamentos ajustados, por ser aplicável à hipótese a regra da exceção do contrato não cumprido, do art. 476 do CC. E sendo exclusiva a culpa da empresa requerente pela rescisão da avença, não há como acolher a sua pretensão de ver-se ressarcida por supostos prejuízos materiais vivenciados. (TJ-MG - AC: 10024101711851001 MG, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 13/08/2013, Câmaras Cíveis / 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/08/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE EMPREITADA. ATRASO E PARALISAÇÃO DA OBRA. INADIMPLÊNCIA DA EMPREITEIRA. NÃO OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. PACTO RESCINDIDO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS VALORES SUPORTADOS. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS APÓS O PRAZO ACORDADO PARA O TÉRMINO DA EDIFICAÇÃO. LUCROS CESSANTES EVIDENCIADOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO E APELO DA AUTORA DESPROVIDO. [..] III - Na rescisão do contrato de empreitada por culpa da empresa, em razão do atraso na conclusão da obra, ela deverá reembolsar à contratante, de forma integral, todos os valores já pagos, bem como indenizá-la pelos lucros cessantes, referentes aos aluguéis pagos após o prazo acordado para a conclusão da edificação. Contudo, excetua-se, até por força do princípio que repudia o enriquecimento sem causa, o montante pleiteado que se refere à diferença entre o valor contratado para a construção da obra e aquele que seria despendido atualmente para o seu término, por não configurar perdas e danos. [...]. (TJ-SC - AC: 60458 SC 2005.006045-8, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 02/09/2009, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de São Domingos).

V.

Da aplicação da multa contratual.

As partes estabeleceram que se houvesse o inadimplemento de uma das partes em relação às suas obrigações, aquele que inadimpliu pagaria a outra multa de 20% sobre o valor do contrato. Sendo este de R$ 400.000,00. a multa devida foi de R$ 80.000,00, concedidas pela r. sentença.

Nada a reparar neste tópico também, por restar caracterizada a culpa da empresa apelante na inexecução do contrato.

A multa contratual, em tais casos, é devida porque representa a prefixação das perdas e danos sofrida pela parte inocente.

Segundo Washington de Barros Monteiro [2]

> *"Cláusula penal é um pacto secundário e acessório, em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardar.*
>
> *Não se exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena convencional ou multa). Ela existe e produz efeitos, desde que os interessados se sirvam desses e de outros termos equivalentes.*
>
> *Apontam-lhe os autores duplo papel: a). - funciona como meio de coerção, como força intimidativa, a fim de induzir o devedor a satisfazer o prometido. Sabendo que se arrisca a pagar a multa convencionada, assim desfalcando seu patrimônio, se esforça a parte no sentido de cumprir o contrato. Sob esse primeiro aspecto a stipulatio poenae destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação. b).- ela fixa, ainda, antecipadamente, o valor das perdas e danos devidos à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui, assim, liquidação a fofait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença. Estipulando-os, como diz Georgi, deixam os contratantes expresso que desejaram, por esse modo, furtar-se aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa.*
>
> *Dessa segunda função da cláusula penal decorre, num relance, sua estreita analogia com as perdas e danos".*
>
> *No superior tribunal de justiça também se consolidou o entendimento de ser aplicável a cláusula penal em casos semelhantes. Confira-se:*
>
> *Com efeito, por força do Princípio da Isonomia, possível a fixação de cláusula penal em favor do promitente comprador, nos casos em que há estipulação contratual em favor da promitente vendedora, uma vez que, além de estimular o adimplemento contratual, visa à pré-fixação das perdas e danos. "*
>
> *No caso concreto, a cláusula penal foi fixada, em desfavor do autor, no montante de 20% sobre o valor das quantias pagas, restando viabilizada, assim, sua aplicação em desfavor da ré".* (AREsp 682212, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, publicado em data de 30/06/2015).

Trata-se, no caso, da cláusula penal compensatória, prevista nos arts. 410 e art. 416 do CC de 2002, que têm plena aplicação ao caso. Objetiva-se prefixar as perdas e danos, incidindo independentemente da prova da real e efetiva existência de um prejuízo, que se presume existir em razão do inadimplemento contratual de uma das partes.

Caracterizado o inadimplemento da apelante, induvidosa a obrigação de pagar as perdas e danos, prefixadas na cláusula penal constante do contrato, devendo ser aqui também mantida.

Resta aferir se referidos danos morais, na espécie, ocorreram, e o seu valor, fixado na r. sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

VI.

Do dano moral.

2 Autor citado, **Curso de Direito Civil**, Direito das Obrigações, 1a. parte, 4º volume, Saraiva, 1972, p. 216/218, ao tratar da ***cláusula penal***.

Tendo sido convencionada a cláusula penal compensatória, e imposta ela à ré, deve-se aferir se, para além dela, são devidos também os danos morais.

Penso ser possível a cumulação da indenização por danos morais, tanto em razão da distinção entre os fins daquela cláusula penal e os danos morais, advindos de outros fatores que não são cobertos por aquela cláusula, quanto, também, pelo que decorre do artigo 944 do CC de 2002, que traz para a norma o princípio da reparação integral, que restaria incompleta (a reparação) se não se impusesse, também, o dever de responder o autor do ilícito contratual por danos morais.

Com efeito, o artigo 944 do CC de 2002 estabelece que "*a indenização mede-se pela extensão do dano"*. Logo, a indenização baliza-se pelo efetivo prejuízo.

Sendo a cláusula penal compensatória das perdas e danos, estas reputam-se ser relativas aos danos materiais e lucros cessantes.

A indenização por danos morais está em outra esfera, inclusive prevendo a lei sua cumulação com os danos materiais como se constata dos artigos 186 e 927 do CC de 2002. Ou seja, os danos morais são devidos se, para além do inadimplemento do contrato, a parte inadimplemento comete também um ilícito, passível de indenização por danos morais, sabido que o mero inadimplemento contratual, por sí só, não gera dano moral, nos termos de iterativa jurisprudência.

A conduta do apelante/requerido, no sentido de não atender às expectativas do apelado/requerente em presentear sua filha com o imóvel objeto do contrato, somados o fato de inúmeros defeitos constatados na construção; transtornos advindos da inexecução do serviço; cobranças indevidas dos funcionários da obra, enfim, foram fatos capazes de causar prejuízo moral, na medida em que frustram o sonho do imóvel próprio em boas condições de uso.

Com efeito, o caso dos autos tratou-se de um ilícito contratual que enseja dano moral, pois não há dúvida de que os desgastes emocionais sofrido pelo autor/apelado ultrapassosrtsm aqueles dissabores decorrentes de mero inadimplemento contratual, pelo que deve o apelante/requerido ser responsabilizado.

A jurisprudência admite a condenação ao pagamento de danos morais, para além das perdas e danos prefixada na cláusula penal compensatória dos arts 410 e 416 do CC de 2002, quando há falha na prestação do serviço e, por esse fato, o autor sofre indiscutível prejuízo, quer o de ordem financeira, quer o de ordem mora, decorrente da frustração decorrente do fato de que tinha uma destinação específica para o imóvel, o qual esperava receber no tempo certo do contrato, sem defeitos, apto para a moradia sua, de sua família ou de sua filha. Confiou na idoneidade da empresa e se viu atormentado pelo injustificado atraso na entrega da obra e, por fim, do seu completo abandono, forçando-a a ter que se valer de outros meios para ultimar a conclusão do empreendimento.

O dano, no caso, é *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio fato de que houve o descumprimento contratual por parte da ré, colocando-o em situação de constrangimento injustificado.

No Superior Tribunal de Justiça vem sendo construído esse entendimento jurisprudencial:

> *"(...) São devidos danos morais, diante da falha na prestação do serviço e em razão do aborrecimento e constrangimento causados aos autores, o que dispensa comprovação, por ser in re ipsa, decorrente do próprio fato, dispensado comprovação, conforme reiterada jurisprudência de nossos Tribunais.*
>
> *Nessa linha: "O Tribunal de origem entendeu, com base nos fatos, provas e conteúdo contratual dos autos, que, à época do evento, os segurados estavam sob a cobertura da*

apólice; a qual abrangia cobertura para os danos morais, pessoais e lucros cessantes. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência dos verbetes 5 e 7 da Súmula desta Corte" [...] (AgRg no REsp 1191934/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 23/10/2012)

4. Ademais, o simples fato de haver cláusula penal não afasta a possibilidade de outras condenações, como já reconheceu esta Corte em casos análogos:

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLEMENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. - A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora.

2. - Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. [...] 4. - Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp 1355554/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013)". Agravo em Recurso Especial Nº 714.758 - RJ (2015/0116402-5) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 16 de Junho de 2015."

E em julgado em tudo em muito semelhante ao contido nestes autos, a corte da cidadania voltou a decidir:

"(...) Ora, o demasiado atraso na entrega de um imóvel para o comprador, além de causar indiscutíveis prejuízos de ordem financeira, 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 de não se poder para ele se mudar, em razão de injustificado atraso na conclusão da obra.

Desse modo, cabe condenar a parte ré a pagar aos autores a reclamada indenização por danos morais, que, no caso, devem ser fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois tal montante bem atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, ainda, as peculiaridades do caso em exame. (...)

De outro lado, a parte não provou que os fatos que justificaram o atraso na obra tenham sido provenientes de uma força maior, e não de event

O descumprimento do contrato se deu somente no que toca à parte apelada. Assim, não se aplica ao caso a cláusula non adimpleti contractus. Ora, uma vez descumprido o prazo para a entrega do imóvel, incide, no caso, a cláusula VIII, letra "f" da avença, que prevê a multa compensatória de 10% sobre o valor do contrato (f. 5). Ora, o valor do contrato em questão é o preço do imóvel nele pactuado em R$ 582.800,00 (fl. 38).

(...) Em relação à alegada impossibilidade de cumulação de indenização por lucros cessantes com a multa de cláusula penal, a jurisprudência pacífica desta Casa é no sentido de que "a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora". (AgRg no AREsp n. 525.614/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 25/8/2014)". (AREsp 714051, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 01.07.2015).

O dano moral, no caso, não está no inadimplemento contratual, mas na falha da prestação do serviço que foi executado, eis que o autor, além de não receber o imóvel totalmente construído no prazo convencionado, recebeu menos do que 50% da obra e, outrossim, com defeitos estruturais que o obrigaram a, praticamente, ter que reconstruir grande parte do que já fora construído pela ré apelante.

Essa falha na prestação do serviço, então, independentemente da indenização decorrente da aplicação da cláusula penal compensatória que incide em razão do inadimplemento, é também ensejadora da aplicação dos danos morais, razão pela qual torna-se possível sua cumulação com aquela cláusula.

Devidos os danos morais, resta aferir o valor imposto pelo digno magistrado da causa.

Na quantificação do dano moral, não há que se perder de vista que a função preponderante da reparação é a ressarcitória, a fim de compensar a vítima pela lesão sofrida, de modo que a indenização deve guardar razoável proporcionalidade com o dano vivenciado. Deve, igualmente, ser considerado o caráter punitivo da reparação moral, como diminuição imposta ao patrimônio do réu, para dissuadi-lo de repetir o ato ilícito.

Muito embora não exista orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais sobre o *quantum* indenizatório, é ponto pacífico que o magistrado deve sempre observar as circunstâncias fáticas do caso examinado, a gravidade do dano, seu efeito lesivo, natureza e extensão, as condições econômicas envolvidas, cuidando para que não haja enriquecimento por parte do ofendido e que a indenização represente um desestímulo a novas agressões.

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 ideia de sancionamento ao lesado (punitive damages)."*[3]

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:*

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. IV, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 380.

> *'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.*[4]

De Rui Stoco**,** em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro. Veja-se:

> *"a) o magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando–o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá–la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio–econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente".*[5]

A propósito, em caso semelhante, em sede jurisprudencial:

> *APELAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. CONTRATO MISTO DE COMPRA E VENDA E EMPREITADA. INADIMPLEMENTO INJUSTIFICADO. DANO MORAL CONFIGURADO.*
>
> *Com efeito, a parte autora desembolsou mais de 50% do valor do contrato e a obra sequer fora iniciada no prazo fixado. Há que se ter presente que se trata de pessoa humilde que dispôs dos recursos amealhados ao longo de toda sua vida com o fim de ver a realização do sonho da casa própria.*
>
> *Precedentes do TJRJ. Negado Seguimento ao Primeiro Recurso. Parcial Provimento Ao Recurso Adesivo.* (TJ-RJ - APL: 00012457920078190007 RJ 0001245-79.2007.8.19.0007, Relator: Des. Jorge Luiz Habib, Data de Julgamento: 25/02/2014, Décima Oitava Camara Civel, Data de Publicação: 21/03/2014 15:18).

4 LUZ, Valdemar P. Da. **Trânsito e Veículos – Responsabilidade Civil e Criminal**, 6 ed., São paulo: Conceito Editorial, 2011, pág. 77.

5 Cfe. RUI STOCCO, *in* **Tratado de Responsabilidade Civil**, Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030.

CONTRATO DE EMPREITADA AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR ABANDONO DA OBRA CONTRATADA E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE PARTE RÉ QUE PODERIA OBSERVAR O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS, CUJO TERMO INICIAL JÁ ERA CONHECIDO PRECLUSÃO DA PROVA ORAL LEGITIMIDADE PASSIVA DE EMPRESA QUE CONSTOU COMO BENEFICIÁRIA DO TÍTULO SUSTADO MÉRITO CONTRATAÇÃO DE EMPREITADA GLOBAL PROVA DE EFETIVO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DA EMPREITEIRA PAGAMENTO SUPERIOR AO DEVIDO DE ACORDO COM O CRONOGRAMA DAS OBRAS INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ALTERAÇÕES NO PREÇO ABANDONO DA OBRA QUE EXIGIU A CONTRATAÇÃO DE NOVA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CULPA PRESUMIDA DEVER DE RESSARCIMENTO DAS NOVAS DESPESAS ASSUMIDAS PELO AUTOR PARA A CONCLUSÃO DA REFORMA DANO MORAL CONSISTENTE NA FRUSTRAÇÃO DA CONCLUSÃO DA OBRA E PRIVAÇÃO DO USO DO IMÓVEL NO PERÍODO. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R$ 10.000,00, ORA REDUZIDA PELA METADE.

Ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos improcedente em face da corré que figurou como simples beneficiária do cheque sustado, sem participar da relação jurídica do contrato de empreitada, sujeitando-se apenas à procedência da cautelar de sustação de protesto. Sentença reformada em parte. - Apelações parcialmente providas. (TJ-SP - APL: 01150144820088260100 SP 0115014-48.2008.8.26.0100, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 13/03/2013, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/03/2013)

Entendo que a indenização por danos morais fixada pelo douto magistrado deva ser mantido em R$ 10.000,00 (dez mil reais), que representa a média do que vem sendo imposta a título de fixação do valor de indenização por danos morais em casos similares, de sorte que não existem razões para alterar-se o julgado.

De rigor, aliás, e atendendo aos critérios de valoração dos danos morais, na forma enunciada na doutrina supra transcrita, o *quantum* indenizatório poderia ser até maior, eis que seu escopo é o de, entre outros, dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo, conforme lição doutrinária acima transcrita.

VII.

Dos honorários advocatícios

Quanto à condenação em honorários advocatícios prevê o art. 20 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 3º e 4º, que:

"Art 20: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo profissional

b) o lugar da prestação do serviço

> *c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *§ 4° 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."*

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

No caso dos autos, o pedido principal foi julgado parcialmente procedente pelo douto juiz *a quo*, com a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais ao autor apelado.

E houve sucumbência da ré apelante na ação principal, bem assim como, ainda, na reconvenção.

Assim, por ter havido condenação, incide, no caso concreto, o § 3º do art. 20 do CPC, pelo qual a verba deve ser fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do valor da condenação, de acordo com os parâmetros contidos nas alíneas "a" a "c" do mesmo dispositivo.

No tocante ao pedido de redução dos honorários advocatícios, tenho que não lhes assiste razão.

Isso porque o percentual fixado na douta sentença mostra-se razoável e proporcional ao caso e atende os critérios constantes nas alíneas do § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, considerando a importância e a natureza da causa, o zelo do casuístico, mas também que o serviço prestado não envolveu grande complexidade.

Nessa extensão, tenho que 15% sobre o valor da condenação se perfaz em patamar apto a remunerar condignamente o advogado.

No que tange ao aventado sobre os honorários advocatícios relativos à reconvenção, e. Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que *"o CPC, em seu art.315, preceitua que a reconvenção constitui ação autônoma do réu ajuizada em face do autor, ainda que nos autos do processo principal, sempre que a esta ou aos fundamentos da contestação for conexa, ou ainda quando o vínculo existente entre as duas causas tenha força suficiente para alterar o julgamento da pretensão deduzida em juízo pelo autor, e por isso, comporta a condenação na verba honorária"*[6] .

Destarte, sendo improcedente o pedido veiculado na reconvenção, deve o réu-reconvinte suportar as custas, despesas e honorários advocatícios, que aqui foram arbitrados em R$4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, na medida em que os honorários na reconvenção são independentes daqueles fixados na ação.

Esse *decisum* também deve ser mantido, dado sua razoabilidade e modicidade, além de que, por ser certo que a sucumbência, quer na ação principal, quer na ação reconvencional, enseja condenação em honorários em ambas as espécies.

Nada há para ser alterado, assim, na r. sentença invectivada.

6 STJ-6ªT., REsp 27149/SP, 6ª T., rel. Min. Vicente Leal, j. 01.12.2007, DJ 19.12.2007, p. 67540.

VIII.

Ante o exposto, conheço o presente recurso de apelação cível interpostos por Gattass Engenharia Ltda (fls. 515-536), rejeito o agravo retido e, quanto ao mérito, nego-lhe provimento, mantendo integralmente a r. sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, no mérito, 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, 05 de agosto de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801366-16.2014.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR – NEGLIGÊNCIA E DESESTRUTURAÇÃO FAMILIAR – ABANDONO MATERIAL, AFETIVO E MORAL – AMPLA COMPROVAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I) Restando evidenciado que os genitores – diante da vida desregrada que levam, em ambiente patológico e nocivo e sem perspectiva de melhora – não têm mínimas condições de promover a educação, saúde e bem-estar do filho, deixando-o em abandono material, moral e afetivo, impõe-se a declaração da perda do poder familiar.

II) Restando também evidente que a mãe, mesmo abrigada em conjunto com o filho, demonstra desinteresse pela educação, saúde e pelo próprio bem-estar da criança, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

III) O abandono, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e as faltas reiteradas são causas expressamente previstas de perda do poder familiar, contidas no art. 1.638 do Código Civil.

IV) Recurso conhecido e improvido, com o parecer, mantendo-se a sentença que declarou a perda do poder familiar.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de julho de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 459-464 por H. K. dos S. C. e J. A. L. A. em face do Ministério Público Estadual, insurgindo-se contra a sentença de fls. 432-447, proferida pela douta juíza da 2ª Vara de Fátima do Sul/MS, que julgou procedente o pedido formulado pelo apelado para destituir o poder familiar dos apelantes em relação a M. H. C. L. dos S., determinando o encaminhamento da criança, mediante guarda provisória, para família substituta cadastrada previamente no CNA.

Os apelantes alegam que a sentença foi fundamentada no fato de os genitores fazerem uso de bebidas alcoólicas e substâncias entorpecentes; que a menor H. está abrigada e frequenta escola como qualquer outro adolescente; que até o momento ninguém da instituição "Anjo da Guarda" presenciou ou a viu usando drogas; que o exame de hemograma acostado à fl. 209 realizado antes do parte não detectou nenhum vestígio de entorpecente.

Afirma que também foi fundamento da decisão o fato de a menor H. ter manifestado verbalmente a intenção de dar seu filho para adoção e insurge-se contra o fato alegando que a mãe tem 16 anos de idade e "*não tem vontade própria para tomar importante decisão, esta deverá está acompanhada de representante legal, ou de pelo menos de suas advogadas, o que não ocorreu*".

Ressalta que também deve ser colhida a vontade do pai, J. A. L.de A, de 18 anos de idade; que a avó materna de H., D. Josefa, que mora em Culturama, deveria ter sido intimada a manifestar sua vontade em relação à neta G. e ao bisneto, M.

Segue alegando que a afirmação de que H. não demonstra interesse em cuidar do filho não se sustenta, uma vez que teria feito os nove meses de pré natal, "*e quando foi-lhe arrancado do peito o seu bebê, esta entregou-se em profundo desespero de choro e sofrimento*".

Citou algumas testemunhas que teriam afirmado que H. cuidava de maneira satisfatória e carinhosa do bebê.

Afirma que "*com esses depoimentos e as provas documentais acostadas às fls. 196-209, não resta dúvida de que a destituição do poder familiar dos pais do infante M., deu-se, única e exclusivamente em virtude da pobreza, falta de recursos materiais dos pais e de seus familiares, motivo que não é relevante para ser decretada a perda do poder familiar e colocado o bebê em família substituta*".

Requer o conhecimento e provimento da apelação para reformar a sentença e determinar o desabrigamento de H. e de seu filho, devolvendo-os à família de origem, mais especificamente à sua avó materna.

Caso não seja esse o entendimento, requer seja dado à H. um representante legal e intimada a sua avó para manifestar sua vontade em relação à guarda de sua neta e bisneto.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às fls. 469-477 pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 492-498 opinando pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

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

I.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 459-464 por H. K. dos S. C. e J. A. L. A. em face do Ministério Público Estadual, insurgindo-se contra a sentença de fls. 432-447, proferida pela douta juíza da 2ª Vara de Fátima do Sul/MS, que julgou procedente o pedido formulado pelo apelado para destituir o poder familiar dos apelantes em relação a M.H.C.L.dos S, determinando o encaminhamento da criança, mediante guarda provisória, para família substituta cadastrada previamente no CNA.

O apelo não merece prosperar.

Após atenta análise do caderno processual, verifico que há suficiente produção de provas demonstrando que os apelantes não têm condições de exercer o poder familiar da criança, seja pela vida desregrada que levam, seja pela desestruturação familiar completa, seja pelo descaso e desinteresse demonstrado ao longo do processo para com o menor e seu bem estar.

A douta juíza de primeiro grau, que conduziu brilhantemente o presente processo, analisou detalhadamente as provas dos autos, descrevendo minuciosamente todas as tentativas de reestruturação familiar e de reinclusão do pequeno M. no seio de sua família natural, razão pela qual transcreverei ao longo do voto partes da sentença de fls. 432-447, que também adoto como parte da motivação para o improvimento do presente recurso evitando, assim, tautologia desnecessária e rebatendo mais precisamente tão somente os pontos alegados pelos autores em suas razões de apelação.

II.

De início, aponto as razões que levaram o Ministério Público a ingressar com a presente ação de destituição de poder familiar, expostas no relatório do conselho tutelar acostado às fls. 12/13 dos autos, no qual se afirmou que os requeridos/apelantes moravam com o filho recém-nascido e outros familiares em uma escola abandonada, com péssimas condições de higiene, tendo sido a criança encontrada com mal cheiro, maltratada e entrando na faixa de desnutrição. Afirmou que as cestas básicas recebidas era trocadas por bebidas e entorpecentes e que não se sabia o paradeiro de roupas, berço e colchão doados ao bebê. Afirmou-se, ainda, que o requerido teria agredido o filho, segundo informação prestada pela avó materna da criança.

As informações constantes nesse relatório foram intensificadas pelas informações prestadas por psicóloga e enfermeira da rede pública, Dra. Jussimara G. Vilar e Dra. Larissa T. Guimarães Stianelli (relatório de fl. 14):

> *"Foi realizado visita domiciliar pela saúde, juntamente com o Conselho Tutelar, Cras. Puérpera H.K.S.C de 15 anos de idade no 15º dias de parto normal. Em visita constatamos precariedade no local de moradia da cliente. A mesma está residindo em uma escola, juntamente com o RN, esposo, sogro e dois cunhados. O local é sujo, com muito lixo fétido e impróprio para moradia. De acordo com a puérpera, seu almoço havia sido arroz com mandioca. De acordo com relato da assistente social do município, a menor está sendo acompanhada desde o início de sua gestação; são periodicamente doadas cestas básicas, de acordo com relatos de vizinhos os alimentos recebidos são trocados por drogas. A menor mãe do bebê, apresenta aspectos de violência, com introspecção, tristeza, insegurança e negação. Recebemos informações de que o esposo agride a mesma fisicamente e verbalmente. O bebê vem perdendo peso, e apresenta aspecto de desidratação"*

O menor foi acolhido.

Transcrevo parte da sentença que seguiu relatando os acontecimentos posteriores ao ajuizamento da ação:

> *No relatório de f. 73, do conselho tutelar, consta a informação que os requeridos deixaram a escola abandonada e foram residir em outro local. Contudo, permanecia a falta de higiene, tendo os conselheiros recebidos a informação que a requerida mantinha relações sexuais com o empregador do requerido J., o qual pernoitava na residência.*

Posteriormente, os requeridos voltaram a residir na escola abandonada junto com familiares que possuem problemas com bebida alcoólica, drogas, crimes, sendo evidente a falta de higiene, inclusive pessoal, havendo "roupas espalhadas pela casa, restos de comida pela casa e pelo quintal, restos de lixos, pneu velho" (f. 153/154).

Esta situação está bem retratada no relatório da assistente social do Poder Judiciário de f. 16 no qual consta que os requeridos estão vivendo totalmente sem higiene e que, após a mudança de endereço, não tinham mais visitado o filho na instituição de acolhimento.

Destaca-se que o plano individual de atendimento e o plano de atendimento familiar (f. 80/8 e 150/160) trazem as seguintes informações relevantes: i) o pequeno M. chegou na instituição de acolhimento com peso abaixo daquele próprio de sua idade; i) os requeridos fazem uso constante de bebida alcoólica e substâncias psicoativas e, por isso, não cuidam do filho; ii) a requerida deixou a casa de sua genitora porque ela fazia uso de bebida alcoólica e havia discussão; iv) foi morar com o genitor, mas deixou a casa deste porque não aceitava as regras impostas por ele e, assim, fugiu e foi morar com o requerido; v) os requeridos não conseguem assegurar as necessidades do filho; vi) a requerida não demonstra interesse em reaver a guarda do filho, nem demonstra sentimento de afeto, sendo que, ao visitar o filho no acolhimento, ficava distante e não o pegava no colo.

No referido relatório, consta a informação relativa à família extensa: i) a avó materna não tem interesse de cuidar do neto porque trabalha e porque tem medo do requerido que já a ameaçou de morte, inclusive pelos familiares deste; i) o avô materno afirmou que não tem disponibilidade para cuidar do neto; ii) o avô paterno é alcoólatra, falta ao trabalho devido a embriaguez e já foi acusado, embora absolvido por falta de provas, por estupro de vulnerável; iv) os irmãos do requerido não trabalham e não estudam, fazendo uso de substâncias psicoativas.

Ao final, o parecer psicossocial é favorável à destituição do poder familiar porque não se mostra possível a reestruturação familiar, haja vista que mesmo que os requeridos sejam atendidos por equipe multidisciplinar, não seguiriam as orientações e recomendações em tempo hábil a propiciar ao infante a convivência familiar.

Eis o trecho do parecer:

"Mesmo que seja assegurado a família os benefícios eventuais, oferecidos no CRAS, como auxílio natalidade e cesta básica, não seria o suficiente para garantir um desenvolvimento saudável a M.

O estudo psicossocial familiar aponta que para a família superar este momento e adquirirem novas habilidades e condições para atender as necessidades de M., ainda levará um longo tempo, o que implica numa permanência longa de M. na instituição de abrigo e permanecendo por muito tempo em uma instituição de abrigo, que é um lugar de passagem, a criança dificilmente reconhecerá aí sua própria imagem.

Levando em consideração todos os pontos acima descritos, a equipe técnica é favorável a destituição do poder familiar sobre M."

E segue a sentença:

Cumpre destacar que, conforme consta às f. 219/23 e 231/234, os requeridos foram residir em uma ONG em Fátima do Sul que trabalha com a prevenção ao uso de drogas, a qual lhes cedeu moradia, alimentação, além de orientação. Nesta ocasião, os requeridos receberam doação de roupas, colchão e fraldas doados pelo assistência social.

Diante da melhora vista no comportamento dos requeridos, embora o parecer favorável à destituição do poder familiar (f. 150/160), na busca de tentar a reestruturação familiar, determinou-se que a criança pudesse passar os finais de semana com os requeridos (f. 240/241).

Esta era uma forma de avaliar o real interesse dos requeridos na reestruturação familiar como forma de receberem novamente o filho em guarda.

Todavia, conforme se verificam dos documentos de f. 268/270: i) os requeridos estavam sendo acompanhados pela psicóloga e assistente social, sendo encaminhados para receberem benefícios sociais como bolsa família, inclusive cadastrados no Cadastro Único; ii) foi providenciado CPF para a requerida que ainda não possuía tal documento; iii) "houve uma discussão" na ONG porque o requerido não aceitava seguir as regras do local e os requeridos alugaram uma residência com valores decorrentes do aluguel social; iv) o requerido obteve emprego; v) aos requeridos foram doados fogão, liquidificador, guarda roupa, pia de aço, cesta básica, colchão, roupas, calçados e utensílios domésticos, além de frutas, legumes e verduras; vi) os requeridos foram orientados sobre a limpeza da casa e as constantes brigas; vi) a requerida apresentava comportamento agressivo e não atendia a ligação da equipe que acompanhava o caso; vii) o requerido mudou de emprego e posteriormente deixou o trabalho sob alegação de "alergia do pó", embora trabalhe com reciclagem sendo evidente que está acostumado com pó; ix) o guarda roupa doado ao casal tinha ficado no tempo e tomado chuva; x) os requeridos não buscaram M. na instituição de acolhimento, sendo que tinha ficado apenas um final de semana com o filho e não atendiam os telefonemas da equipe; xi) os vizinhos informaram de uma briga entre os requeridos e que a requerida jogou fora roupas que recebeu em doação, além de não cozinhar os próprios alimentos; xi) o requerido levou várias mulheres para a residência e ali fizeram uso de substâncias ilícitas, sendo que, quando a requerida chegou na residência, ocorreu uma briga e o requerido deixou o local com tais mulheres e foi para Dourados; xii) após várias tentativas de contato com os requeridos, a requerida foi encontrada na residência dormindo, afirmando que o requerido tinha ido embora "atrás de mulherada", tendo vendido uma cama que receberam em doação e levado o dinheiro, tendo-lhe telefonado avisando que estava trabalhando em um lava rápido em Dourados; xiv) a requerida deixou de alimentar-se e não tem "ânimo para nada", sendo despedida do emprego; xv) ninguém de sua família tem interesse de ajudá-la; xvi) os requeridos não posuem nenhuma condição de cuidar do filho.

Resta evidente que os requeridos receberam amplo e irrestrito auxílio do poder público visando à reestruturação familiar. Entretanto, mantiveram a mesma conduta negligente que colocou o filho em situação de risco e ensejou o acolhimento.

Neste contexto, a requerida foi acolhida e manifestou o desejo de entregar o filho em adoção (f. 282), o que não foi aceito diante de seu estado físico e mental (f. 274/275).

Ocorre que, mesmo acolhida e recebendo apoio e orientação da equipe psicossocial que atende a instituição, a psicóloga informou que a requerida não alterou seu comportamento conforme segue: i) mantém indiferença filho, não tendo interesse sequer em relação aos cuidados básicos com ele, embora tenha disponibilidade de tempo para isso; i) é preciso pedir para trocar a roupa, dar banho ou fazer a mamadeira do filho; ii) ao invés, prioriza seus interesses pessoais e ocupa seu tempo falando ao celular; iv) foi dispensada do emprego sob a afirmativa de ter praticado ato infracional equiparado ao furto; v) sequer auxilia nas tarefas da instituição e quando o fez, revela o propósito de conversar com rapazes; vi) não segue as regras da instituição de acolhimento (f. 36/367).

O requerido, por sua vez, abandonou o emprego, afastou-se do lar onde vivia com a requerida e passou a viver em companhia de adolescentes de 12 e 15 anos de idade, ocasião em que consomem bebida alcoólica e entorpecentes (f. 284/285 e 289/290).

Depois da separação, mesmo sem haver qualquer proibição, o requerido abandonou o filho na instituição de acolhimento, eis que nunca mais foi visitá-lo conforme admitiu em seu depoimento pessoal (f. 383).

Aliás, o requerido levou as adolescentes para a escola abandonada onde antes residia com a requerida e o filho e manifestou o propósito de manter relacionamento com uma delas (f. 289/290)

A situação vista nos documentos antes citados foi comprovada pela prova oral (f. 274/275, 383, 420) que corrobora exaustivamente que os requeridos não possuem interesse de mudar a situação que acarreta riscos ao pequeno M.

A Coordenadora da Instituição de Acolhimento, Sra. Leilane, informou que a requerida não possui vínculo afetivo com a criança e que o requerido nunca mais foi visitar o filho.

A psicóloga que atende a instituição de acolhimento, Sra. Rode, relatou que não há interesse da requerida pelo filho e que toda a rede de proteção à infância e juventude mobilizou-se para ajudar e orientar a requerida, mas não obteve êxito.

A assistente social do Poder Judiciário, Sra. Vera, esclareceu que a rede de proteção à infância e juventude ofertou ajuda à requerida, mas ela não tem iniciativa nos cuidados com o filho e não existe qualquer vinculação afetiva com o filho.

Observa-se que os requeridos já responderam pela prática de ato infracional equiparado a crime de furto (f. 108), sendo justamente esta situação que teria levado à demissão da requerida de seu último emprego (f. 366/367). O requerido também já foi processado pela prática de ato infracional equiparado a crime de furto qualificado (f. 109)

Ante a exposição dos fatos, narrados de forma clara e direta pela douta juíza *a quo*, fica clarividente que os requeridos/apelantes não tem a menor condição, tampouco o interesse de manter M. sob a sua guarda, muito embora tenham recebido toda a sorte de auxílio do poder público – financeiro, psicológico e moral – relutando insistentemente em oferecer as mínimas condições de desenvolvimento saudável ao menor.

III.

Ao contrário do que alega a defensora dos apelantes, é patente a falta de interesse demonstrado por H. em relação à criança, não dispensando-lhe sequer afeto.

Em suas razões de apelação a defensora utiliza-se de subterfúgios literários, apelando para o diminutivo das palavras e para o emocional na tentativa de alterar a realidade dos fatos, expondo uma genitora dissociada da realidade aqui exposta, que trataria da criança com carinho e cuidado, sendo em verdade uma grande vítima da frieza do Estado.

O fato é que H. não demonstra interesse pelo bebê, não cuida, não dispensa afeto e já externou a vontade de entregá-lo para adoção.

Mesmo abrigada juntamente com o filho, ela relutava em dispensar os menores cuidados à criança, deixando de trocar fraldas, fazer a mamadeira, pegar no colo e cuidar de um modo geral. Ficou claro que a requerida/apelante não tem responsabilidade para com o bebê.

Tais atitudes podem ser fruto de imaturidade, tendo em vista a sua tenra idade. Ocorre, entretanto, que a prioridade é resguardar o interesse da criança, que não espera para crescer nem pode congelar a

sua infância à espera da maturidade da mãe e, neste momento, a apelante não tem condições de exercer a maternidade.

Nas palavras da douta juíza *a quo*, "*o fato da requerida ser menor de idade não lhe retira o dever de zelar pelo filho, sendo que não cuidou do filho nem mesmo após seu acolhimento quando recebeu constantes orientações a respeito. Aliás, nem mesmo afeto demonstra pelo filho conforme visto na prova oral e documental antes analisadas*".

E continua:

> *É bem verdade que a requerida é adolescente, mas responsabilidade não está necessariamente vinculada à idade, ainda mais considerando todo o apoio e orientação repassados à requerida, inclusive no sentido que poderia perder o poder familiar em relação ao infante caso mantivesse a sua atitude irresponsável e negligente.*
>
> *Ao mais, são inúmeros os casos de mães adolescentes que cuidam adequadamente dos filhos e sem a necessidade de supervisão e controle constante por parte de pessoa maior de idade.*
>
> *Impõe-se considerar que o adolescente, como é o caso da requerida que foi plenamente assistida e orientada por equipe técnica, tem conhecimento e consciência de suas obrigações e deveres, sendo que a negligência e a irresponsabilidade apresenta-se, no caso em questão, como opção.*

Nesse diapasão, não me convence a pretensão dos apelantes em reaver o poder familiar do menor. Nem a afirmação de que possui condições de cuidar da criança e que a vó da apelante, bisavó do bebê, poderia se responsabilizar por ambos.

Primeiro porque, embora aleguem, os apelantes não trouxeram o menor indício de que a avó da genitora, J., teria tal interesse.

Segundo porque esta senhora nunca procurou saber quais seriam as condições enfrentadas pela família que, denota-se, é completamente desestruturada, presumindo-se que se trata de pessoa igualmente desestruturada.

Terceiro porque H. nunca mencionou a existência de sua avó, tampouco demonstrou interesse em buscar auxílio ali.

Quarto porque a bisavó do bebê já conta com idade avançada e a mãe do bebê, como se viu, não tem interesse no pequeno M.

Quinto porque, na sua falta, a avó materna já externou o desinteresse na filha e no neto.

Sexto porque o bebê não espera para crescer e a insistência em recolocar a criança no seio de uma família displicente e desinteressada representa perigo à sua integridade física e psicológica.

As alegações constantes nas razões de apelação, na verdade, são completamente dissociadas da realidade. Ao contrário do que foi ali afirmado, o motivo da destituição não foi o uso de drogas por parte de H., tampouco a afirmação verbal da genitora, de que teria interesse em dar seu filho para adoção.

As drogas e o álcool foram mencionados ao longo de todo o processo e há de fato suspeita de uso, o que aumenta a certeza da destituição, mas não foram o ponto central da procedência do pedido. O foram, como já dito, o desinteresse, os maus cuidados, a falta de afeto, a negligência, a displicência.

IV.

No que se refere à intenção manifestada pela ré de entregar o filho, ela não foi levada em consideração. Basta uma simples visualização da audiência e leitura da sentença, que afirmou, de forma verdadeira, que "*a requerida foi acolhida e manifestou o desejo de entregar o filho em adoção (f. 282), o que não foi aceito diante de seu estado físico e mental (f. 274/275)*".

Não se sustentam, pois, os fundamentos da apelação.

V.

No que se refere à testemunha D. Maria do Carmo dos Santos, embora tenha afirmado que H. cuidava bem da criança, igualmente afirmou que nunca a visitou na escola em que vivia com o marido, sogro e cunhados, de modo que não tinha conhecimento de como era o tratamento dispensado ao bebê naquele ambiente.

Já a testemunha Lindalva Martins da Silva Guirandelli afirmou tão somente que H. realizou o pré-natal no posto em que atendia como enfermeira, não mantendo contato com a ré após o nascimento de M.

Anoto, para que não restem dúvidas, de que não se fala aqui de condições materiais como alegado de forma descuidada pela patrona dos apelantes. Aliás, chega às raias do absurdo trazer tal alegação e suspeita no caso em comento, onde restou patente a deficiência moral dos apelantes e a incapacidade deles no cuidado com a criança.

É óbvio que os recursos materiais não são suficientes para a perda ou suspensão do poder familiar, tal como dispõe o art. 23 do ECA.

A problemática, como se viu, vai muito além de recursos materiais, sendo de ordem subjetiva; são motivos intrínsecos que levam a constatar que o infante estava desprotegido de sentimentos afetivos e cuidados físicos básicos, esses, sim, imprescindíveis no meio familiar.

VI.

É certo que o princípio da prevalência da família natural deve subsistir, porém, não se pode olvidar que esta família deva ter os requisitos mínimos para uma vida pacífica e saudável, até porque não faria sentido evocar tal princípio, se não houvesse restrições (a colocação em família substituta).

Poder familiar pode ser definido como *"o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e os bens do filho"* (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de Família. Russell, 2003. p. 252). Contudo, tal prerrogativa vem acompanhada de diversos deveres que são impostos aos titulares e que devem ser cumpridos, sob pena de suspensão ou extinção desse direito.

A obrigação genérica imposta aos pais de assistir, criar, educar os filhos com a devida responsabilidade tem *status* constitucional.

O art. 227 da Carta Magna reza que *"é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, á cultura, á dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"*.

No âmbito infraconstitucional, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem regulamentação a respeito da matéria.

Tais diplomas legais amparam, em diversos dispositivos, o direito do menor a sua integridade física, psíquica e moral. Por conseguinte, também prevêem a possibilidade de destituição do poder familiar em caso de descumprimento do que preceitua o princípio da paternidade/maternidade responsável.

VII.

Cumpre analisar a redação do art. 1.638 do CC que elenca as possibilidades da perda do poder familiar mediante ato judicial, *in verbis*:

> *"Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:*
>
> ***I – castigar imoderadamente o filho;***
>
> ***II – deixar o filho em abandono;***
>
> ***III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;***
>
> ***IV – incidir reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.*** *(Grifou-se).*

O artigo 24 do ECA, de outro tanto, estabelece que *"a perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22"*.

Some-se a isso o fato de que a douta juíza *a quo*, que muito bem conduziu o feito, proferiu decisão segura no sentido de que pai e mãe deveriam perder o poder familiar, após tomar contato com todas as pessoas envolvidas no caso: assistentes sociais e parentes.

E esse é mais um motivo para se manter a decisão, em homenagem ao princípio da oralidade e da identidade física do juiz, que vivenciou os fatos e sentiu que o menor não mais poderia conviver com a mãe, pai ou avós face ao seu completo descaso para com a integridade física do infante, bem assim como – o que é pior – do descaso e da falta de amor familiar.

O juiz *a quo* tem maiores elementos para decidir a causa por ter presidido a instrução processual e ter entrado diretamente em contato com as provas ali produzidas, ouvindo as partes e testemunhas, o que certamente lhe confere maiores elementos para decidir com justiça.

VIII.

Segundo Platão *"a escrita é morta e não transmite pensamento senão na significação descolorida e imperfeita dos sinais, ao passo que na viva voz falam a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, o tom, o modo de dizer e tantas outras diversas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, facilitando-lhes a inteira e exata compreensão"*.[1]

Sendo o juiz *a quo* aquele que tomou contato direto com as testemunhas, as partes e os advogados atuantes no feito, certamente teve ele melhores condições de análise dos fatos, o que faz presumir que a decisão por ele proferida é a que melhor se amolda ao caso apresentado.

Estão fundamentados e justificados, portanto, os motivos para a destituição do poder familiar.

1 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Temas de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR., 2000, p. 14.

IX.

De igual forma, em bem lançado parecer, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça expôs os fundamentos pelos quais o poder familiar há de ser, efetivamente, retirado dos apelantes, mostrando-se bastante sensível à hipótese delineada nos autos, até pelas sempre graves consequências que a medida redunda para a família e, em especial, para o menor.

Tendo os apelantes demonstrado o desinteresse pela educação e pelo desenvolvimento saudável do filho, deixando-o em abandono material, moral e afetivo, deve ser declarada a perda do poder familiar, conforme foi entendido pelo juiz singular. Restituir-lhes o poder familiar sobre o menor seria mais um ato de negligência contra este, só que dessa vez, partindo do Poder Judiciário.

X.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação interposto por J. A. L. A. e H. K. dos S. C. e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 28 de julho de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1406585-54.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – LIMINAR – SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO – REMUNERAÇÃO DO VEREADOR QUE SE FAZ MEDIANTE SUBSÍDIO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE EXCEPCIONOU A REGRA, PERMITINDO O PAGAMENTO DE VERBA DE CONTEÚDO INDENIZATÓRIO – ATO NORMATIVO DA CÂMARA MUNICIPAL QUE REGULA O REEMBOLSO DE DESPESAS EXPRESSAMENTE INDICADAS E QUE, EM SUA MAIORIA, SÃO DE CONTEÚDO INDENIZATÓRIO – VALOR PREVISTO QUE NÃO É FIXO, MENSALMENTE, MAS VARIÁVEL, DE ACORDO COM O *QUANTUM* DAS DESPESAS REALIZADAS PELO VEREADOR AO LONGO DO MÊS – LIMINAR DEFERIDA EM AÇÃO POPULAR ORDENANDO A SUSPENSÃO DO PAGAMENTO POR OFENSA AO ARTIGO 39, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NORMA CONSTITUCIONAL QUE SOFRE A EXCEÇÃO DO ART. 37, § 11, TAMBÉM DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LIMINAR SUSPENSA PARA PERMITIR A CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS ATÉ JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO POPULAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, CONTRA O PARECER.

O detentor de mandato eletivo recebe sua remuneração em forma de subsídio, o qual, segundo o que consta do art. 39, § 4º, da Constituição Federal, constitui-se de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Referida regra, todavia, é excepcionada pelo § 11 do art. 37 da própria Constituição Federal, que estabelece que "não serão computadas, para efeitos dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei", o que significa que a verba indenizatória pode ser paga para além do valor do subsídio.

Assim, o vereador, como de resto os parlamentares em geral e os membros de Poder, podem ser reembolsados por verbas que realiza no exercício do cargo, desde que a realização da despesa se caracterize como verba de conteúdo indenizatório e previstas expressamente no ato normativo que instituiu o direito ao reembolso, regulando a forma de reembolso e seu limite.

Tendo sido deferida liminar em ação popular, fundada no artigo 39, § 4º, da CF, mas sem levar em consideração o disposto no art. 37, § 11, da mesma Magna Carta, deve ser suspensa para permitir a continuidade do pagamento, fundado em tal preceptivo constitucional, até julgamento do mérito da ação.

Recurso conhecido e provido, contra o Parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 30 de setembro de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Câmara Municipal de Campo Grande interpõe agravo de instrumento, insurgindo-se contra a decisão de fls. 185/190, proferida pelo douto juiz da 1ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de Campo Grande/MS, Dr. Marcelo Ivo de Oliveira, que, na ação popular movida por Daniel Ribas da Cunha, concedeu liminar para suspender o pagamento da verba indenizatória prevista no Ato da Mesa Diretora 01/2013 em prol dos vereadores.

Defende sua legitimidade ativa para recorrer da decisão, eis que a suspensão das verbas de caráter indenizatório dos vereadores da Câmara Municipal constitui medida inibitória das funções institucionais do Poder Legislativo local.

Salienta que, em sede de liminar, o Judiciário não pode proferir um provimento que esgote, em parte, o objeto do próprio processo envolvendo o poder público, sem abertura do contraditório e ampla defesa.

Discorre sobre a necessidade de uma cognição complexa e exauriente; que, no caso, não há perigo premente, já que a verba questionada vem sendo paga desde o início da legislatura e a liminar, inclusive, foi deferida 1 (um) mês depois do ajuizamento, o que revelaria a falta de urgência.

Cita jurisprudência em prol da impossibilidade de concessão de liminar sem prévia oitiva do Poder Público.

Sustenta que há *periculum in mora inverso*, tendo em vista que o pagamento da verba indenizatória já vem sendo feito, inclusive com aprovação pelo Tribunal de Contas.

Afirma que a remuneração dos vereadores está de acordo com a CF, através de subsídio, o que não se confunde e nem inviabiliza o pagamento de verba indenizatória.

Esclarece dizendo que a verba indenizatória se destina a cobrir despesas que não são típicas das funções do agente público, decorrentes de atividades excedentes e que demandam gastos extras, paga mediante prestação de contas.

Adverte, nesse sentido, que o pagamento da verba indenizatória, *in casu*, busca suprir o desfalque com despesas relativas à manutenção de atividade parlamentares, como transporte, consultoria e divulgação da atividade parlamentar; que essas despesas realizada devem ser comprovadas pelo vereador (fiscalização orçamentária feita pela Câmara).

Esclarece que a tese acatada pelo juiz de primeira instância, de que o custeio deveria ser programado dentro do plano orçamentário da Câmara, seria inadequado face à dificuldade de mensuração antecipada

e engessaria o trabalho parlamentar por meio de uma programação; que não se pode estabelecer, de forma específica, quais seriam os gastos mensais de cada gabinete.

Pontua que é temerária a afirmação, sem prova, de que a verba indenizatória é utilizada para despesas pessoais dos vereadores, uma vez que os gastos são anexos às despesas da própria instituição.

Conclui que, ante a falta de plausibilidade dos argumentos da inicial, sobressai a existência de risco de dano inverso, pois a verba indenizatória parlamentar tem o escopo de recompor o que foi gasto em prol do mandato e não se confunde com o subsídio, que é a contraprestação da atividade laborativa parlamentar; que não há qualquer prova de abuso ou desvio de finalidade, o que deverá objeto de apuração no curso ação, mediante cognição plena (e não objeto de juízo sumário); que incide, na hipótese, a presunção de legalidade nos atos praticados pelo Poder Legislativo.

Diz que a concessão da liminar representa grave lesão à ordem pública, porque traz irreparáveis prejuízos à representação popular e pode inviabilizar o exercício das atividades legislativas, já que os vereadores ficarão privados de serem indenizados pelas despesas feitas em prol do mandato popular.

Frisa que o fato de a verba só ser paga mediante apresentação de comprovantes dos gastos efetuados, não existindo qualquer antecipação e tampouco acréscimo salarial, afasta qualquer argumento de locupletamento às custas do erário.

Neste recurso, continua, pretende manter a regular execução dos serviços e das atribuições do Poder Legislativo municipal, prejudicada pela decisão de primeiro grau.

Ademais, argumenta, o pagamento de verba indenizatória já foi questionado em diversos Estados e quanto à União, de forma que não é novidade, estando praticamente pacificada a sua regularidade, com a chancela dos Tribunais de Contas dos Estados e do Poder Judiciário.

Fala acerca do papel dos vereadores junto à população, o que pressupõe gastos com deslocamento até sua base eleitoral para atender as reivindicações.

Pelas alegações expostas e pelo princípio da precaução, pede que seja sustada a decisão de primeiro grau até o final julgamento do pleito, restabelecendo o pagamento da verba.

Elenca os pedidos da seguinte forma:

i) que, na forma do art. 527, III (primeira figura) do CPC, seja conferido efeito suspensivo ao recurso, determinando imediata suspensão da decisão *a quo,* retornando os efeitos do Ato da Mesa Diretora n.° 01/2013 da Câmara de Vereadores, até o trânsito em julgado da decisão definitiva na Ação Popular;

ii) após, seja conferido regular processamento ao recurso de agravo, ouvindo a parte contrária e solicitando informações, bem como colhendo manifestação do MP;

iii) ao final, seja dado provimento ao recurso, cassando em definitivo a decisão recorrida, até o trânsito em julgado de decisão final na ação popular

O recurso foi recebido às fls. 243/246 com concessão de efeito suspensivo ativo para fins de restabelecimento do pagamento da verba referente ao Ato da Mesa Diretora n.° 01/2013 da Câmara de Vereadores de Campo Grande/MS até final julgamento do presente recurso.

Informações prestadas à f. 250.

Contraminuta às fls. 253/280.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 344/352 opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 23.09.2015)

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

Câmara Municipal de Campo Grande interpõe agravo de instrumento, insurgindo-se contra a decisão de fls. 185/190, proferida pelo douto juiz da 1ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de Campo Grande, Dr. Marcelo Ivo de Oliveira, que, na ação popular movida por Daniel Ribas da Cunha, concedeu liminar para suspender o pagamento da verba indenizatória prevista no Ato da Mesa Diretora 01/2013 em prol dos vereadores.

I.

Quanto à alegação de prévio controle das contas da câmara pelo Tribunal de Contas do Estado.

Como órgão legislativo municipal, órgão público portanto, a Câmara Municipal também está sujeita ao controle de suas contas pelo Tribunal de Contas do Estado.

Todavia, o fato de que as contas foram aprovadas por aquele órgão não significa, necessariamente, que o Judiciário esteja impedido de examinar a constitucionalidade das despesas efetuadas. O Tribunal de Contas examina a legalidade das contas dos órgãos públicos, evidentemente não prescindindo do exame prévio, também, da constitucionalidade da lei autorizadora da despesa. Mas o exame que se faz, em casos tais, é mais formal do que propriamente constitucional, eis que se trata de órgão administrativo, opinativo da regularidade das contas, mas não exerce qualquer função judicante, aí, no que se refere ao exame material das mesmas contas, sob o prisma, reafirmo, da constitucionalidade.

Se o exame feito das contas, pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, mas administrativo, evidente também que a jurisdição estatal, uma vez provocada por uma das formas previstas em lei, não está impedido de apreciar não as despesas em si, mas se o ato administrativo que possibilitou sua realização, é constitucional, ou não, exame esse que não é feito naquele Tribunal, que examina as contas tão-somente e nem lhe é possível pronunciar eventual inconstitucionalidade, porque essa atividade é do Poder Judiciário, uma vez legitimamente provocado para tanto.

Logo, esse argumento da Câmara Municipal fica rejeitado, não havendo qualquer impedimento, inclusive à luz do livre exercício do direito de ação, para que o Judiciário examine o ato administrativo que instituiu as despesas combatidas nesta ação.

II.

Quanto à impossibilidade de concessão de liminar *inaudita altera pars*, em primeiro grau de jurisdição, tal como também aventado pela Câmara Municipal, afigura-se me sem razão de ser, eis que a vedação contida no artigo 1º da Lei 8.427/92 não se cristaliza na ação popular, até mesmo porque, como afirma Rodolfo Camargo Mancuso, em passagem transcrita pelo e. representante do *parquet* estadual (fls. 347), "nessa ação (popular) o autor não é adversário do Estado, mas seu substituto processual", sem qualquer impedimento, assim, para o deferimento de liminar no bojo dessa ação, presentes os requisitos legais. (Rodolfo de Camargo Mancuso, ação popular, 7ª. ed., São Paulo, Editora RT, 2011, p. 241). Nesse sentido, também, conforme mencionado pelo Procurador de Justiça que atuou no feito, acórdão do Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RMS 5.621-0, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 31.05.95, DJU de 07.08.95, p. 23.020).

Rejeito, assim, essa preliminar sustentada pela câmara agravante.

III.

Infere-se dos autos que a presente ação popular foi proposta pelo agravado para atacar ato da Mesa Diretora de Câmara Municipal de Campo Grande/MS nº. 01/2013, consistente no pagamento de verba indenizatória mensal aos parlamentares no valor de R$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos reais) para fins de ressarcimento de despesas pagas pelo vereador a título de locomoção, passagens, alimentação, combustível, consultoria, aquisição de material, aperfeiçoamento profissional, dentre outras.

Eis o excerto do ato impugnado (fls. 57/58):

> *"ATO DA MESA DIRETORA N° 01/2013"*
>
> *DISPÕE SOBRE AS INDENIZAÇÕES DESTINADAS AOS PARLAMENTARES E, DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.*
>
> *Art. 1º Este Ato regula as indenizações destinadas aos parlamentares, em razão do exercício do mandato e estabelece as normas referentes à prestação de contas.*
>
> *Art. 2º Fica mantida em R$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos reais) a verba indenizatória destinada, exclusivamente, a ressarcir despesas pagas pelo Vereador, relativas a:*
>
> *I - locomoção do Parlamentar, de assessores vinculados ao seu gabinete, compreendendo:*
>
> *- passagens, locação de meios de transporte e hospedagem - alimentação apenas do Parlamentar.*
>
> *II - aquisição de combustíveis, lubrificantes, bem como gastos de estacionamento e limpeza.*
>
> *III - contratação de consultoria, auditoria e apoio técnico para o exercício do mandato parlamentar, tais como pesquisas, serviços contábeis, trabalhos técnicos, pareceres, bem como outros serviços que guardem estrita relação com a atividade parlamentar.*
>
> *IV - divulgação da atividade parlamentar, exceto nos 90 (noventa) dias anteriores a data das eleições de âmbito municipal, não sendo admitidos gastos com propaganda eleitoral de qualquer espécie.*
>
> *V - aquisição de material de expediente, impressos e outros e outros materiais de consumo e locação de móveis e equipamento despesas de vereador com telefonia, excedentes àquelas custeadas pela Câmara Municipal de Campo Grande-MS.*
>
> *VI - aquisição de livros e assinaturas de jornais, revistas e serviços de provedores de Internet, aquisição ou locação de software, serviços postais, assinatura de publicações, tv a cabo ou similar, acesso a internet, inclusive a elaboração de site, sua manutenção e hospedagem e extração de cópias reprográficas, digitais e similares.*
>
> *VII - aperfeiçoamento profissional, em cursos ou eventos de natureza temporária, dos servidores lotados no Gabinete, desde que relativos a atividade inerente ao suporte do exercício do mandato Parlamentar.*

VIII - despesas com realização de seminários e outros eventos promovidos nas dependências da Câmara Municipal de Campo Grande MS, desde que guardem estrita relação com o exercício do mandato e observadas as normas que disciplinam seu uso.

Art. 3º A utilização da verba se dará mediante reembolso, inclusive em caso de despesas realizadas por meio eletrônico.

Art. 4º A solicitação de reembolso será efetuada mediante requerimento padrão, assinado pelo parlamentar, que, nesse ato, declarará assumir inteira responsabilidade pela liquidação da despesa, atestando que:

I - o material foi recebido ou o serviço prestado;

II - o objeto do gasto obedece aos limites estabelecidos na legislação;

III - a documentação apresentada é autêntica e legítima

§1º Os reembolsos relativos à verba a que se refere este Ato são de caráter indenizatório.

§2º Será objeto de ressarcimento a despesa comprovada por documento original, em primeira via, quitado e em nome do Vereador, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo.

§3º O documento a que se refere o parágrafo anterior deverá estar isento de rasuras, acréscimos, emendas ou entrelinhas, além de datado e discriminado por item de serviço prestado ou material fornecido, não se admitindo generalizações ou abreviaturas que impossibilitem a identificação da despesa, podendo ser:

I - nota fiscal hábil segundo a natureza da operação, emitida dentro da validade;

II - recibo devidamente assinado, contendo identificação e endereço completo do beneficiário do pagamento e discriminação da despesa.

III - bilhete de passagem

§4º Admite-se a comprovação da despesa por meio de cupom fiscal ou nota fiscal simplificada quitada, mesmo que o documento não contenha o campo próprio destinado ao nome do beneficiário do produto ou serviço.

§5º É vedado o reembolso de pagamento realizado a pessoa física, salvo nos casos de apresentação da nota fiscal.

§6º Não será objeto de ressarcimento a despesa efetuada com aquisição de material permanente, nem de gêneros alimentícios.

§7º Cada despesa efetivada, observada sua natureza, não poderá exceder, mensalmente, o limite de dispensa de licitação previsto no inciso II do artigo 24 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações.

§8º A Diretoria de Finanças, Orçamentária e de Contabilidade fiscalizará os gastos apenas no que diz respeito à regularidade fiscal e contábil da documentação comprobatória, cabendo exclusivamente ao Vereador responsabilizar-se pela compatibilidade do objeto do gasto com a legislação, fato que o parlamentar atestará expressamente mediante declaração escrita.

§9º O reembolso da despesa mencionado no parágrafo anterior não implica manifestação da Casa quanto à observância de normas eleitorais, nem quanto à tipicidade ou ilicitude.

§10 A apresentação da documentação comprobatória do gasto disciplinado por este Ato dar-se-á no prazo máximo de noventa dias após o fornecimento do produto ou serviço.

§11 Não se admitirá a utilização da verba para ressarcimento de despesas relativas a bens fornecidos ou serviços prestados por empresa ou entidade da qual o proprietário ou detentor de qualquer participação seja Vereador ou parente seu até o terceiro grau.

Art. 5º A despesa com telefonia a que se refere o inciso V, do art. 2º, compreende o reembolso de contas telefônicas de comprovada responsabilidade do Vereador e os gastos com as linhas de celulares.

§1º São passíveis de reembolso os gastos discriminados na conta telefônica correspondentes a serviços de telefonia e de apoio à comunicação em geral, incluindo aqueles relacionados ao acesso à internet, bem como locação e instalação de equipamentos destinados à comunicação de dados ou voz.

§2º A comprovação das despesas de telefonia, para fins de reembolso, dar-se-á por meio da conta telefônica original completa e detalhada, acompanhada da prova de quitação.

§3º Em caso de extravio da conta telefônica original, admite-se a apresentação da segunda via emitida pela operadora de telefonia, acompanhada por declaração de extravio firmada pelo Vereador e de prova de quitação da despesa.

§4º O reembolso de contas concernentes a telefone alugado ou cedido ao Vereador condiciona-se ao cadastramento prévio da linha junto à Secretaria-Geral de Administração e Finanças, mediante apresentação de cópia autenticada do contrato de locação, termo de cessão ou instrumento equivalente. Nessa hipótese, admite-se a apresentação, para reembolso, de contas em nome o titular da linha.

Art. 6º Os contratos de locação de bens móveis não poderão conter cláusulas que admitam a possibilidade de aquisição do bem mediante utilização da verba de que trata este Ato, bem como não poderá ser utilizada a modalidade de leasing.

Parágrafo único. A locação de automóvel, com ou sem o fornecimento do serviço de motorista, só poderá ser prestado por empresa especializada, observada a vigência máxima de três meses, permitida a prorrogação por um único período.

Art. 7º A verba do parlamentar que entra no exercício do mandato, ou dele se afasta, é calculada proporcionalmente ao período de efetivo exercício no mês, computando-se o dia de assunção ou reassunção e o de afastamento.

§1º Ocorrendo assunção ou reassunção ao mandato na mesma data em que se afasta o ocupante da vaga, tem preferência na percepção da parcela da verba relativa àquele dia o parlamentar que registra presença na forma do Regimento Interno. Se ambos os Vereadores ou nenhum deles registrarem presença, ou ainda, se houver sessão ordinária naquele dia, atribui-se a parcela da verba ao titular do mandato ou, quando se tratar de sucessão de suplentes, ao de maior ascendência na ordem de suplência.

§2º Ressalvados os casos em que haja convocação de suplentes, não sofrerá redução ou suspensão da verba o Vereador licenciado pelos motivos previstos no Regimento Interno.

Art. 8º O direito à utilização da verba se restringe ao período de efetivo exercício do mandato, incluindo o dia de assunção ou reassunção e o do afastamento.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se com o de efetivo exercício os períodos de licença mencionados no §2 do art. 7º, desde que não haja convocação de suplente.

Art. 9º O saldo da verba não utilizado acumula-se ao longo do exercício financeiro, vedada a acumulação de saldo de um exercício para o seguinte.

§1º A Cota somente poderá ser utilizada para despesas de competência do respectivo exercício financeiro.

§2º A importância que exceder, no exercício financeiro, o saldo da verba disponível será deduzida automaticamente e integralmente da remuneração do parlamentar.

Art. 10 A verba não poderá ser antecipada, transferida de um beneficiário para outro, ou associada, ainda que parcialmente, a outros benefícios, verbas ou cotas.

Art. 11 Não serão permitidos gastos de caráter eleitoral.

Art. 12 A utilização da verba indenizatória será publicada no Portal Transparência da Câmara Municipal de Campo Grande MS na Internet.

Art. 13 Este ato em vigor na data de sua publicação produzindo seus efeitos a partir de 1º de março de 2012.

Sala das Sessões, 08 de janeiro de 2013.

Mario Cesar

Presidente

Delei Pinheiro

1º Secretário".

O d. juiz de primeiro grau, por entender que o pagamento da referida verba fere preceitos constitucionais (CF, artigo 39 § 4º) e que a *"Câmara desnaturou situações tipicamente remuneratórias como se indenizatórias fossem",* além do prejuízo causado aos cofres públicos, deferiu a liminar suspendendo o pagamento da verba indenizatória prevista no Ato da Mesa Diretora nº. 01/2013 da Câmara do Vereadores de Campo Grande/MS.

O douto juízo, ao conceder a liminar na ação popular, assim fundamentou:

" Não obstante a parte demandante defenda uma tese jurídica sujeita a debate, a questão já foi objeto de análise pela jurisprudência e doutrina, cujas conclusões referendam a versão apresentada na inicial.

Com efeito, tais posicionamentos sustentam que em face da habitualidade, anterioridade e uniformidade, o recebimento dessas verbas afronta o princípio do subsídio em parcela única, prevista no art.39, § 4º da Constituição Federal.

Ilustrativamente transcreve-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles, ao comentar a remuneração dos vereadores: "o subsídio será fixado em parcela única, por lei específica, de iniciativa do Legislativo, assegurada revisão anual, com imposição de

índices indistintos de recuperação inflacionária, sempre na mesma data (art. 37, X, da CF), e vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, e sujeita aos impostos gerais, inclusive o de renda, e aos extraordinários, tal como qualquer outro contribuinte, com observância do que estabelecem os dispositivos constitucionais expressamente referidos no inciso VI do art. 29 da CF. (in Direito Municipal Brasileiro. 16ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 208. Pág. 639/640).

No mesmo sentido, destaque para as lições de Alexandre De Moraes (in Constituição do Brasil Interpretada, Ed. Atlas, 2ª ed., 203, pág. 936/937):

"O subsídio constitui, obrigatoriamente, parcela única, como afirmado pelo art. 39, § 4º, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a EC n.º 19/98, ao afirmar que o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. Veda-se, portanto, qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Segundo, porque, na visão desses precedentes judiciais, o pagamento dessa verba seria impróprio, pois compete ao vereador produzir leis e fiscalizar o executivo, e não lhe cabe autorizar despesa orçamentária, com exceção do chefe do legislativo municipal.

No viés desse entendimento, é incabível a transformação do gabinete em unidade orçamentária autônoma, bem como conferir ao vereador a competência própria de agente ordenador.

Veja o que diz HELY LOPES MEIRELLES: " A administração financeira, a contabilidade e a elaboração e execução do orçamento da Câmara, que irá integrar o do Município, são de responsabilidade do presidente (in Direito Municipal Brasileiro, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 206, p. 641) (grifei).

Ora, no caso concreto, as despesas ordinárias previstas na legislação municipal, com gasolina, material de expediente, contratação de assessoria, cópias reprográficas, telefone, entre outras, são despesas de natureza corrente, destinadas ao custeio geral da atividade pública e, como tal, devem ser programadas dentro do plano orçamentário da Câmara como um todo.

Por tais razões, se afigura presente a plausibilidade do direito invocado, confirmando a possibilidade de concessão da medida de urgência ora pleiteada.

Outrossim, presente também se faz o periculum in mora, na medida em que, caso não concedida a tutela antecipatória, os pagamentos decorrentes da combatida lei municipal continuarão a se implementar mês a mês, refletindo-se em prejuízos para o erário público.

Posto isso, e por estarem presentes os requisitos da espécie, concedo o pedido de tutela antecipada requerido, determinando que, por ora, seja suspenso o pagamento da verba prevista na Lei Municipal n. 3.96/2013 em prol dos vereadores deste município.

Para o caso de ocorrer o descumprimento da decisão, fixo multa diária no valor de R$ 50,0 (quinhentos reais), a ser suportada individualmente por qualquer litisconsorte que inobservá-la.

> *Com brevidade, citem-se-lhe e intimem-se-lhes, observadas as cautelas de estilo, sobretudo quanto ao prazo para defesa que na espécie é de 20(vinte) dias (art. 7º, IV da Lei 4.717/1965). Expeça-se mandado.*
>
> *Apresentada as respostas, e existindo arguição de preliminar ou documentos vindos com ela, intime-se a parte contrária para manifestação (CPC, art. 327 c/c 398).*
>
> *Oportunamente, intimem-se as partes para que especifiquem se pretendem a produção de outras provas, além da constantes nos autos, declinando a necessidade de sua realização, sob pena de indeferimento."*

Segundo o Ministério Público a verba fixada no ato normativo atacado na ação popular não ostenta caráter indenizatório, apontando o douto Procurador os seguintes fundamentos:

> *"(...) Por certo, as verbas de caráter indenizatório não representam efetivamente uma remuneração, sendo pagas de forma esporádica, isto é, apenas quando caracterizadas determinadas hipóteses excepcionais e transitórias que as justifiquem."*
>
> *"(...) Com efeito, em simples leitura ao texto do Ato nº 01/2013 da Câmara Municipal de Campo Grande, depreende-se que os vereadores instituíram verbas de caráter indenizatório com o escopo de compor suas remunerações, haja vista que as aludidas verbas serão percebidas em situações típicas corriqueiras da função legislativa, não para cobrir despesas extraordinárias, tal como visado pela mens legis. Assim se conclui porque os gastos que dão azo à indenização se tratam de despesas pessoais que deveriam ser arcadas individualmente por cada parlamentar pela contraprestação já percebida através do subsídio ou de implementos que deveriam ser disponibilizados pelo órgão público para a devida prestação do serviço que lhe é afeto por meio da verba repassada pelo Município de Campo Grande."*

Ora, todos sabemos que em sendo a remuneração paga através de *subsídio*, tal se dá mediante *parcela única*, vedado outros acréscimos, tal como dispõe o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece:

> *Art. 39.*
>
> *§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Todavia, para além do subsídio a Constituição Federal também autoriza o recebimento de verbas de caráter indenizatório, as quais, junto com o pagamento do subsídio, não estão limitadas ao teto constitucional. O que se veda é a cumulação de duas verbas de natureza salarial. Não, contudo, de uma verba de natureza salarial (que é o subsídio) e outra de natureza diferente, como a indenizatória. Tal é a redação do artigo 37, § 11, da CF, que estabelece que *"não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei"*.

Celso Antônio Bandeira de Mello[1] esclarece que o subsídio é "*forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição, que lhes concerne, se efetua por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas ou insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie"*. Todavia, explica o eminente administrativista, *"na vedação estabelecida só não se incluem s verbas*

1 **Curso de Direito Administrativo**, Editora Malheiros, São Paulo, 30. ed., 2013,p. 277.

indenizatórias, qual, por exemplo, o pagamento de ajudas de custo, para acobertar despesas de mudança do servidor designado para servir em local fora da sede".

Nesse sentido, também, o ensinamento de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

> *"Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar."*

A verba de natureza indenizatória, assim, *pode ser paga* ao agente público que percebe sua remuneração através do subsídio e não representa remuneração ao agente de poder ou mesmo ao servidor público que receba através dessa forma, nos termos do Í 11 do art. 37 da própria Constituição Federal.

Resta aferir, assim, a natureza dos ressarcimentos previstos no Ato da Mesa Diretora 001/2013, da Câmara Municipal de Campo Grande.

A despeito do parecer do Ministério Público, a que este Tribunal não se vincula, é de se ver que o vereador não recebe necessariamente, todo mês, um valor fixo de R$ 8.400,00. Na realidade o vereador primeiramente realiza a despesa e, em seguida, pleiteia o reembolso do valor respectivo, fazendo comprovação do gasto, nas modalidades previstas no ato normativo atacado, que pode nem atingir o *teto* de R$ 8.400,00, e até mesmo ultrapassá-lo, sem direito a reembolso ao que resultar do excesso. Tanto que a norma prevê que, ao final do ano, se o valor não foi comprovadamente gasto em uma das formas previstas no ato legislativo, extingue-se com o término do exercício financeiro. Esse quantitativo, portanto, não é piso, mas sim teto do que pode ser gasto durante o mês por cada vereador, em atos que são essenciais para o desempenho de seu mandato.

Com efeito, ao analisar os tipos de gastos autorizados, ao menos em sede de liminar, é de se ver que muitas das despesas previstas têm conteúdo indenizatório, porque são aleatórias e nem sempre de ocorrência mensal e sucessiva, como é o caso, por exemplo, do reembolso de passagens aéreas, locação de meios de transportes, hospedagem e alimentação do parlamentar, que são verbas tipicamente indenizatórias. O vereador as realiza primeiramente, e pleiteia o reembolso do valor respectivo, no limite previsto de R$ 8.400,00 mensais.

De igual forma são os gastos relativo ao reembolso de combustíveis, lubrificantes, estacionamento (inc. II do art. 2º) contratação de consultoria, auditoria e apoio técnico para o exercício do mandato parlamentar, tais como pesquisas, serviços contábeis, trabalhos técnicos, pareceres, bem como outros serviços que guardem estrita relação com a atividade parlamentar (inc. III), que são realizados também de forma esporádica e em auxílio – muitas vezes essenciais – para o bom desempenho do mandato eletivo.

Dúvida pode existir com relação aos incisos IV, V, primeira parte e VI do mesmo ato legislativo (*IV - divulgação da atividade parlamentar, exceto nos 90 (noventa) dias anteriores a data das eleições de âmbito municipal, não sendo admitidos gastos com propaganda eleitoral de qualquer espécie.; (V - aquisição de material de expediente, impressos e outros e outros materiais de consumo e locação de móveis e equipamento , despesas de vereador com telefonia, excedentes àquelas custeadas pela Câmara Municipal de Campo Grande-MS.; (VI aquisição de livros e assinaturas de jornais, revistas e serviços de provedores de Internet, aquisição ou locação de software, serviços postais, assinatura de publicações, TV a cabo ou similar, acesso a internet, inclusive a elaboração de site, sua manutenção e hospedagem e extração de cópias reprográficas, digitais e similares).*

Mas a previsão da realização de tais despesas, por si sós, não indica ilicitude da previsão de reembolso das demais ali previstas, inclusive a dos incisos VII (*aperfeiçoamento profissional, em cursos ou eventos de natureza temporária, dos servidores lotados no Gabinete, desde que relativos a atividade inerente ao suporte do exercício do mandato Parlamentar)* e VIII (*despesas com realização de seminários e outros eventos promovidos nas dependências da Câmara Municipal de Campo Grande MS, desde que guardem estrita relação com o exercício do mandato e observadas as normas que disciplinam seu uso.),* que também podem ocorrer apenas esporadicamente e são despesas havidas com o objetivo de melhoria dos conhecimentos necessários ao desempenho de um mandato eletivo de boa qualidade, fato esperado pelo cidadão em relação ao seu parlamentar.

Assim, o fato de que – teoricamente – nem todas as despesas previstas no referido ato podem ser consideradas como de conteúdo indenizatório, pode implicar na suspensão da verba, as quais poderão ser, ao final, se for o caso, decotadas pelo douto juízo de primeiro grau. De mais a mais, com ou sem os gastos previstos nos incisos IV, V e VI, referidos, o fato é que a norma estabeleceu um *teto* para as despesas, que podem abranger, ou não, os itens ali mencionados, mas não necessariamente apenas com eles.

Logo, revela-se açodado dizer que o ato legislativo está acometido de inconstitucionalidade, porque a verba de conteúdo indenizatório pode ser paga para além do subsídio, e pode superar, inclusive, o teto pago aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, eles próprios recebendo – como os demais magistrados do país, por exemplo e a título de reforço de argumento – verbas, também, de conteúdo indenizatório, como é o caso do pagamento que se faz do auxílio-moradia, sabidamente referendado tanto pelo CNJ quanto pelo STF.

No exercício da atividade parlamentar o vereador (e de resto as outras espécies de parlamentares também, como os deputados estaduais, federais e senadores) tem necessidade de realizar despesas que se colocam para além do valor pago a título de seu subsídio. Os próprios deputados federais, assim como os senadores, por exemplo, recebem mensalmente passagens aéreas para ida e volta aos seus Estados de origem. Recebem, também, verba para custeio de envio de correspondências aos seus eleitores. Muitos Tribunais, notadamente os federais, servem os seus magistrados de veículos oficiais, com motoristas e fornecimento de combustível, bem assim como arcam com os custos de manutenção. E essa prática não é reputada inconstitucional. Tem o respaldo do STF e do CNJ.

Aqui o vereador não tem à sua disposição veículo oficial, tampouco motorista pago pela Câmara, mas se lhe ofereceu a substituição mediante reembolso dos gastos com combustível e de manutenção do veículo por ele usado para se locomover, ainda que próprio. Apenas a título de comparação: se um empregado comum tem direito ao vale transporte, que é pago pelo empregado, o fato de ele ter veículo próprio não dispensa o empregador do pagamento do valor mensal respectivo. Ele será utilizado para gastos de combustível do empregado.

Apenas a título de exemplo, ainda, basta ver que na Câmara Federal, ainda no ano de 2009, o Deputado Federal recebia verba de R$ 15.000,00 mensais, *a qual pode ser usada pelos deputados em despesas de aluguel, manutenção de escritório, alimentação, serviços de consultoria e pesquisa, contratação de segurança, assinatura de publicações, TV a cabo, internet, transporte e hospedagem do parlamentar e de seus assessores, entre outras. O saldo não utilizado fica acumulado para o mês seguinte, dentro do limite de um semestre. Ou seja, a cada seis meses a conta é zerada. Pelo critério atual, o deputado só recebe de volta o dinheiro efetivamente gasto, comprovado por meio de notas fiscais."*[2]

É o mesmo sistema existente no ato normativo da Câmara municipal, aqui atacado. Se o ressarcimento se referem a despesas relacionadas ao exercício do mandato, não podem ser decotadas, por estar dotada de natureza indenizatória.

2 http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/131683.html, consultado na data de 22 de Setembro de 2015.

No caso concreto, o vereador não tem veículo oficial, mas a Câmara, dentro de sua dotação orçamentária, lhe proporcionou o reembolso do combustível e gastos com manutenção do veículo, o que se insere dentro do conceito de verba indenizatória, mesmo porque em um mês os gastos sob essa rubrica não são necessariamente idênticos ao do mês seguinte, o mesmo ocorrendo com a maioria dos demais incisos do art. 2º do Ato Legislativo Municipal 001/2003.

Não há, ao menos em relação aos incisos I, II,III, IV, VII e VIII, qualquer abuso que indicasse que o gasto não se referiria a uma verba de conteúdo indenizatório, passível de reembolso. A meu modo de ver todas as ali elencadas têm tal característica e, assim, passíveis de serem reembolsadas mensalmente, mediante apresentação dos respectivos comprovantes, por uma das formas previstas no ato administrativo atacado na ação popular.

Quanto às demais, caberá ao douto juízo definir se efetivamente são dotadas dessa característica, podendo até ocorrer a determinação de proibição de reembolso dos valores correspondentes, o que somente poderá fazer, contudo, depois de assegurado o contraditório.

Outro fato relevante, mas que não foi ainda objeto de decisão em primeiro grau, tampouco veiculado no recurso, mas que deverá ser necessariamente examinado, é se o reembolso das verbas de conteúdo indenizatória podem ser autorizadas por mero ato da mesa diretora, parecendo-me que deva ser objeto de lei, porque assim a Constituição Federal estabeleceu em art. 37, § 11, tratando especificamente ali, de lei, e não de qualquer outra espécie de ato normativo. Resta saber se esse ato da câmara encontra respaldo em lei do município que autoriza essa prática, mas se trata de discussão que ainda deverá ser estabelecida em primeiro grau de jurisdição, não podendo este relator decidir contra a câmara, que foi quem recorreu, fundado em argumento não contido na r. decisão agravada, o que colheria de surpresa o recorrente e se constituiria em verdadeira r*eformatio in pejus*, vedada pelo ordenamento processual.

III.

Em face do exposto, contra o Parecer, conheço do recurso e lhe dou provimento para tornar insubsistente a r. decisão recorrida, ratificando a liminar deferida *initio litis*, até julgamento do mérito da ação em curso em primeiro grau de jurisdição.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator ter dado provimento ao recurso, contra o parecer. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 30.09.2015)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (1° Vogal)

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela Câmara Municipal de Campo Grande, pleiteando a reforma da decisão que concedeu a antecipação da tutela e suspendeu o pagamento da verba referente ao Ato da Mesa Diretora nº 01/2013 da câmara de vereadores de Campo Grande.

O relator deu provimento ao recurso interposto para reformar a decisão e restabelecer o pagamento da verba, pois entendeu que trata-se de verba de caráter indenizatório, e que, a exemplo de outras verbas concedidas como é o caso do pagamento que se faz do auxílio-moradia, não é prática reputada inconstitucional e tem respaldo do STF e do CNJ.

Entretanto, deverá ser levado em consideração o fato de que tais verbas mencionadas são todas concedidas por lei, diferente do que ocorreu *in casu,* onde o pagamento foi autorizada por mero ato da mesa Diretora da Câmara, em flagrante desobediência ao que prevê o art. 37, § 11, da CF/88, que estabelece que deva ser, especificamente, como bem consignado pelo ilustre relator em seu voto *"objeto de lei e não de qualquer outra espécie de ato normativo."*

Além disso, existe a alegação do Ministério Público de que os vereadores estão a receber vantagem pecuniária em duplicidade, pois, mesmo auferindo subsídio para o custeio de despesas pessoais ordinárias, ainda recebem o valor da verba indenizatória para custeá-las.

Portanto, havendo dúvida quanto a constitucionalidade do ato que instituiu o pagamento de referida verba, amparado no princípio da razoabilidade e proporcionalidade e, principalmente da necessidade de proteção ao patrimônio público, entendo ser sensato a manutenção da decisão atacada, uma vez que o pagamento de tais verbas pode acarretar ao erário dano de difícil reparação.

Ademais, não há que se falar em *reformatio in pejus* porque isso não estaria agravando a situação dos recorrentes, somente estaria sendo mantida a suspensão do pagamento por fundamento diverso.

Pelo exposto, peço vênia ao e. relator para divergir do seu voto e negar provimento ao agravo interposto, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa (2° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

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, 30 de setembro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0802387-74.2012.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EXAME DE GRAVIDEZ – FALSO NEGATIVO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ARTIGO 14, DO CDC C/C ARTIGO 186, DO CC – SUPOSTO ERRO DE DIAGNÓSTICO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Presente uma relação de consumo, aplica-se a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que dispensa a comprovação de dolo ou culpa do prestador ou fornecedor de bens e serviços, mas subsiste a necessidade de demonstração dos demais requisitos do artigo 186, do Código Civil.

O diagnóstico negativo de gestação não pode ser considerado uma falha imputada ao laboratório, porque os resultados obtidos em exames sanguíneos são influenciados pelas variações biológicas atribuíveis a outros fatores, principalmente o momento da gestação e o uso de determinados medicamentos.

Para a existência do dano moral é necessário que a dor, vexame, sofrimento ou humilhação sobressaia da normalidade e atinja intensamente o psicológico da pessoa, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

O falso negativo para gravidez, sem que tenha havido a efetiva exposição do feto a perigo, não ofende os direitos da personalidade, constituindo mero dissabor, incapaz de gerar o dever de indenizar, previsto nos artigos 14, do CDC e no artigo 186, do CC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de julho de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Merielle de Oliveira Manoel, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da ação de indenização que move em face de Laboratório de Análises Clínicas Analisa, interpõe apelação cível, pretendendo a reforma do *decisum* que julgou improcedente o pedido inaugural.

Nas razões recursais (f. 90-105), a apelante afirma que ficou suficientemente comprovado o abalo moral causado pelo erro no resultado de exame de sangue para confirmação de gravidez.

Enfatiza ser objetiva a responsabilidade do recorrido por ter atestado um resultado de exame de gravidez negativo, quando, na verdade, era positivo.

Destaca que o erro no resultado do exame ficou confirmado porque foi realizada outra análise, em outro laboratório, o qual apresentou resultado positivo.

Assevera que o recorrido não observou a exigência de cuidado em relação ao exame laboratorial, porque, havendo um indicativo indefinido, deveria orientar a apelante para que retornasse no prazo de 03 (três) dias para repetir o exame.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, reformando a sentença recorrida e julgando procedente a pretensão indenizatória.

Em contrarrazões (f. 109-112), o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Merielle de Oliveira Manoel, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da Ação de Indenização que move em face de Laboratório de Análises Clínicas Analisa, interpõe apelação cível, pretendendo a reforma do *decisum* que julgou improcedente o pedido inaugural.

Infere-se dos autos que a autora, ora apelante, ajuizou ação de indenização por danos morais, afirmando que, em 30.01.2012, realizou um exame de sangue para confirmar uma suspeita de gravidez. Referida análise, feita pelo Laboratório apelado, apontou resultado negativo. Ao ser informado do resultado do exame, o médico da apelante pediu a realização de outra análise, o que foi feito em 16.02.2012 no PSF São Vicente, sendo, então, obtido o resultado positivo.

Alegando ter sofrido abalo moral em razão do erro no resultado do exame de gravidez, porque fora exposta ao perigo extremo, já que poderia ter ingerido remédio proibido para gestantes ou fazer esforço desnecessário, foi proposta esta demanda pretendendo a condenação do laboratório ao pagamento de indenização (f. 01-05).

Na contestação (f. 32-36), o Laboratório de Análises Clínicas Analisa defendeu-se afirmando que *"considerando as variações biológicas que podem desencadear modificações no resultado do teste, não se pode imputar que a não indicação da gravidez tenha ocorrido por falha do réu"*.

Sobreveio, então, a sentença de improcedência (f. 81-87), entendendo o julgador *a quo* que *"o diagnóstico negativo de gestação não pode ser imputado como falha do laboratório requerido, mas sim a uma variação da dosagem de HCG no sangue da paciente, atribuível a outros fatores, como o momento da gestação e a produção de hormônios pelo corpo (hormônio HCG)"*.

Portanto, no apelo manejado pela autora, o cerne da questão posta em discussão limita-se em saber se restaram evidenciados os requisitos que dão ensejo ao dever de indenizar.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) estabelece, em seu artigo 3º, o conceito de fornecedor, dispondo expressamente que *"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"*.

Decompondo a regra supramencionada, *"fornecedor é toda pessoa jurídica pública nacional, que desenvolve prestação de serviços"*.

De tal acepção, percebe-se a necessária incidência do código consumerista às relações jurídicas materiais existentes entre o prestador de um serviço e seus clientes, razão pela qual as normas protetivas previstas neste mencionado microssistema devem ser aplicadas ao caso em análise.

Consequentemente, deve incidir a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:*
>
> *I – o modo de seu fornecimento;*
>
> *II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III – a época em que foi fornecido"*.

Não obstante o Código de Defesa do Consumidor ter previsto a responsabilidade objetiva do fornecedor de bens ou do prestador de serviço, mostrando-se desnecessária a comprovação de dolo ou culpa, o dever de indenizar ainda está condicionado à demonstração dos requisitos contidos no artigo 186, do Código Civil (fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente) que assim 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"*.

Analisando as argumentações da recorrente, infere-se ser o caso de manter a sentença que julgou improcedente a pretensão indenizatória.

Sobreleva observar que os tribunais pátrios vêm se posicionando no sentido de que o diagnóstico negativo de gestação não constitui uma falha do laboratório, porquanto o equívoco deve ser atribuído a variação da dosagem de HCG no sangue da paciente. A propósito, confira-se julgados:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - EXAME DE GRAVIDEZ - RESULTADO FALSO NEGATIVO - MOTIVAÇÃO PARA PEDIDO DE DEMISSÃO - INADMISSÃO NOUTRO EMPREGO - RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA - ART. 333, I, DO CPC - DANO MORAL NÃO COMPROVADO - PEDIDO IMPROCEDENTE.*
>
> *- É objetiva a responsabilidade civil do laboratório de análises clínicas, de acordo com o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.*

- O exame laboratorial não pode ser considerado prova absoluta da existência ou não de gravidez, sendo necessária a realização de outros exames para a confirmação do diagnóstico.

- Se não houver prova do dano e do nexo de causalidade entre ele e a conduta supostamente ofensiva, não há dever de indenizar. recurso não provido" (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.085475-1/001, Relator(a): Des.(a) Gutemberg da Mota e Silva , 10ª Câmara Cível, julgamento em 21/05/2013, publicação da súmula em 03/06/2013).

"RESPONSABILIDADE CIVIL Ação de indenização por danos morais Resultado de exame Beta HCG falso positivo para gravidez Julgamento antecipado Desnecessidade de produção de outras provas - Preliminar de cerceamento de direito afastada Resultado de teste de gravidez que não é absoluto Inexistência de defeito na prestação do serviço laboratorial Ato ilícito inexistente Dano moral não caracterizado Ação improcedente Sentença mantida - Recurso desprovido" (TJ-SP - APL: 00026765320118260189 SP 0002676-53.2011.8.26.0189, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 20/08/2013, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/08/2013) (destacado).

*"RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REALIZAÇÃO DE EXAME LABORATORIAL "BETA HCG QUALITATIVO" PARA IDENTIFICAÇÃO DE GRAVIDEZ. RESULTADO DOS EXAMES NÃO CONCLUSIVOS E PASSÍVEIS DE ERRO. APRESENTAÇÃO DE RESULTADO FALSO-POSITIVO. AUSÊNCIA DE MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR PARTE DO DEMANDADO. ALERTA PARA QUE O EXAME SEJA INTERPRETADO POR PROFISSIONAL PARA CONFIRMAÇÃO E CORRETA COMPREENSÃO DESTE, NOTADAMENTE NO CASO CONCRETO, EM QUE A PARTE AUTORA NÃO POSSUI NENHUM CONHECIMENTO ESPECÍFICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Pretende a parte autora indenização por danos morais e materiais, em face de o exame realizado ter apontado falsamente o estado de gravidez. Aduz que em agosto de 03.03.2011 realizou exames, dos quais resultou falso positivo para gravidez. Refere que adquiriu fraldas, bicos de mamadeira, berços e demais produtos para o bebê. Contudo, ao realizar o exame de ultrassonografia, resultou negativo. Aduz que essa situação lhe provocou forte angústia e abalo emocional, de sorte que configurada a lesão extrapatrimonial, bem como danos materiais. Ocorre que, no caso concreto, esse equívoco não tem o condão de justificar a indenização por danos materiais e morais pleiteada. Como é possível verificar à fl. 21, no exame consta, junto à informação a seguir: "Este exame só deve ser interpretado pelo seu médico, pois pode apresentar resultado falso-positivo ou falso-negativo. Em caso de dúvida, sugere-se nova avaliação". **É notório que os resultados de exames podem sofrer influências de incontáveis fatores internos ou externos, como uso de medicamentos dos próprios pacientes ou contaminação das amostras. Por esse motivo, condiciona-se, como sabido, a confirmação do diagnóstico à realização de novo procedimento ou da interpretação de um profissional da área. Logo, não há falar em falha no dever de informação pelo demandado, ou qualquer outra conduta displicente capaz de autorizar a indenização pretendida**. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei n. 9.0999/95. Recurso desprovido"* (TJRS; Recurso Cível Nº 71003794849, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 08/05/2013) (destacado).

Nota-se, portanto, que o resultado do exame a que se submeteu a apelante era apenas indicativo, sugestivo da inexistência de gravidez, mas, se haviam outros sintomas, para o diagnóstico preciso, era indispensável a realização de outros procedimentos complementares, sobretudo uma consulta a um médico ginecologista.

Tanto é que após receber o resultado negativo (30.01.2012 – f. 19), em 16.02.2012, a apelante realizou nova coleta de sangue, quando, então, foi apontado o resultado positivo para gravidez (f. 20).

Neste particular, deve-se observar, como bem o fez o magistrado de primeira instância, que *"considerando que as variações biológicas que podem desencadear modificações no resultado do testes, não se pode imputar que a não indicação da gravidez tenha ocorrido de forma única e exclusiva por falha pelo laboratório requerido"* (f. 84).

Diante disso, não comprovada a prática de qualquer ato ilícito pelo laboratório apelado, inexiste o alegado direito à reparação do dano moral.

Aliás, nem mesmo o efetivo dano moral restou evidenciado. Isto porque, a requerente afirma ter sido exposta a estado de perigo, uma vez que, desconhecendo seu estado gravídico, poderia ter ingerido medicamentos proibidos ou praticado esforços desnecessários, colocando a vida do feto em risco.

Note-se que o dano afirmado pela apelante está relacionado à situações hipotéticas, não havendo prova, e sequer afirmação, de que a autora tenha efetivamente ingerido medicamentos proibidos para gestantes ou que tenha, de fato, praticado esforço físico incompatível com seu estado gestacional.

Por essa razão, pode-se dizer que a recorrente sofreu um mero aborrecimento, que não autoriza imputar à requerida o dever de indenizar.

Vale salientar que os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, etc, situação não verificada no caso em espécie.

Neste sentido, leciona Arnaldo Rizzardo:

> *"O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, 'os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito', que 'devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc"* (*in* Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246).

Inclusive, em casos análogos, os Tribunais vêm assim se posicionando:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESULTADO FALSO-NEGATIVO DE EXAME DE GRAVIDEZ - DANO MORAL - NÃO COMPROVADO - MERO DISSABOR - SENTENÇA MANTIDA.*
>
> *1.NÃO PODE SER CONSIDERADO DEFEITUOSO O EXAME LABORATORIAL POR RESULTADO FALSO-NEGATIVO DE GRAVIDEZ, UMA VEZ COMPROVADO TRATAR-SE DE EXAME CUJA FALIBILIDADE É PROVÁVEL, DE MODO A PRODUZIR RESULTADO NÃO CONCLUSIVO.*
>
> *2.CONQUANTO NÃO OBSERVADO O DEVER DE ADVERTÊNCIA DIRIGIDA AO CONSUMIDOR QUANTO AO ASPECTO NÃO CONCLUSIVO DO EXAME,* ***UM RESULTADO FALSO-NEGATIVO DE GRAVIDEZ NÃO SE REVESTE DE TAMANHA GRAVIDADE A PONTO DE GERAR PRESUNÇÃO DE DANO MORAL INDENIZÁVEL.***

> *3.**A PROVA DO DANO É IMPRESCINDÍVEL PARA QUE SEJA ACIONADO O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. O FATO DE TRATAR-SE DE RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO IMPORTA TRATAMENTO ESPECIAL AO DANO MORAL, CUJA CONFIGURAÇÃO EM QUALQUER RELAÇÃO EXIGE OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAM DANO MORAL MERAS CONTRARIEDADES OU DISSABORES DO COTIDIANO**.*
>
> *4.Recurso não provido"* (TJDF - APL: 65475620068070008 DF 0006547-56.2006.807.0008, Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, Data de Julgamento: 10/03/2010, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 18/03/2010, DJ-e Pág. 103) (destacado).
>
> *"APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXAME LABORATORIAL. RESULTADO FALSO POSITIVO DE GRAVIDEZ. DANO MORAL NÃO COMPROVADO.*
>
> ***- Não é qualquer situação desagradável ou incômoda que enseja desgaste emocional e frustração à parte, tal como o caso dos autos, que abaliza o pedido de indenização por danos morais. Para tanto, é mister que o dano afete o direito da personalidade do indivíduo, não equiparável a mero dissabor da vida comum.***
>
> *- O exame laboratorial não pode ser considerado prova exclusiva da gravidez, vez que suscetível aos chamados falsos positivos ou falsos negativos, sendo indispensável a realização de outros tipos de testes para a confirmação do estado gravídico"* (TJ-MG, Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 06/06/2013, Câmaras Cíveis / 13ª Câmara Cível) (destacado).

Desse modo, os alegados transtornos pelo qual afirma ter passado a apelante, tratam-se de meros dissabores, incapazes de gerar o dever de indenizar, previsto no artigo 14, do CDC e no artigo 186, do CC, não estando presente nenhuma das hipóteses causadoras de abalo moral ou psicológico.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto por Marielle de Oliveira Manoel e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença apelada.

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. 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, 28 de julho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0809366-97.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ANÚNCIO ERÓTICO VINCULADO INDEVIDAMENTE A CELULAR DE TERCEIRA PESSOA – DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO – DANO MORAL *IN RE IPSA* – CONFIGURADO – *QUANTUM* MANTIDO – JUROS DE MORA – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA Nº 54 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Tratando-se de publicação de anúncio de qualidade moral duvidosa (com finalidade erótica), o fornecedor dever redobrar sua atenção para que não ocorram prejuízos a terceiros, circunstância não verificada na espécie.

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 Súmula nº 54 do STJ: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

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, 8 de setembro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Correio do Estado S.A. interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por W. C. L. que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de condenar o requerido ao pagamento da quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por dano moral, cujo valor deverá ser corrigido pelo INPC a partir da fixação, com juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso (11/06/2012).

Alega que não estão presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, pois os fatos ventilados na inicial além de não terem sido comprovados, não tem energia jurídica para acarretar ofensa ao patrimônio moral do autor.

Afirma que os dados inseridos na seção "relax e cia" do Jornal Correio do Estado são fornecidos pelos anunciantes, pessoas físicas ou jurídicas, sendo que a descrição do anúncio e a informação do telefone do autor foram apresentados pela pessoa interessada na publicação.

Explana que lançou os dados em seu jornal com a mais pura boa-fé, não agindo a empresa apelante com interesse de lesar o apelado, mas simplesmente publicado dados fornecidos por terceira pessoa. Assim, sustenta a existência de caso fortuito, vez que também foi vítima do erro perpetrado pelo anunciante em suas páginas.

Defende a ausência de dano moral, pois além de não existir possibilidade associação entre o anúncio do jornal e a identidade física do apelado, ante a diferença de gênero, assim que foi constatado o equívoco, o número telefônico do apelado foi imediatamente retirado da publicação.

Argumenta que o fato do apelado ter recebido algumas ligações não é suficiente para causar abalo de ordem psicológica e justificar a indenização concedida.

Explana acerca do caráter pedagógico do dano moral, e sobre a necessidade de observância da proporcionalidade e razoabilidade na fixação dos valores, sob pena de constituir enriquecimento sem causa do ofendido. Ao final, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Sustenta que o termo *a quo* dos juros moratórios deve ser a decisão judicial que fixou a indenização, pois somente nesse momento é que a obrigação tornou-se líquida e certa.

Requer o provimento do recurso.

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

VOTO

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

Correio do Estado S.A. interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por W. C. L., que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de condenar o requerido ao pagamento da quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por dano moral, cujo valor deverá ser corrigido pelo INPC a partir da fixação, com juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso (11/06/2012).

Segundo a petição inicial, o autor é titular da linha telefônica móvel (67) 9997-6107 há mais de dez anos, e nunca enfrentou qualquer problema relacionado ao seu número telefônico. Contudo, noticia que em meados do mês de junho de 2012, passou a receber ligações inoportunas e desagradáveis de pessoas visando marcar encontro sexual com "P.M.A.".

Afirmou o autor que recebeu inúmeras ligações no período de 11 a 14/06/2012, e quando "*não suportava mais tantas ligações desagradáveis, resolveu perguntar para uma das pessoas que ligou de onde o mesmo havia conseguido aquele número de telefone, oportunidade em que a pessoa mencionou que havia conseguido de um anúncio que estava publicado no jornal do Correio do Estado*."

Narrou que manteve contato com a empresa requerida, a qual afirmou que havia ocorrido um engano e que, a partir de sábado (16/06/2012), não iria mais aparecer os dados de seu telefone, fato que se concretizou porque o mesmo anúncio "P!!! M.A." foi vinculado a um outro número de celular.

Diante desses fatos, ingressou com a demanda visando a reparação pelos danos morais que tal situação lhe causou.

Sobreveio sentença condenando a empresa requerida ao pagamento de danos morais no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Irresignado o requerido apela a esta corte visando a reforma da sentença.

Nas razões recursais o apelante afirma que não estão presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, pois os fatos não foram comprovados; lançou os dados em seu jornal com a mais pura boa-fé, não agindo a empresa apelante com interesse de lesar o apelado, mas simplesmente publicando dados fornecidos por terceira pessoa; sustenta a existência de caso fortuito, pois também foi vítima do erro perpetrado pelo anunciante em suas páginas; não existe dano moral, pois além de não existir possibilidade associação entre o anúncio do jornal e a identidade física do apelado, assim que foi constatado o equívoco, o número telefônico do apelado foi imediatamente retirado da publicação; o fato do apelado ter recebido algumas ligações não é suficiente para causar abalo de ordem psicológica e justificar a indenização concedida; a fixação do dano moral deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de enriquecimento sem causa. Por fim, o termo *a quo* dos juros moratórios deve ser a decisão judicial que fixou a indenização.

Em que pesem os argumentos do apelante, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, é preciso consignar, de início, que a relação existente entre as partes tem cunho consumerista, uma vez que a autora figura como consumidora por equiparação, e a empresa requerida, na qualidade de prestadora de serviços, devendo a matéria ser apreciada com fulcro na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Realmente o CDC, em seus artigos 2º e 3º, define consumidor e fornecedor, respectivamente, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; e toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não bastasse isso, dispõe o art. 17 do CDC que "*equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*."

Logo, a responsabilidade civil da requerida deve ser analisada sob a ótica objetiva, conforme disposto no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para que o fornecedor de serviços afaste tal responsabilização, necessária se faz a prova da ruptura do nexo de causalidade, conforme dispõe o § 3º do supracitado artigo, e isso ocorre apenas quando restar comprovada a inexistência do defeito ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

E no caso dos autos, não demonstrou a requerida nenhuma excludente de ilicitude.

A responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, *in* Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22:

> *"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova e culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).*

> *Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Tratando-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus da probandi. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpados, pois sua culpa é presumida.*
>
> *Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano".*

Valho-me, ainda, das lições de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". (in* Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 400).

No caso, embora o apelante afirme que não existem provas dos fatos ventilados, verifico que o autor demonstrou de forma plena ser titular do telefone celular nº (67) 9997-6107 (f. 32), bem como que esse número foi vinculado em publicação erótica nas páginas do Jornal requerido, com o seguinte anúncio "!!!P.!!! M. atrevida Fone: 9997-6107 Centro" (f. 27)

Também não há possibilidade de acolher a tese de caso fortuito, já que o apelante não fez prova de que a publicação errônea feita no seu periódico teria sido motivada por terceira pessoa. Aliás, cabia ao réu possuir em seus arquivos um requerimento assinado pelo anunciante da publicação, com os dados respectivos, justamente diante da seriedade do material a ser veiculado (encontros eróticos). Contudo, ele não se desincumbiu do ônus que lhe competia, a teor do que dispõe o art. 333, II, do CPC.

Realmente, a funcionária da empresa requerida, Sra. Silmara Pulcheiro de Assis, ouvida em juízo, afirmou que existe a praxe de imprimir e coletar a assinatura do anunciante, mas que no caso do autor, não viu esse documento, embora acredite que o procedimento tenha sido seguido.

> *"(...) a praxe da empresa é colocar todos os dados do anunciante em um sistema de computador, coletar os dados da informação do anunciante, imprimir e dar para o anunciante assinar, e posteriormente a empresa liga para o telefone informado para checar a veracidade quanto ao nome do Anunciante; Que no caso do ora autor a depoente não viu tal documento mas acredita que esse procedimento, ou seja, essa praxe foi seguida. (.) A depoente esclarece que "relax" são anúncios de garotos e garotas de programa; que quando o anúncio é "relax", a depoente e outras pessoas ligam no telefone fornecido para*

> *checar a autenticidade daquele anúncio; Que é exigido RG e CPF pela empresa ré. A depoente esclarece que a pessoa que lá comparece para publicar um anúncio só mostra o RG e o CPF e a empresa não tira cópias destes documentos. (...) "* (f. 106).

Contudo, o apelante não apresentou tal documento nos autos. Além disso, o que se verifica é que realmente houve equívoco na prestação do serviço, pois após ter sido comunicado do equívoco pelo autor, o Jornal republicou o anúncio, vinculando ao número correto do celular, não mais ao do autor. Confira-se às f. 26/27.

Não há dizer em inexistência de dano moral, mesmo porque a testemunha Valdivino Souza confirmou que o autor recebeu inúmeras ligações oriundas da publicidade, inclusive em seu local de trabalho:

> *"Que conhece o autor há mais de 20 anos; O depoente testemunhou por várias vezes quando algumas pessoas ligavam no celular do autor referente ao anúncio publicitário, relativo a anuncio erótico, inclusive o autor numa das oportunidades colocou o seu aparelho em viva-voz e o depoente ouviu o que a outra pessoa dizia. Dada a palavra ao advogado do autor, para suas perguntas, disse: Perguntado o local em que ocorreram estes fatos* ***o depoente disse que foi no local de trabalho do autor****, Endustec Higienização, e na casa do autor; que eram inúmeras ligações oriundas da publicidade do réu, dezenas e até centenas de vezes, sendo necessário até desligar o celular;* ***Que numa das oportunidades o depoente presenciou o constrangimento da esposa do autor****, quando o depoente estava na residência dele"* (f.104) (grifei)

Assim, como bem consignado pelo magistrado *a quo*, está evidenciado "*o defeito na prestação do serviço, uma vez que o réu não foi diligente ao divulgar dados telefônicos de terceira pessoa, sem verificar a veracidade e acerto das informações, o que torna configurado o ato ilícito ensejador de indenização por danos extrapatrimoniais, diante dos constrangimentos e sofrimentos vivenciados pelo demandante*" (f. 111).

Destarte, conclui-se que a recorrida não tomou as devidas cautelas ao agir, porquanto efetuou publicação em seu Jornal sem assegurar acerca da veracidade dos dados publicados, e com isso afetou a paz de espírito do autor, causando-lhe constrangimentos e incômodos diários, na medida que teve de atender telefonemas de cunhos eróticos na presença de sua esposa e no local de trabalho, fatos que superam mero dissabor.

Assim, se a publicação se deu de modo indevido, assiste ao apelado o direito de ser indenizado pelos danos suportados.

Nesse sentido:

> *PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA, EM PRELIMINAR RECURSAL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 130 E 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR AFASTADA. Ação de indenização por danos morais, sob alegação de divulgação do número de telefone de consumidor em site de conteúdo erótico, para fins libidinosos. Alegação de ausência de culpa a ensejar o dano moral. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Tratando-se de publicação de anúncio de qualidade moral duvidosa, o fornecedor deveria redobrar sua atenção, para que não ocorram prejuízos a terceiros. Montante da indenização fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença de procedência devidamente fundamentada. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Inteligência do art. 252 do RITJ. Recurso não provido.* (TJSP; APL 0139622-71.2012.8.26.0100; Ac. 6409552; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz; Julg. 12/12/2012; DJESP 18/01/2013)

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

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

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

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

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

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

Ensina Rui Stoco:

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

Nesse sentido:

> *"Ação de indenização por danos morais, sob alegação de divulgação do número de telefone de consumidor em jornal periódico de conteúdo erótico, para fins libidinosos. Alegação de ausência de culpa a ensejar o dano moral. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Tratando-se de publicação de anúncio de qualidade moral duvidosa, o fornecedor deveria redobrar sua atenção, para que não ocorram prejuízos a terceiros. Decisão ultra petita. Ocorrência. Pretensão de nulidade que deve, contudo, ser afastada, impondo-se a adequação do decisório aos pedidos deduzidas nos autos. Procedência do recurso, apenas para fixar o montante da indenização em R$30.000,00 de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido para tal fim.* (TJSP; APL 0274885-89.2009.8.26.0000; Ac. 6960679; São José dos Campos; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz; Julg. 21/08/2013; DJESP 05/09/2013)

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

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

Assim, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e os prejuízos suportados pelo ofendido, tenho que o *quantum* indenizatório fixado pelo juízo *a quo* em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), deve ser mantido, por se mostrar condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para a empresa requerida, evitando a reiteração de atos análogos.

No que tange aos juros de mora, verifico que a sentença fixou a data do evento danoso como termo *a quo*, no entanto, o apelante pretende que tal consectário flua a partir da sentença.

Contudo, sem razão.

Inicialmente é oportuno consignar que os juros de mora são fixados de acordo com a espécie de cada responsabilidade civil. Isto porque, se a responsabilidade for contratual, contam-se os juros a partir da citação inicial, nos termos do art. 405 do Código Civil. Por sua vez, tratando-se de responsabilidade extracontratual, contam-se da prática do ato ilícito, conforme dispõe o art. 398 e Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

No caso dos autos, trata-se de responsabilidade extracontratual já que inexiste liame obrigacional anterior entre o agente causador do dano e a vítima.

Logo, o termo inicial de contagem dos juros é o estabelecido pela Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça que preconiza: "*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E/OU DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CESSÃO DE CRÉDITO NÃO COMUNICADA AO CONSUMIDOR E INSCRIÇÃO INDEVIDA DO SEU NOME EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ADEQUAÇÃO AO TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO. JUROS DE MORA DEVIDOS DESDE O EVENTO DANOSO. SÚMULA Nº 54/STJ. PARCIAL PROVIMENTO. Verificado o defeito na prestação do serviço e a ilicitude da inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito, resta configurado o dano moral, cuja reparação exige atenção ao trinômio reparação punição-proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, o que determina, in casu, a majoração da condenação.* ***No que tange ao momento de incidência dos juros moratórios, tem-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de justiça no RESP 903.258 na qual ficou decidido que eles devem ser exigidos a partir da prolação da sentença não possui efeito vinculante, não representa posicionamento dominante naquela corte e não teve o condão de revogar a Súmula nº 54, cujo enunciado é o seguinte: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual", de sorte que deve ser***

> ***mantido o entendimento já sedimentado também nesta corte***. (TJMS; APL 0800752-52.2012.8.12.0019; Ponta Porã; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; DJMS 23/01/2014; Pág. 6) (grifei)

Assim, a alteração do termo *a quo* pretendido pelo apelante não tem como prosperar, justamente porque se trata de responsabilidade civil extracontratual, devendo ser mantida a data fixada na sentença recorrida, ou seja, o dia 11/06/2012 (f. 21).

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 08 de setembro de 2015.

***

Seção Especial - Cível
Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 0822426-43.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – REVISÃO TARIFÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – PERÍODO DE ABRIL DE 2004 A DEZEMBRO DE 2007 – NOTA TÉCNICA Nº 340/2007-SER/ANEEL.

A cobrança da tarifa de energia elétrica em excesso ocorreu durante o período compreendido entre abril de 2004 até dezembro de 2007, conforme Nota Técnica nº 340/2007-SER/ANEEL, Processo 48500.001696/02-59, que tratou sobre a alteração do resultado final da primeira revisão tarifária periódica e dos reajustes tarifários anuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, com o parecer, julgar pela ocorrência de divergência e, no mérito, decidir que nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança em excesso corresponde àquele compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de maio de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Kleber Rony Galindo suscita incidente de uniformização de jurisprudência, alegando conflito jurisprudencial entre a Terceira, Quarta e Quinta Câmaras Cíveis, no que diz respeito ao período de revisão das tarifas cobradas nas contas de energia elétrica.

Afirma que a Quarta e Quinta Câmaras entendem que o período passível de restituição e revisão tarifária é abril de 2004 a dezembro de 2007, enquanto a Terceira Câmara considera que o período entre abril de 2005 a dezembro de 2007.

Reconhecida a divergência, por meio do acórdão de f.180/186, o incidente retornou para análise do mérito.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer para considerar indevida a cobrança no período de abril de 2004 a dezembro de 2007, em consonância com o entendimento da Quarta e da Quinta Câmara.

VOTO

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

Kleber Rony Galindo suscita incidente de uniformização de jurisprudência, alegando conflito jurisprudencial entre a Terceira, Quarta e Quinta Câmaras Cíveis, no que diz respeito ao período de revisão das tarifas cobradas nas contas de energia elétrica.

Afirma que a Quarta e Quinta Câmaras entendem que o período passível de restituição e revisão tarifária é abril de 2004 a dezembro de 2007, enquanto a Terceira Câmara considera que o período entre abril de 2005 a dezembro de 2007.

Quando do juízo de admissibilidade, o órgão fracionário atestou a presença dos requisitos do art. 476 do Código de Processo Civil e art. 578 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que instaurado antes da publicação da pauta de julgamento do recurso de apelação, bem como fundamentado e instruído com cópia integral de julgados publicados na internet, com certidão de trânsito em julgado, o que é permitido pelo art. 12, § 4º, do Provimento nº 7/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, a divergência foi reconhecida por unanimidade, conforme acórdão de f.180/186.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer para considerar indevida a cobrança no período de abril de 2004 a dezembro de 2007, em consonância com o entendimento da Quarta e da Quinta Câmara.

O incidente retornou para análise do mérito.

A questão posta no presente incidente, restringe-se ao exame da divergência existente entre às Câmaras deste Tribunal de Justiça, quanto ao período de devolução das quantias pagas a maior na conta de energia elétrica referente a reposição tarifária.

A União, no ano de 1997, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, celebrou Contrato de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica com a ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A., segundo o qual a cada 5 (cinco) anos os valores das tarifas de comercialização de energia seriam revisadas, mediante autorização do Poder Concedente.

Através da Resolução n. 493, de 3 de setembro de 2002, a ANEEL estabeleceu a metodologia e os critérios gerais para definição da base de remuneração, visando a revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Valendo-se disso, a ENERSUL contratou a empresa Advanced para avaliar os ativos e subsidiar a revisão tarifária.

Contudo, após a constatação de irregularidades no laudo da empresa Advanced, a ANEEL publicou a Resolução n. 167, de 7 de abril de 2003, que fixou o reposicionamento tarifário, temporariamente, no percentual de 42,26%, dos quais 32,59% (trinta e dois e cinqüenta e nove por cento) seriam aplicados imediatamente e o restante (9,67%) diferido nos exercícios seguintes (2004 a 2007).

A revisão provisória perdurou até a expedição da Resolução Homologatória nº 72, publicada em 08 de abril de 2005, quando a ANEEL homologou resultado final da primeira revisão tarifária e, por consequência, o laudo confeccionado pela Advanced, estabelecendo o reposicionamento em 50,81%.

Entretanto, no ano de 2007, a ANEEL reavaliou de maneira mais aprofundada os números que contribuíram para o cálculo das tarifas, tendo, para tanto, realizado entre 18 de junho e 10 de agosto de 2007 ação fiscalizatória, constatando erro de superestimação no laudo de avaliação preparado e utilizado para a definição da Base de Remuneração da Revisão Tarifária de 2003.

Concluiu-se que houve duplicação do preço unitário dos condutores elétricos para as redes bifásicas de distribuição de eletricidade e na triplicação desse preço para as redes trifásicas. Esse erro na valoração dos cabos induziu a ANEEL à validação de uma base de remuneração incorreta, resultando em cobrança excessiva das tarifas ao consumidor e na aferição de um adicional de receita indevida pela concessionária.

Ante a constatação do erro na valoração mediante ação fiscalizatória, foi prestado esclarecimento através da Nota Técnica nº 340/2007/SRE/ANEEL, que serviu de base para instauração do processo administrativo nº 48500.001696/02-59, que foi concluído com a Resolução Homologatória nº 571/2007. A Nota Técnica elaborada em 29/11/2007, esclarece no item 11 que: *" Em abril de 2005, calculou-se um diferimento entre o índice de reposicionamento tarifário definitivo de 50,81% e o índice aplicado de 32,59%, resultando em um valor de R$ 46.601.282,39 a ser adicionado à Parcela B (Delta PB) nos reajustes de 2004 a 2007. Entretanto, com a retificação da Base de Remuneração pela SFF/ANEEL e a alteração do índice de reposicionamento de 50,81% para 43,23% o valor do "Delta PB" é alterado para R$ 27.287.505,05, a ser aplicado nos reajustes de 2004 a 2007."*. Acrescenta ainda no item 14 que: *"A partir de abril de 2004 até o momento, o efeito da diferença do valor da revisão de 50,81% e de 43,23% impactou no cálculo dos reajustes basicamente em função da diferença já mencionada dos acréscimos de receita da Parcela B"*. Essa nota esclarece que não houve impacto no período entre abril de 2003 a março de 2004, em razão do resultado percebido pelo consumidor ter permanecido o mesmo.

No Processo Administrativo nº 48500.001696/02-59, tendo como Relator o Diretor Romeu Donizete Rufino, atestou em seu voto que: *"A alteração do resultados da revisão tarifária da Enersul acarreta a necessidade de se recalcular todos os reajustes anuais subsequentes, uma vez que a base econômica da tarifa irá se modificar"*. Segue ainda o Relator afirmando que: *"A partir da alteração dos processos tarifários de 2003 a 2007, constata-se que as tarifas aplicadas pela Enersul no período de 2004 até o momento foram superiores às devidas, o que gera um crédito em favor dos consumidores"*.

Assim, o voto foi acolhido e resultou na Resolução Homologatória nº 571, de 04/12/2007, que alterou a redação dos arts. 2º e 4º da Resolução Homologatória nº 072/2005, fixando o índice de reposicionamento em 43,23%, para os anos de 2004 a 2007. Dessa forma, ante a retificação do índice de reposicionamento de 50,81% para 43,23%, o valor Delta PB é alterado de R$ 46.601.282,39 para R$ 27.287.505,05 nos reajustes a maior de 2004 a 2007, a ser aplicado nos reajustes de 2004 a 2007. Constatou-se, portanto, que efetivamente ocorreu reajuste a maior desde abril de 2004, resultando efetivo prejuízo ao consumidor[1].

Com isso, não há de se falar que o aumento indevido do reposicionamento ocorreu somente entre o período da Resolução Homologatória nº 072 em 08 de abril de 2005, até sua correção através da Resolução Homologatória nº 571 em 04 de dezembro de 2007, haja vista que a constatação feita na ação fiscalizatória que resultou na Nota Técnica nº 340/2007, esclareceu a ocorrência de efeitos retroativos do índice de 50,81% aplicado pela Resolução nº 72, uma vez que o índice de 42,26% da Resolução nº 167 de 7 de abril de 2003, era provisório. A Enersul, por sua vez, em nenhum momento nega que cobrou do consumidor a diferença do novo índice desde abril de 2004.

Destarte, da análise rigorosa da Nota Técnica e Resoluções da ANEEL aplicadas ao caso, já citadas, revejo o meu posicionamento anterior e passo a adotar que a cobrança em excesso da tarifa de energia elétrica ocorreu durante o período compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007, de forma que assiste razão ao suscitante, acompanhando o entendimento da Quarta e Quinta Câmaras deste Tribunal

1 "A alteração dos resultados da Revisão Tarifária Periódica de 2003 da ENERSUL impactou sobre todos os reajustes ocorridos de 2004 a 2007. No período entre abril de 2003 e março de 2004, não houve impacto em função do resultado percebido pelo consumidor ter permanecido o mesmo, pois o diferimento definido em 2003 não foi alterado".

Ante o exposto, e com o parecer, fixo o entendimento segundo o qual a cobrança da tarifa de energia elétrica em excesso ocorreu durante o período compreendido entre abril de 2004 até dezembro de 2007.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Acompanho o relator, reafirmando a posição do órgão fracionário do qual faço parte atualmente (Quarta Câmara Cível), no sentido de que, nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança em excesso, por parte da concessionária, em detrimento dos consumidores, corresponde àquele compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (3º Vogal)

Consoante se colhe dos autos, em 08 de abril de 2003, a ANEEL realizou, por arbitramento, o reposicionamento provisório da tarifa de energia elétrica cobrada em 42,26%, dos quais 32,59% seriam aplicados imediatamente e o restante, 9,67%, diferido nos exercícios seguintes (2004 a 2007).

Com a conclusão do processo de revisão tarifária, realizado em 08 de abril de 2005, foi definido o reposicionamento tarifário a ser aplicado sobre as tarifas de fornecimento de energia elétrica pela apelante no índice de 50,81%, ficando mantido o reposicionamento de 32,59% em abril de 2003, devendo o restante ser diferido nos exercícios de 2004 a 2007.

No entanto, após a constatação do erro no cálculo da base de remuneração, o reposicionamento tarifário foi novamente alterado, sendo fixado agora no índice de 43,23%, ratificando-se, todavia, aquele estabelecido em abril de 2003, na ordem de 32,59%.

Desta feita, verifica-se que a primeira conclusão que se chega é que no exercício financeiro referente ao período compreendido entre abril de 2003 a março de 2004, a tarifa cobrada pela apelante, que foi reposicionada na ordem de 32,59%, não apresentou qualquer irregularidade, uma vez que restou confirmada posteriormente, mesmo após a constatação do erro no cálculo da base de remuneração.

Da mesma forma, nenhuma abusividade houve na cobrança da tarifa de energia elétrica no período de abril de 2004 a março de 2005, uma vez que respectiva tarifa foi calculada levando-se em conta o reposicionamento provisório feito em 08 de abril de 2003, no índice de 42,46%, inferior ao efetivamente devido, de 43,23%, informado pela Resolução nº 571 de 04 de dezembro de 2007.

A cobrança em excesso somente ocorreu durante o período compreendido entre abril de 2005 até dezembro de 2007, quando a tarifa foi calculada de acordo com a equivocada base de remuneração prevista na Resolução Homologatória nº 072, de 06 de abril de 2005, que fixou o reposicionamento tarifário em 50,81%, muito superior ao que era efetivamente devido, isto é, 43,23%, conforme Resolução nº 571 de 04 de dezembro de 2007.

Portanto, somente no período de abril de 2005 a dezembro de 2007 houve cobrança indevida da tarifa de consumo da energia elétrica, sendo que no período anterior (abril de 2003 a março de 2005) a tarifa havia sido estabelecida de acordo com o reposicionamento correto, inexistindo pagamento em excesso.

Isso posto, com a devida vênia do entendimento do ilustre relator, tenho que o somente no período de abril de 2005 a dezembro de 2007 houve a cobrança indevida.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (4º Vogal)

Kleber Rony Galindo suscita incidente de uniformização de jurisprudência, alegando conflito jurisprudencial entre a Terceira, Quarta e Quinta Câmaras Cíveis, no que diz respeito ao período de revisão das tarifas cobradas nas contas de energia elétrica.

Peço vênia ao relator para dele divergir e acompanhar o voto do Des. Divoncir Schreiner Maran.

Entendo que nenhuma abusividade houve na cobrança da tarifa de energia elétrica no período de abril de 2004 a março de 2005, uma vez que respectiva tarifa foi calculada levando-se em conta o reposicionamento provisório feito em 8 de abril de 2003, com base no índice de 42,46%, inferior ao efetivamente devido, de 43,23%, informado pela Resolução n. 571 de 04 de dezembro de 2007.

A cobrança em excesso somente ocorreu durante o período compreendido entre abril de 2005 até dezembro de 2007, quando a tarifa foi calculada de acordo com a equivocada base de remuneração prevista na Resolução Homologatória n. 72, de 06 de abril de 2005, que fixou o reposicionamento tarifário em 50,81%, muito superior ao que era efetivamente devido, 43,23%, isto conforme Resolução n. 571, de 04 de dezembro de 2007.

Sobre o reajuste tarifário em questão, aliás, tive oportunidade de apreciar caso idêntico:

> *EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – PRELIMINARES– INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADAS – MÉRITO – ENERSUL – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ADMITIDA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – FORMA SIMPLES – RECURSO DA ENERSUL – PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVADOS – REAJUSTE TARIFÁRIO ABRIL DE 2004 A MARÇO DE 2005 – PAGAMENTO EXCESSIVO NÃO CONFIGURADO – RECURSO NÃO PROVIDO. Ausente o interesse da União Federal na causa em que seja parte empresa privada concessionária de serviço público federal, a competência para processar e julgar a referida ação é da Justiça Estadual. É indiscutível que a relação jurídica estabelecida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Comprovada a cobrança em excesso decorrente de revisão tarifária periódica e, que a responsabilidade adveio da concessionária de distribuição de energia elétrica, a repetição do indébito é medida que se impõe. Não se conhece da parte do recurso que se insurge contra questão decidida na sentença de forma favorável ao recorrente, ante a evidente ausência de interesse recursal.*[2]

Desta forma, acompanho a divergência consubstanciada no voto do Des. Divoncir Schreiner Maran no sentido de reconhecer a cobrança indevida somente no período de abril de 2005 a dezembro de 2007.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (6º Vogal)

Estou acompanhando *in totum* o voto do e. relator, pedindo vênia aos e. desembargadores que perfilam a divergência.

No âmbito da E. 4ª Câmara deste Tribunal de Justiça venho reiteradamente votando no mesmo sentido da orientação do e. Relator, no presente incidente de uniformização de jurisprudência.

2 Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.027398-5/0000-00 - Campo Grande.1ª Turma Cível. j. 3.11.2009.Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

A divergência realmente existe entre as Câmaras, como apontado na inicial mas, a meu modo de ver a cobrança em excesso da Tarifa de Energia Elétrica ocorreu no período compreendido entre Abril de 2004 a Dezembro de 2007, já tendo oportunidade de afirmar, nesses diversos julgados, que a *alteração dos resultados da Revisão Tarifária Periódica de 2003 da ENERSUL impactou sobre todos os reajustes ocorridos de 2004 a 2007. No período entre abril de 2003 e março de 2004, não houve impacto em função do resultado percebido pelo consumidor ter permanecido o mesmo, pois o diferimento definido em 2003 não foi alterado. A partir de abril de 2004 até o momento, o efeito da diferença do valor da revisão de 50,81% e 43,23% impactou no cálculo dos reajustes basicamente em função da diferença já mencionada dos acréscimos da receita da "Parcela B", resultante dos diferentes reposicionamentos tarifários e o valor diferido. É importante destacar que todos os critérios utilizados em cada ano foram mantidos." ((Nota Técnica n. 340/2007-SER/Aneel (Processo 48500.001696/02-59)*

Portanto, o reconhecimento de que deve ser incluído o ano de 2004 na condenação à restituição, é medida que se impõe, em harmonia com a solução já adotada por esta 4ª Turma Cível (AC 2010.022997-9. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. DJ: 09/09/2010; AC 2011.023253-9, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro. DJ: 25/08/2011; AC 2010.032319-8. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. DJ: 09/11/2010) e pela 5ª TC desta Corte Estadual (AC 2010.022966-3.0000.00. Rel. Des. Luiz Tadeu. DJ: 5.8.2010; AC 2009.027206-2.0000.00. Rel. Des. Sideni Pimentel. DJ: 28.10.09).

É, pois, de suma importância observar que a própria ANEEL reconhece, segundo teor da Nota Técnica n. 340/2007, que "a alteração dos resultados da Revisão Tarifária Periódica de 2003 da ENERSUL impactou sobre todos os reajustes ocorridos de 2004 a 2007".

Portanto, o período que deve compreender o cálculo para se chegar à devida devolução é abril de 2004 a dezembro de 2007, devendo ser levado em conta o percentual tarifário correspondente a 43,23%.

Assim, a abusividade na cobrança da tarifa ocorreu no período de abril de 2004 até dezembro de 2007, exatamente como proposto no voto condutor do e. relator, razão pela qual o acompanho integralmente.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (7º Vogal)

Acompanho o relator, reafirmando o entendimento que tenho adotado nos julgamentos realizados pela Quinta Câmara Cível desta Corte Estadual, da qual faço parte, no sentido de que, nas revisões tarifárias de energia elétrica propostas em face da Enersul, o período de cobrança em excesso, por parte da concessionária, em detrimento dos consumidores, corresponde àquele compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (8º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (9º Vogal)

Há muito firmei convicção no sentido de que a restituição de valores, no reposicionamento tarifário da Enersul, haveria de dar-se no período compreendido entre abril de 2005 até dezembro de 2007, visto que, em meu sentir, o aumento indevido do reposicionamento teria ocorrido somente entre o período da Resolução Homologatória nº 072, em 08 de abril de 2005, até sua correção por meio da Resolução Homologatória nº 571, em 04 de dezembro de 2007.

Entretanto, se há deliberação administrativa (Nota Técnica nº 340/2007-SER/ANEEL) da ANEEL, a qual se consubstancia a autarquia em regime especial, com competência para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, dispondo que os equívocos ocorridos no

citado reposicionamento tarifário ensejaram reflexos financeiros prejudiciais no período compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007, cujo entendimento vem ao encontro dos anseios dos consumidores que foram lesados, hei por bem rever meu entendimento, até mesmo para resguardar o direito à integral recomposição dos danos.

Neste passo, acompanho o e. relator para, em revendo meu posicionamento, reconhecer que o excesso na cobrança de tarifa de energia elétrica, à semelhança da deliberação da ANEEL na Nota Técnica nº 340/2007-SER/ANEEL (Processo nº 48500.001696/02-59), ocorreu entre abril de 2004 a dezembro de 2007, pelo que tal entendimento deve ser objeto de súmula, que servirá de precedente na uniformização da jurisprudência, na forma do art. 500, §2º, do novo Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (10º Vogal)

Acompanho o i. revisor, reafirmando os julgados efetuados no órgão fracionário do qual pertenço, a Segunda Câmara Cível, no sentido de que, nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança indevida, por parte da concessionária, em detrimento dos consumidores, corresponde somente ao lapso temporal de abril de 2005 a dezembro de 2007.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (12º Vogal)

Acompanho a divergência.

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros (13º Vogal)

Acompanho a divergência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, julgaram pela ocorrência de divergência e, no mérito, decidiram que nas revisões tarifárias de energia elétrica, o período de cobrança em excesso corresponde àquele compreendido entre abril de 2004 a dezembro de 2007, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 07 de maio de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0018094-08.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – ART. 1.228 DO CC/02 – PERFEITA CARACTERIZAÇÃO DO IMÓVEL, POSSE INJUSTA E DOMÍNIO SOBRE O BEM – REQUISITOS PRESENTES – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

1. A ação reivindicatória trata de típica demanda do proprietário sem posse contra o possuidor desprovido de domínio, cujo êxito encontra-se atrelado ao preenchimento de três requisitos, quais sejam: domínio sobre o bem, posse injusta do réu e perfeita caracterização do imóvel.

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, 30 de junho 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 Elson de Matos Lopes, contra sentença proferida pela MM. Juíza da 7ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da ação reivindicatória movida em seu desfavor, julgou procedente o pedido inicial formulado por Ilária Mangini Macedo.

Alega o recorrente, em síntese, que: 1) a sentença proferida pela i. juíza da 4ª Vara Cível de Competência Residual desta comarca nos autos da ação de manutenção de posse nº 001.05.037545-9, também ajuizada pela recorrida, fora clara no sentido de que a apelada não é proprietária do imóvel objeto da lide; 2) sempre ocupou o imóvel aqui reivindicado, sem que jamais tenha sido perturbado na sua posse e; 3) os elementos probatórios carreados ao processo, notadamente o documental e testemunhal, corroboram, à saciedade, seu direito de usucapir o imóvel objeto da lide.

Com base em tais fundamentos, pede a reforma da sentença recorrida (f. 241/251).

Em contrarrazões (f. 265/268) a recorrida protesta, basicamente, pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 23.06.2015)

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Elson de Matos Lopes, contra sentença proferida pela MM. juíza da 7ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nestes autos da ação reivindicatória movida em seu desfavor, julgou procedente o pedido inicial formulado por Ilária Mangini Macedo.

Alega o recorrente, em síntese, que: 1) a sentença proferida pela i. Juíza da 4ª Vara Cível de Competência Residual desta comarca nos autos da ação de manutenção de posse nº 001.05.037545-9, também ajuizada pela recorrida, fora clara no sentido de que a apelada não é proprietária do imóvel objeto da lide; 2) sempre ocupou o imóvel aqui reivindicado, sem que jamais tenha sido perturbado na sua posse e; 3) os elementos probatórios carreados ao processo, notadamente o documental e testemunhal, corroboram, à saciedade, seu direito de usucapir o imóvel objeto da lide.

Com base em tais fundamentos, pede a reforma da sentença recorrida (f. 241/251).

De início, convém registrar que embora o recurso de apelação não tenha observado a melhor técnica processual, na medida em que formulou pedido incompatível com a natureza da demanda (f. 250, item "a"), o equívoco apurado não tem o condão de obstar o julgamento do apelo, pois, ainda que de forma atécnica, verifica-se que a intenção do recorrente é a reforma da sentença (art. 513, inciso III, do CPC).

Feito tal registro, passa-se ao julgamento do mérito recursal propriamente dito.

A ação reivindicatória encontra-se prevista no "*caput*" do artigo 1.228 do Código Civil, que assim dispõe "*in litteris*":

> *"Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".*

Trata-se, como logo se percebe, de demanda típica do proprietário sem posse contra o possuidor desprovido de domínio, cujo êxito encontra-se atrelado ao preenchimento de três requisitos, quais sejam: domínio sobre o bem, posse injusta do réu e perfeita caracterização do imóvel.

Esclarecedoras, nesse ponto, são as lições do mestre Arnaldo Rizzardo, para quem:

> *"O primeiro pressuposto ou requisito necessário à reivindicação é a propriedade atual do titular. Deverá ele ter o jus possidendi, embora encontre perdido o jus possessionis (...). O segundo elemento necessário é o tipo de posse exercida pelo réu (...). O requisito para a ação é a posse injusta do réu, no sentido de falta de amparo ou de um título jurídico. Não tem ele o jus possidendi. De sorte que possuidor de boa ou má-fé, ou simples detentor, pode ser sujeito da pretensão da ação reivindicatória, que visa a restituição da coisa (...). O terceiro requisito envolve a individuação do imóvel reivindicando, de modo a identificá-lo perfeitamente (...)".* (Rizzardo, Arnaldo. Direito das coisas. Forense, RJ: 2006, p. 213/216).

Referido entendimento, para além do campo normativo e doutrinário, encontra guarida na jurisprudência pátria, havendo, inclusive, precedente desta C. Terceira Câmara Cível:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA (...) PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES PARA PROPOSITURA DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PROVA DO DOMÍNIO, IDENTIFICAÇÃO DA COISA E POSSE INJUSTA (...) Para que a ação reivindicatória seja proposta, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos,*

> *quais sejam: a) a propriedade atual do reivindicante; b) posse injusta do réu; c) a individualização do imóvel reivindicado. Presentes e comprovados, deve o pedido contido na ação reivindicatória ser julgado procedente".* (TJMS – Apelação Cível nº 2011.030665-2. Rel.: Rubens Bergonzi Bossay. J. 29.11.2011).

Nestes, a despeito dos argumentos ventilados pelo apelante em suas razões recursais, observa-se que a apelada logrou demonstrar os requisitos necessários para o acolhimento do seu pleito reivindicatório. Com efeito, o imóvel reivindicado fora devidamente caracterizado na petição inicial (f. 03), bem como nos documentos de f. 22/26 e 28/30.

De igual modo, o domínio da recorrida sobre o aludido bem restou corroborado não só pelo teor dos documentos de f. 11, 13 v., 16, 17 v., 18 v., 20 v. e 21, mas, sobretudo, pelo depoimento das testemunhas ouvidas em juízo, notadamente os Sr. Cléber Correia Franco e Mário Fuzio.

Tais testigos, vale destacar, declinaram, em síntese, que há muito conhecem a recorrida e que, desde então, sempre a tiveram como proprietária do bem, inclusive considerando os atos por ela praticados (f. 210/211), ratificando, assim, o teor dos mencionados documentos.

Sob esse enfoque, é válido registrar que a conclusão exarada pelo juízo da 4ª Vara Cível desta comarca na ação de manutenção de posse nº 001.05.037545-9 em nada influencia na presente demanda, pois, como sabido, o juízo possessório em nada se confunde com o juízo petitório, tratando-se de demandas em que os objetos são absolutamente distintos (no juízo petitório discute-se o domínio, ao passo que no juízo possessório a discussão diz respeito à posse).

Nesse sentido:

> *"POSSESSÓRIA (...) PETITÓRIA E POSSESSÓRIA – DEMANDAS DE OBJETOS DISTINTOS (...) O juízo possessório não se confunde com o petitório, porquanto este discute o domínio, ao passo que aquele a posse (...)".* (TJRS – Recurso Cível nº 71004995916. Rel.: Lusmary Fatima Turelly da Silva. Terceira Turma Recursal Cível. Julg.: 09/04/2015).

De mais a mais, no que se refere à posse injusta do recorrente, a magistrada sentenciante bem equacionou a questão, merecendo ser transcrito o trecho do *decisum* que abordou o tema, o qual é utilizado como razão de decidir:

> *"(...) Quanto a posse injusta do réu, restou devidamente comprovada quando da análise do seu pedido para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, porquanto, ante a invasão não autorizada que promoveu ao imóvel da autora e o desgaste da flora que ocasionou com cultivos indevidos, deu-se de maneira violenta* (art. 1.200 do Código Civil) (...)".

Por fim, no que se refere à existência dos pressupostos caracterizadores da prescrição aquisitiva, novamente se mostram válidas as ponderações lançadas pela julgadora de piso, cujos fundamentos, também nesse ponto, ficam integrados à "*ratio decidendi":*

> *"(...) Sustentou o réu a improcedência do pedido inicial, ante a ocorrência de prescrição aquisitiva, pela usucapião, nos termos do art. 1238 do Código Civil.*
>
> *Argumentou que, desde 1977, exerce a posse mansa e pacífica da área em questão, correspondente à 7.046 m² (sete mil e quarenta e seis metros quadrados) e pertencente ao imóvel da autora, visto que, desde sua aquisição, as partes respeitam o Córrego Bálsamo como divisa natural entre as propriedades.*

Pugnou pelo afastamento da alegação formulada pela autora de que existira divisa seca entre os imóveis, eis que esta, em nenhum momento, exerceu qualquer ato de posse sobre a porção reivindicada, com o consequente reconhecimento de sua aquisição pelo réu, ante a usucapião.

A autora, por sua vez, opôs-se à pretensão do réu, argüindo que este somente passou a exercer a posse, injusta, da área em 2005, quando, deliberadamente e sem autorização, invadiu seu imóvel e passou a edificar cercas e cultivar.

Há que se proceder a sua análise em primeiro lugar, eis que imprescindível ao deslinde da demanda principal, consoante entendimento Jurisprudencial:

(...)

Com efeito, a Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal afirma ser possível a arguição da ocorrência da usucapião em sede de defesa. Contudo, por disposição do art. 333, II, do Código de Processo Civil, deve o réu, igualmente, comprovar suas formulações e o preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 1238 do Código Civil.

Tal não é a hipótese dos autos.

A autora narra, em inicial (fls. 02/08) e em impugnação à contestação (fls. 170/171), que o réu apenas passou a praticar atos de posse na mencionada área em 2005, não tendo conhecimento de que realizasse qualquer atividade em seu imóvel antes desse período.

No mesmo sentido, as testemunhas Cléber Correia Franco e Mário Fuzio, arroladas pela autora, informaram a este Juízo que sempre a área em questão permaneceu sob cuidados da autora, a qual a mantinha intacta por se tratar de Área de Proteção Permanente.

Mário, também vizinho das partes, inclusive ressalta que o réu efetivamente invadiu a propriedade da autora apenas no ano de 2005, não sabendo precisar se o réu exercia posse sobre a porção de terra há mais tempo.

Cléber Correia Franco narrou, às fls. 210:

"que esclarece que a área de proteção ambiental não era utilizada por ninguém (...); que 'cruzava com o réu' próximo da linha de trem, mas não sabe informar se este possui alguma propriedade por aquelas redondeza; que nunca viu o réu utilizando a área de proteção ambiental e nem outra área".

Mário Fuzio, às fls. 211:

"que conhece ambas as partes, pois mora próximo de ambos; que conhece a propriedade de ambos; que sabe que o córrego bálsamo corta a propriedade da autora Ilária; que já esteve nas duas propriedades das partes; (...) que a propriedade do réu faz divisa com a da autora Ilária e não chega a ser cortada pelo córrego bálsamo; que pode informar que na beira do córrego há uma área de proteção ambiental que 'ninguém mexe'; (...) que acha que o Sr. Elson há uns 05 ou 06 anos está mexendo no local".

O réu não trouxe outras testemunhas a serem ouvidas.

No mesmo sentido, não trouxe documentos comprobatórios de que, há 15 (quinze) anos, exerce atos de posse na referida área, fazendo presumir que fosse sua.

A mera alegação de que, desde 1977, pratica atos de posse sobre a porção reivindicada não é suficiente à sua comprovação, devendo o réu demonstrar, de maneira cabal, através de prova testemunhal ou documental, que efetivamente o faz.

Em sentido contrário, as cópias de Compromisso de Compra e Venda pelo réu acostas unicamente corroboram as alegações formuladas pela autora Ilária, de que tal área não é de sua propriedade (fls. 154/155, 158/159 e 160/161).

Note-se que, apesar de ter preenchido a área de seu terreno e a área reivindicada em amarelo, em Levantamento realizado pela Prefeitura de Campo Grande, estabelece-se claramente que ambas as propriedades contam com divida seca separando-a (fls. 153).

Esclareço que, apesar de argumentado pelo réu, em seus memoriais, que Mário teria reconhecido que a área em questão seria de posse de Elson, porquanto esclareceu que sua propriedade não contaria com cerca ao fundo, sendo contígua à da autora, tal alegação não é suficiente para a comprovação de que, há 15 (quinze) anos exerce a posse sobre a porção do imóvel da autora.

Assim, não comprovou o réu o requisito temporal para a ocorrência da prescrição aquisitiva.

Também não demonstrou o réu que sua posse era mansa, pacífica e ininterrupta.

Contrariamente, evidencia-se dos autos que a autora, assim que tomou conhecimento da conduta e das atividades levadas a cabo pelo réu na área reivindicada, imediatamente opôs-se, ajuizando Ação de Manutenção de Posse (fls. 37/40).

A ação em questão foi intentada em 2005, sendo que, a partir de então, a autora continuamente opõe-se à posse do réu, questionando-a até o presente momento.

Pelo evidenciado, promoveu o réu invasão não autorizada, ausente qualquer título que o permitisse tanto, ao imóvel da autora, lá praticando atos atentatórios ao meio ambiente, inclusive, caracterizando-se, assim, a posse violenta da área vindicanda.

Por fim, não prospera a fundamentação do réu de que a autora teria-lhe anuído à posse da área, por não ter ela mesma praticado qualquer ato de posse, tendo em vista que a autora encontrava-se legalmente proibida de agir nesse sentido, por disposição do art. 4º, I, b, da Lei nº 12.651/2012.

A existência de faixa não edificante em seu terreno, impede o proprietário de nela promover qualquer alteração, exceto para recuperação da mata ciliar existente. Assim, inclusive, preceitua o art. 7º, em seu caput e § 1º, da Lei 12.651/2012.

Assim sendo, não comprovados os requisitos necessários à aquisição da propriedade pela usucapião, passo à análise do pedido formulado pela autora (...)".

Nesse diapasão, evidenciados os pressupostos autorizadores da pretensão reivindicatória, e não presentes os requisitos da prescrição aquisitiva, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Ex positis, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Elson de Matos Lopes.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Marco André), após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 30.06.2015)

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

Pedi vistas dos autos para uma melhor compreensão dos fatos postos em debate.

Na origem, trata-se de ação reivindicatória, em que a autora, ora apelada pretende ser imitida na posse da área invadida pelo réu-apelante, correspondente a 0,7046 hectares do quinhão 11-A-2, do desmembramento das Fazendas Bálsamo e Colonial, localizados após o Córrego Bálsamo.

Em sua defesa, o réu-apelante aponta seu direito de usucapião sobre a referida área, decorrente do exercício da posse sobre a área durante 30 anos. Aduz, ainda, que a dívida entre as áreas em questão sempre foi o Córrego Bálsamo.

O magistrado *a quo*, afastou a ocorrência de aquisição da propriedade pela usucapião e julgou procedente o pedido, condenando o réu a restituir à autora, a área existente entre o Córrego Bálsamo e a divisa seca das propriedades das partes, pertencente ao imóvel designado pelo quinhão 11-A-2, com área de quatro hectares, matriculado sob o nº 2.366 e 85.349, Livro 2, Ficha 01 e 04-verso, do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca.

Inconformado, o réu apelou, alegando em síntese que as provas constantes dos autos, demonstram claramente o seu direito de usucapir a área objeto de litígio.

A pretensão de declaração da aquisição da propriedade pela usucapião tem, na verdade, um duplo efeito: provoca, além da aquisição da propriedade pelo possuidor, a perda da propriedade pelo proprietário registral.

Por esse motivo, as circunstâncias fáticas que envolvem a pretensão têm que ser vistas e analisadas sob duas óticas: a ótica do possuidor, que deve ter o ânimo de dono; e a ótica do proprietário registral, que deve ser desidioso no desempenho da função social da propriedade.

In casu, a parte autora, ora apelada, comprovou ser proprietária da área objeto de litígio, através dos documentos de f. 11/30.

O réu-apelante, em defesa, alegou posse mansa e pacífica da área em questão. Trouxe diversos documentos que supostamente comprovariam posse e utilização da área reclamada. Porém, nenhum deles comprova o exercício da posse sobre a área em litígio.

Restou, então, a prova testemunhal para melhor elucidar os fatos.

> *Cleber Correia Franco (f. 210) - afirmou "que nunca viu o réu utilizando a área de proteção ambiental e nem outra área, que lhe é de conhecimento da autora, naquela região."*
>
> *Mário Fuzio (f. 211) disse que: "a propriedade do réu faz divisa com a da autora Ilária e não chega a ser cortada pelo córrego Bálsamo; que pode informar que na beira do Córrego há uma área de proteção ambiental que ninguém mexe; que no local é tudo brejo; que acha que o Sr. Elson, há uns 5 anos ou 6 anos está mexendo no local; que nunca foi no local e não sabe dizer exatamente o que o réu fez próximo ao córrego."*

E da análise da prova colhida, denota-se que não há provas de posse mansa e pacífica longínqua da área guerreada.

Não bastasse isso, somente a autora-apelada efetuava pagamentos de impostos sobre da área, o que denota exercício de sua posse sobre ela (f. 31).

Diante da verdade formal colhida, é de se dar prevalência a quem tem o melhor título, ou seja, à autora-apelada. Afinal, não se deve dar a posse a alguém em detrimento daquele que tem a propriedade, mormente se esse alguém não logrou comprovar fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito da proprietária, nem fato constitutivo de seu direito (posse mansa e pacífica da área litigiosa há anos).

Ante o exposto, acompanho o voto do I. Des. Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal)

Acompanho o Voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800310-17.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ART. 249 – DEVER DE GUARDA – PROJETO PADRINHO – MENOR ACOLHIDO – VÍNCULO AFETIVO – ARTIGO 92, §1º DO ECA – RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente tutela a guarda e o poder familiar, sendo sujeitos ativos os pais, guardiões e tutores que estejam, temporária ou definitivamente, exercendo esse *munus*.

2. Nos termos do §1º do art. 92 do ECA, o dirigente do abrigo é equiparado ao guardião para todos os efeitos de direito das crianças e adolescentes que lá se encontram, encarregado de educar, abrigar, alimentar e consequentemente, deter sua guarda, é correto afirmar que este figure no pólo passivo de ações relativas aos menores.

3. Em se tratando de crianças abrigadas, o projeto padrinho define como sendo afetivo o vínculo de apadrinhamento a ser exercido, situação que, por si só, afasta qualquer discussão acerca do exercício do dever de guarda supostamente exercido pelos integrantes do projeto em se tratando de crianças acolhidas em instituições.

4. Caso em que houve falha no preenchimento de um dos requisitos de condição da ação, já que a madrinha afetiva da menor, que permitiu sua saída da instituição de acolhimento acompanhada de terceiro responsável, não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que não exerce sobre ela o dever de guarda - este é exercido pela coordenadora da instituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de setembro 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 Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da Representação pela prática de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente movida em face de Julia Candida Andrade.

Em síntese, alega que que:

> *I - busca "imputar à apelada a prática prática da infração administrativa descrita no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente" por descumprir "culposamente, os deveres inerentes ao instituto da guarda, ainda que a mesma não exercesse o guardo de dirigente da casa de acolhimento", destacando:*
>
> *II - "o d. Juízo realizou a técnica da interpretação literal, ou seja, considerou que a infração administrativa elencada no artigo 249 só poderia ser imputada a pessoa dirigente da casa de acolhimento, uma vez que essa é quem exerce a guarda dos infantes que estão no local, nos termos do artigo 92, § 1.º do ECA", destacando que "a interpretação que melhor se enquadra ao caso em apreço é a sistemática em conjunto com a lógica, isso porque dizer-se que a guarda não está imputada as 'cuidadoras'é dizer que essas estão imunes a suas responsabilidades funcionais, impostas pelo sistema do ECA";*
>
> *III - "o ECA não vedou expressamente a equiparação dos servidores em grau hierárquico inferior de serem equiparados a guardião, isso porque, tal assertiva na visão do legislador se demonstrou desnecessária.", invocando o acórdão oriundo do agravo de instrumento nº 0005724-44.2001.8.12.0000 (2001.004332-0) da Relatoria do Des. Atapoã da Costa Feliz, "em que o Estado de Mato Groso do Sul manejou Agravo de Instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Campo Grande/MS, na qual esse afastou além de dirigente servidores da Unidade Educacional de Internação - BR 262, forte no argumento da inexistência previsão legal para o afastamento dos servidores";*
>
> *IV – na omissão da lei deverá o magistrado valer-se dos princípios gerais do direito consoante determina o art. 4º da LINDB, dentre eles o da "igualdade de direitos e deveres diante do ordenamento jurídico (isonomia)" o que implica na responsabilização da apelada.*

Prequestiona o artigo 249 do ECA e sua extensão aos servidor público não dirigente de entidade de acolhimento institucional.

A Procuradoria-Geral emitiu parecer pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá nos autos da representação pela prática de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente movida em face de Julia Candida Andrade.

O exame dos autos revela que o Ministério Público requereu a aplicação da sanção prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente à educadora social Julia Cândida Andrade, por descumprimento *"dolosa ou culposamente"*, dos deveres decorrentes da guarda, uma vez que *"liberou a saída de sua afilhada no Projeto Padrinho, Renata e também da adolescente R. P.O. com sua madrinha, Sra. Rosa, para uma festa, sem avisar a Coordenação da Casa de Acolhimento Institucional Laura Pinheiro Martins, da qual as adolescentes acolhidas retornaram somente na madrugada do dia seguinte, por volta das 01hs30min"*, além de fornecer às duas menores alimentação diferenciada dos demais acolhidos.

O referido art. 249 da Lei 8.069/1990 estabelece que:

> *rt. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:*
>
> *Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Como se vê, o dispositivo em comento tutela a guarda e o poder familiar, sendo sujeitos ativos os pais, guardiões e tutores que estejam, temporária ou definitivamente, exercendo esse *munus*, ou ainda outra pessoa que descumpra a determinação emanada dos órgãos nele referidos, porém, ressalto, desde que atinentes ao poder familiar.

Rogério Sanches Cunha, acerca da infração administrativa descrita no art. 249 da Lei 8.069/1990, nos ensina:

> *Na primeira figura, consistente a infração em descumprir, não observar os deveres inerentes ao poder familiar, guarda e tutela.*
>
> *De outro lado, na segunda figura típica, consiste a infração no descumprimento de decisão emanada da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar. [...]*
>
> *Consuma-se a infração quando o agente deixa de cumprir os deveres ou, na segunda hipótese, quando se omite em relação ao cumprimento de determinação de autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar* (ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 595).

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel corrobora:

> *O tipo previsto no art. 249 do Estatuto procura proteger crianças e adolescentes do descumprimento do exercício da atividade de cuidado e proteção decorrente da autoridade familiar dos pais, do tutor ou do guardião. [...] A aplicação da pena administrativa prevista no dispositivo é independente das demais sanções cabíveis, seja a destituição ou suspensão do poder familiar, sejam sanções criminais ou civis. Não há bis in idem.*

O art. 227 da Constituição Federal dispõe sobre os deveres da família, da sociedade e do Estado:

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

No caso dos autos, como visto acima, a acusada integra o chamado Projeto Padrinho, que foi criado em junho de 2000 com *"a finalidade de proporcionar ajuda material ou afetiva às crianças e aos adolescentes com processos nas varas de infância e da juventude, os quais se encontram em situação de risco pessoal"*[1], tendo sido implantado na Comarca de Corumbá no ano de 2003, por meio da Resolução nº 429.

Por meio dele, *"Crianças abrigadas em instituições contam com a companhia de padrinhos afetivos que passam junto a elas finais de semana, férias e épocas festivas, colaborando também com material escolar e qualquer necessidade extra da criança"*.[2]

1 http://www.tjms.jus.br/projetos/projeto_padrinho.php

2 https://www.tjms.jus.br/projetopadrinho/conteudo.html?pg=quem_somos.html&op=quemsomos

Assim, muito embora o apadrinhamento[3] possa ser exercido de outras formas, em se tratando de crianças abrigadas, o projeto é claro ao definir como sendo afetivo o vínculo a ser exercido, situação que, por si só, afasta qualquer discussão acerca do exercício do dever de guarda supostamente exercido pelos integrantes do projeto em se tratando de crianças acolhidas em instituições.

Ainda, segundo se extrai dos depoimentos colacionados à exordial, a menor poderia ter se ausentado da casa de acolhimento, desde que devidamente acompanhada de sua madrinha[4]. Assim se vê que a conduta imputada à apelada, foi de ter autorizado que sua afilhada se ausentasse em período noturno acompanhada da madrinha afetiva de outra acolhida.

Ocorre que como bem ressaltado pelo magistrado singular, que nos termos do artigo 92, §1º do ECA, apenas *"O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito"*.

Sendo o dirigente do abrigo equiparado ao guardião para todos os efeitos de direito das crianças e adolescentes que lá se encontram, encarregado de educar, abrigar, alimentar e consequentemente, deter sua guarda, é correto afirmar que este figure no pólo passivo de ações relativas aos menores.

No caso em apreço, a casa de acolhimento é coordenada por Nádia Viegas Amorin e não pela apelada, que apenas exercia função de educadora social, além de madrinha da menor Renata.

Dessa forma, constata-se que houve falha no preenchimento de um dos requisitos de condição da ação, já que a apelada, na condição de madrinha afetiva da menor, não poderia figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que não exerce sobre ela o dever de guarda. Este, remarco, é exercido pela coordenadora da instituição.

Por outro lado, ainda que se reconhecesse a legitimidade da apelada para responder à presente demanda, como bem dito pelo insigne Procurador de Justiça, Edgar Roberto Lemos de Miranda, no incensurável parecer de f. 116-125, não é razoável buscar punição administrativa à madrinha que permitiu que a afilhada saísse da casa de acolhimento acompanhada de outra participante do projeto e que, além de tudo, é sua irmã.

Vejamos:

> *Isto porque dentre as obrigações do guardião insere-se o dever de vigilância, cuja exigência e padrões (muitos deles, de natureza cultural, moral e religiosa) não estão previstos expressamente em lei. Contudo, o dever de vigilância, cuja violação implica a responsabilidade presumida (culpa in vigilando), não deve ser entendida como uma obrigação "quase policial" dos pais/guardiões em relação aos filhos.*
>
> *Portanto, segundo as regras de experiência de vida, não é razoável buscar uma punição administrativa à guardiã que permitiu que a adolescente fosse a uma festa, acompanhada de outras pessoas, inclusive uma maior de idade madrinha da adolescente Rayana, de nome Rosa, p. 07 e 10 – tendo retornado por volta de 01h30min.*
>
> *Ademais, não restou demonstrado nos autos que a festa para qual as adolescentes foram era imprópria para sua faixa etária, como por exemplo, festas em que se consome bebidas alcoólicas livremente, ou que tenham espetáculos contrários à moral e aos*

3 Tipos de apadrinhamento: Afetivo: passeam com as crianças e adolescentes nos finais de semana. Financeiro: auxilia com uma quantia que puder por mês. Acolhedora: acolhem, sustentam e dão todos os cuidados no decurso do processo. Prestador de serviço: padrinhos profissionais que beneficiam várias crianças ao mesmo tempo, tais como: Pediatras, dentistas, terapeutas, pedagogos infantis, psicólogos e educadores. (https://www.tjms.jus.br/projetopadrinho/conteudo.html?pg=como_funcionamos.html&op=comofuncionamos)

4 *"(...) QUE Renata poderia ter saído desde que acompanhada de Júlia; QUE a senhora Rosa é irmão da senhora Júlia..."* (f. 02)

bons costumes. Constou apenas no comunicado de p. 06 que levou as adolescentes em estabelecimento público noturno.

No caso dos autos, escaparia dos padrões da razoabilidade exigir que a guardiã não permitisse que as adolescentes se divertissem em uma festa da qual não há notícia de que era inapropriada para a faixa etária, podendo bem ser um aniversário ou outro evento, exercendo sobre elas vigilância vinte quatro horas.

Outrossim, foge à razoabilidade aplicar penalidade à guardiã por ter disponibilizado alimentação diferenciada às adolescentes, ao argumento de que isto é tratamento privilegiado, haja vista que a guardiã levou uma comida instantânea, o tão conhecido e popular miojo, não havendo notícia de que retirava comida da própria entidade de acolhimento para dar às adolescentes.

Assim, seja pela ausência de legitimidade passiva ou ainda de razoabilidade como opinou o representante do Ministério Público, que atuou neste segundo grau de jurisdição, a manutenção da sentença que indeferiu liminarmente a exordial é medida que se impõe.

Ex positis, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0915260-07.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL – REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA O ATUAL PROPRIETÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

Na execução fiscal por dívida de IPTU, havendo alienação do imóvel, não tem cabimento a pretensão ao redirecionamento da ação executiva para o atual proprietário, tendo em vista que a substituição da CDA somente pode ocorrer até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo vedada a substituição do sujeito passivo da execução (Súmula 392 do STJ), por configurar, segundo entendimento daquela corte, a modificação do lançamento, o que não é permitido no curso 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, 18 de agosto de 2015.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Município de Campo Grande contra sentença proferida pela MM. Juíza da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução fiscal movida contra Antonio Barbosa Nogueira.

Em síntese, alega que: I) a posse de imóvel urbano constitui fato gerador do IPTU, no caso concreto constava perante o Cadastro Imobiliário da Prefeitura que o titular da posse do imóvel sobre o qual recai a exigência tributária em questão a pessoa do apelado; II) conforme pode ser observado da certidão de f. 15, o Município só tomou conhecimento da transferência do imóvel em questão, depois de ajuizada a presente ação de execução fiscal; III) não se mostra justo, que o novo proprietário/adquirente seja premiado com a isenção do pagamento do imposto, uma vez que a sua conduta certamente estimularia a sonegação Fiscal e; IV) constitui ônus do contribuinte a comunicação ao Fisco da transferência da titularidade do imóvel, razão pela qual o prosseguimento da execução deve se dar com a inclusão no pólo passivo de seu atual proprietário, no caso de não ter sido comunicada a transferência realizada em data anterior à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Desnecessária a intimação da parte contrária para contrarrazões, tendo em vista que sequer foi citada.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Município de Campo Grande contra sentença proferida pela MM. juíza da Vara Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução fiscal movida contra Antonio Barbosa Nogueira.

Em síntese, alega que: I) a posse de imóvel urbano constitui fato gerador do IPTU, no caso concreto constava perante o Cadastro Imobiliário da Prefeitura que o titular da posse do imóvel sobre o qual recai a exigência tributária em questão é a pessoa do apelado; II) conforme pode ser observado da certidão de f. 15, o Município só tomou conhecimento da transferência do imóvel em questão, depois de ajuizada a presente ação de execução fiscal; III) não se mostra justo, que o novo proprietário/adquirente seja premiado com a isenção do pagamento do imposto, uma vez que a sua conduta certamente estimularia a sonegação Fiscal e; IV) constitui ônus do contribuinte a comunicação ao Fisco da transferência da titularidade do imóvel, razão pela qual o prosseguimento da execução deve se dar com a inclusão no pólo passivo de seu atual proprietário, no caso de não ter sido comunicada a transferência realizada em data anterior à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Entendeu a julgadora singela pela impossibilidade de substituição do pólo passivo da ação executiva para incluir o atual proprietário do imóvel objeto do IPTU, tendo em vista que tal medida não irá sanar o defeito da CDA, que foi emitida em nome do antigo proprietário, cuja decisão transcrevo:

> *"(...) A consequência processual do que foi acima dito, é que a obrigação materializada no título executivo (CDA) não tem os requisitos previstos no art. 580 do CPC (certeza, liquidez e exigibilidade), pois constituída equivocadamente em face de quem não é contribuinte ou responsável pelo débito. Assim, a despeito da "certeza" da obrigação significar grande probabilidade do crédito descrito no título executivo, nesse caso, conforme as informações constantes dos autos e já acima explanadas, não há nenhuma probabilidade de existência da obrigação, pelo contrário, há a certeza de sua inexistência. Vislumbra-se assim o defeito insanável na obrigação traduzida no título executivo, que, a propósito, tem o condão de contamina-lo, tornando-o nulo. Destarte, o exequente padece de título executivo apto a ensejar ação executiva, devendo esta ser extinta sem resolução do seu mérito nos termos do art. 267, VI, do Código do Processo Civil, por ausência de interesse de agir."* (f. 18)

Entendo que o recurso não deve prosperar, pois realmente não vejo possibilidade de substituição do pólo passivo na presente execução, cujo título encontra-se em nome de quem não é mais proprietário do imóvel objeto do IPTU. Até se poderia cogitar da substituição da CDA, no entanto tal pretensão não é possível, conforme adiante será demonstrado.

O § 8º do artigo 2º da Lei 6.830/80 dispõe que:

> *"Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos."*

Anoto que referido dispositivo somente é aplicável quando se tratar de correção de erro material ou formal, sendo vedada, entretanto, a modificação do sujeito passivo da execução, conforme enuncia a Súmula 392 do STJ, cuja redação é a seguinte:

> *"a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".*

Encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual a substituição do CDA até a decisão de primeira instância só é possível em se tratando de erro material ou formal, enquanto a alteração do polo passivo configura a modificação do lançamento, não sendo permitida no curso da execução fiscal.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 557, CAPUT, DO CPC. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTÓRIO PARA O ATUAL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA CDA. 1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. Segundo art. 557, caput, do CPC, é facultado ao relator decidir monocraticamente o recurso quando entendê-lo manifestamente improcedente, ou contrário a súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência daquele Tribunal, ou de Cortes Superiores, em atenção à economia e celeridade processuais. 3.* ***A substituição da CDA até a sentença só é possível em se tratando de erro material ou formal. A alteração do pólo passivo, porém, configura modificação do lançamento, não sendo permitida no curso da execução fiscal.*** *Tal posicionamento foi reafirmado no julgamento do REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 18/12/2009, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 838380/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010) frisei

E ainda,

> *"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS DE VALIDADE. REVISÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. SÚMULA 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, NA HIPÓTESE DE CORREÇÃO DE ERRO FORMAL OU MATERIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 392 DO STJ. ENTENDIMENTO ASSENTADO NO JULGAMENTO DO RESP 1.045.472/BA, SOB O REGIME DO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. A aferição dos requisitos essenciais à validade da CDA demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 2. Entendimento deste Tribunal no sentido de que: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ)". (REsp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18/12/2009, 7julgado sob o regime do artigo 543-C do CPC). 3. Agravo regimental não provido."* (AgRg nos EDcl no AREsp.616/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 21/06/2011, DJe 29/06/2011)

Logo, verificando que a substituição do pólo passivo configura modificação do lançamento e que tal medida não é possível no curso de execução fiscal por certo que o processo não deve prosseguir, devendo ser extinto. Outro não é o entendimento deste Tribunal, conforme julgados que trago à colação:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E MODIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE ERRO FORMAL OU MATERIAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. De acordo com a Súmula 392 do STJ e art. 2º, § 8º da Lei*

> *6.830/80, somente em hipóteses de ocorrência de erros formais e ou materiais é que se faculta à Fazenda Pública emendar ou substituir Certidão de Dívida Ativa, não para modificar o sujeito passivo, que implique em alteração do próprio lançamento. Recurso improvido."* (Apelação Cível Nº 2012.015357-3, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Publicação: 31/05/2012, Nº Diário: 2660)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL - EXECUTADO FALECIDO ANTES DA PROPOSITURA DA DEMANDA - CDA EMITIDA EM NOME DO DE CUJUS - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO."* (Apelação Cível Nº 2012.008261-4, Quinta Câmara Cível, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Publicação: 04/05/2012, Nº Diário: 2641)

Alias, a questão já foi julgada por esta Câmara Cível:

> *"EMENTA – EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – NOVO PROPRIETÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA CDA APENAS POR ERRO MATERIAL OU FORMAL – SÚMULA 392 DO STJ – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPRÓVIDO*
>
> *Em se tratando de erro material ou formal, pode haver a substituição da CDA até a sentença. Contudo, a alteração do pólo passivo configura modificação do lançamento, não sendo permitida no curso da execução fiscal.*
>
> *"A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução."* (Súmula 392 STJ) (Apelação Cível - Execução – Nº 2010.034073-0, Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 11.1.2011, Terceira Turma Cível do TJ-MS)

Portanto, diante da impossibilidade de substituição do sujeito passivo da execução, bem como da certidão de dívida ativa, a manutenção da sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, é medida que se impõe.

Feitas tais ponderações, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo a sentença invectivada em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0803824-12.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE INTERNET E OFENSA VERBAL AO CONSUMIDOR – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* – REDUZIDO PARA VALOR JUSTO E RAZOÁVEL – IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – JUROS DE MORA – RELAÇÃO CONTRATUAL – A PARTIR DA CITAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de setembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Oi S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Corumbá que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta por Waldirlena Padoa Pimenta Sodré, julgou procedente o pedido inicial e condenou a requerida ao pagamento de indenização no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão da interrupção indevida do serviço de internet e R$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão dos danos morais causados à autora, devido ao fato do funcionário da requerida ter ofendido a consumidora quando atendeu sua solicitação para regularização do serviços. Condenou, ainda, ao pagamento de custas e honorários, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Em suas razões alega que não há ato ilícito a ser indenizado, vez que não restou comprovado o nexo causal das alegações. Da mesma forma, afirma que não há dano moral demonstrado, tratando-se de mero aborrecimento, o simples descontentamento da apelada para com a recorrente. Em caso de manutenção do entendimento, requer a redução dos valores arbitrados, para evitar enriquecimento ilícito da parte e que os juros de mora incidam a partir do arbitramento da sentença. Prequestionando os dispositivos elencados no recurso, pede seu conhecimento e provimento.

Contrarrazões às fls. 123-127/TJMS.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Oi S/A interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Corumbá que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta por Waldirlena Padoa Pimenta Sodré, julgou procedente o pedido inicial e condenou a requerida ao pagamento de indenização no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão da interrupção indevida do serviço de internet e R$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão dos danos morais causados à autora, devido ao fato do funcionário da requerida ter ofendido a consumidora quando atendeu sua solicitação para regularização do serviços. Condenou, ainda, ao pagamento de custas e honorários, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Em suas razões alega que não há ato ilícito a ser indenizado, vez que não restou comprovado o nexo causal das alegações. Da mesma forma, afirma que não há dano moral demonstrado, tratando-se de mero aborrecimento, o simples descontentamento da apelada para com a recorrente.

Em caso de manutenção do entendimento, requer a redução dos valores arbitrados, para evitar enriquecimento ilícito da parte.

Segundo o que conta dos autos, trata-se a apelante de operadora de telefonia móvel e internet, a qual tinha um contrato de prestação de serviços com a apelada. Consta ainda, que houve uma interrupção no fornecimento do serviço de internet, onde a autora, ora recorrida, buscou resolver administrativamente sem, contudo, obter sucesso. Durante as tentativas de solucionar o problema, a recorrida afirma ter sido ofendida por um funcionário da empresa apelante, que a teria chamado de "burra" em uma das ligações.

Diante das alegações, a ora apelante não conseguiu se desincumbir do ônus probatório, não trazendo aos autos, comprovações de que tais fatos não ocorreram, o que gera dever de indenizar.

Assim, tenho como incontroverso a ilicitude do ato praticado pela apelante, que promoveu a injusta interrupção nos serviços de internet da autora/apelada, mesmo após diversas tentativas de contato com o *Call Center* da recorrente e estando todas as faturas devidamente adimplidas, sendo, inclusive, ofendida por um funcionário da empresa.

Com efeito, o dano moral decorreu não só da injusta interrupção dos serviços, como também da demora em solucionar o problema e, ainda, da ofensa à consumidora que estava tentando resolver a questão.

A toda evidência, com base em todas as provas trazidas aos autos, o dano adveio da reprovável conduta da ré/apelante, que, além de prestar serviço público de má qualidade, interrompeu o serviço de telefonia, o qual era essencial às atividades exercidas pela apelada, ofendendo-a verbalmente e, por consequência, deve então ser condenada a reparar os danos morais causados.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento de que a utilização do bloqueio para cobrança indevida de fatura dá ensejo à reparação dos danos morais, *in verbis*:

> *"É certo que a mera interrupção do serviço telefônico não acarreta, automaticamente, reparação por dano moral, como já decidiu esta Turma (...) Todavia, 'in casu', a suspensão da linha de telefone foi promovida irregularmente, por três vezes, após a satisfação das obrigações da recorrida e antes do prazo avençado entre as partes. Ou seja, não houve apenas a interrupção do serviço telefônico, mas a utilização do bloqueio para cobrança indevida de fatura já paga." (REsp Nº 590753 RS, do qual foi relator o Ministro César Asfor Rocha).*

Desta forma, comprovada a falha na prestação de serviço, caracterizado está o dano moral, que decorre da própria impossibilidade de uso dos serviços de internet pela autora, privando-a de importante ferramenta de comunicação e trabalho e, ainda, pela ofensa à mesma, ao tentar solucionar o problema.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA DANO MORAL PRESUMIDO VALOR MANTIDO RECURSO NÃO PROVIDO.* ***O bloqueio indevido de linha telefônica configura conduta ilícita da concessionária que deve se responsabilizar pelos danos sofridos pelo consumidor. A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não podendo ser fonte de enriquecimento sem causa e nem inexpressiva a ponto de não atingir o seu duplo objetivo, que consiste na reparação do abalo sofrido e em punição ao ofensor****." (Apelação Cível n. 2011.012702-5, rel. Des. Julizar B. Trindade, 2ª Tuma Cível, j. 31.5.2011). (G.N.)*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS BLOQUEIO INDEVIDO DA LINHA TELEFÔNICA DANO MORAL PURO CARACTERIZADO INDENIZAÇÃO FIXADA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA SENTENÇA REFORMADA RECURSO PROVIDO.* ***O bloqueio indevido de linha telefônica caracteriza o dano moral puro, imprescindível de prova, sendo devida a reparação civil. O valor da indenização por danos morais, por não haver valores pré-fixados, deve ser estabelecido de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade****. No caso de indenização por danos morais, a correção monetária é feita pelo IGPM/FGV, fixados a partir da data em que se fixou o quantum indenizatório, e os juros de mora de 1% ao mês, incidem a partir da data do evento danoso. (Apelação Cível n. 2011.002601-5, rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Segunda Turma Cível, j. 15.3.2011). (G.N.)*
>
> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO DE TELEFONIA DE FORMA INDEVIDA. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO.* ***Reconhecido judicialmente o equívoco praticado pela demandada de suspensão temporária e indevida do serviço de telefonia. Dano moral presumido, sendo desnecessária prova do prejuízo.*** *Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado mantido para fins de atendimento das particularidades das circunstâncias do fato e aos precedentes da Câmara. Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70039367594, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25/11/2010). (G.N.)*

Destarte, merece ser mantida a sentença no que tange ao dever de indenizar.

Do valor da indenização

É cediço que, a despeito do subjetivismo que implica o tema da fixação da indenização, vez que não existem critérios estabelecidos e fixos para a quantificação do dano moral, seu ressarcimento tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e, ao mesmo tempo, desestimular o ofensor a praticar novos atos da mesma natureza.

É preciso levar em conta, ainda, as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para ressarcir o ofendido pelo sofrimento suportado. Logo, não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados, sem destaque nos originais:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DA PROLAÇÃO DA DECISÃO – JUROS DE MORA – DATA DA INSCRIÇÃO INDEVIDA – SUCUMBÊNCIA DA PARTE VENCIDA – HONORÁRIOS FIXADOS EM 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O quantum indenizatório deve ser fixado observando circunstâncias específicas da hipótese em concreto, como capacidade econômica das partes, vedação ao locupletamento indevido, função pedagógica da condenação e gravidade do dano. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados com vistas ao caso concreto, de modo que representem adequada remuneração ao trabalho profissional. O termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão que fixou o dano extrapatrimonial e os juros de mora a contar da data da inscrição indevida. Ante a empresa apelada ter sido vencida na demanda, esta deve arcar com o ônus da sucumbência." (TJMS – Apelação Cível n. 2011.031681-1 – Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Terceira Câmara Cível – j. 8/11/2011).*

Nesse contexto, as circunstâncias que entremeiam a lide revelam que a apelada sofreu ofensa ao direito da personalidade, suportando injustamente a interrupção do serviço de internet e, ao tentar solucionar a questão, foi ofendida verbalmente por funcionário da empresa de telefonia, o que, associado à grande capacidade econômica da empresa ré, evidencia que, sendo justo e razoável, a fixação do valor indenizatório deve se dar no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois é suficiente para a compensação do prejuízo moral, além de desestimular a ré a praticar atos da mesma natureza.

Entendo que a separação de situações feita pelo magistrado para condenar a ora apelante, quais sejam, a interrupção do serviço e a ofensa à consumidora, tratam-se de uma só falha na prestação de serviços da empresa, uma sequência de atos que geram o dever de indenizar, não havendo necessidade de separar cada ato para quantificar o dano.

Dessa forma, merece reforma a sentença quanto a esse aspecto, a fim de reduzir o valor indenizatório de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), pelos danos morais causados.

Dos juros de mora

Quanto aos juros de mora, requer a apelante que incidam a partir do arbitramento da sentença.

Neste ponto, merece parcial provimento o recurso.

Isto porque, em se tratando de relação contratual, o termo de incidência dos juros, é a citação, vejamos:

> *"(...) 2) Na hipótese de condenação em indenização por danos morais, os juros de mora contam-se da citação e a correção monetária é calculada a partir da publicação do acórdão (Súmula nº 362 do STJ). 3) Recurso provido."* (TJDF; Rec. 2009.04.1.001128-2; Ac. 510.036; Terceira Turma Cível; Rel. Des. João Mariosi; DJDFTE 08/06/2011; p.93).

> *"CIVIL COBRANÇA DE DIFERENÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54/STJ DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. 1. Os juros, in casu, contam-se a partir da data em que a seguradora foi constituída em mora para proceder ao pagamento da diferença pleiteada pela recorrente, ou seja, a partir de sua citação. 2. A obrigação de indenizar decorrente do evento danoso, imputada a quem deu causa ao mesmo, não se confunde com a obrigação de pagar a importância segurada devida em razão do acidente, lastreada em contrato*

> *de seguro DPVAT. 3. Não sendo a seguradora a causadora dos danos que ensejaram opagamento do seguro, não há que se cogitar na aplicação de juros de mora contados desde a data do evento danoso, prevista no enunciado da Súmula nº 54/STJ. 4. Dissídio não comprovado na forma legal e regimental. 5. Recurso especial não conhecido."* (REsp 546392/MG; Recurso Especial, 2003/0087644-5, Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, julgado em 18/08/2005, Publicado no DJ 12.09.2005, p. 334)

Referida questão, inclusive, já foi discutida em sede de recurso especial repetitivo, sendo que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que os juros de mora são devidos a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Portanto, ainda que o pedido da recorrente não tenha sido atendido de incidência dos juros à partir da prolação da sentença, a forma como foi fixado na sentença também não está correta, devendo haver parcial procedência para alterar a data fixada do evento danoso, para a data da citação.

Do prequestionamento expresso

Quanto ao requerimento referente ao prequestionamento, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe parcial provimento, para reduzir o valor da indenização por danos morais de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais) e, alterar a data de incidência dos juros de mora da data do evento danoso para a data da citação, por se tratar de relação contratual. Mantida a sucumbência na forma da sentença, em razão da causalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 08 de setembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0804012-05.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – BENEFICIÁRIA MATRICULADA EM ENSINO SUPERIOR – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO RECEBIMENTO ATÉ 21 ANOS DE IDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

A pensão por morte é devida ao filho inválido ou até que complete 21 (vinte e um) anos de idade. Sem amparo legal, não há como estendê-la até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, mesmo quando o beneficiário for estudante universitário, muito menos restringi-la aos 18 anos de idade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Maraísa Mendes interpõe recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS que, no mandado de segurança com pedido de liminar impetrado em face de ato praticado pelo Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá, revogou a liminar concedida e denegou a segurança no que tange ao restabelecimento da pensão por morte percebida em razão do falecimento de sua mãe em 2008.

Em suas razões recursais, assevera haver direito líquido e certo à prorrogação desse benefício até completar 24 anos ou finalizar o curso de nível superior, bem como ao recebimento da pensão atrasada que foi suspensa até a data de seu restabelecimento.

Sem contrarrazões.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 201-209, opinando pelo provimento parcial do apelo.

VOTO 16/06/2015

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Maraísa Mendes interpõe recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS que, no mandado de segurança com pedido de liminar impetrado em face de ato praticado pelo Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá, revogou a liminar concedida e denegou a segurança no que tange ao restabelecimento da pensão por morte percebida em razão do falecimento de sua mãe em 2008.

Quanto à questão de fundo, pretende a impetrante continuar auferindo benefício previdenciário (pensão por morte) mesmo depois de completar 21 anos de idade, ao fundamento de que se encontra matriculada em curso de nível superior, o que caracteriza sua dependência econômica da segurada.

Inicialmente, ressalto que, como julgador de tribunal inferior tenho, muitas vezes, mudado de entendimento e opinião acerca de questões de direito, para acompanhar a jurisprudência das Cortes Superiores, quando se referem a julgamentos que foram objeto de Súmula ou de Jurisprudência construída com a manifestação unânime dos integrantes daqueles Tribunais.

E isso porque de nada adianta sustentar um determinado ponto de vista jurídico que, submetido a uma eventual revisão, será modificado por contrariar uma compreensão superlativa.

Sobre a matéria posta em julgamento, firmei em vários julgados que a pensão por morte poderia ser requerida e concedida até que o beneficiário completasse 24 (vinte e quatro) anos de idade ou concluísse o curso superior.

No entanto, revendo meu posicionamento sobre a matéria, passo a seguir a orientação superlativa do Superior Tribunal de Justiça que tem entendido que *a pensão por morte é devida ao filho inválido ou até que ele complete 21 (vinte e um) anos de idade, não havendo previsão legal para estendê-la até os 24 (vinte quatro) anos de idade, quando o beneficiário for estudante universitário* (REsp 1347272, MS, Rel. Min.Herman Benjamin, DJe 05/11/2012).

Importante frisar que vários julgados deste Sodalício, inclusive deste colegiado, estão sofrendo modificação pelo STJ.

Eis alguns: AgRg-REsp 1.333.472; Proc. 2012/0142693-0; MS; Primeira Turma; Rel. Min. Ari Pargendler; Julg. 09/04/2013; DJE 16/04/2013; REsp 1.347.272; Proc. 2012/0207015-4; MS; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 18/10/2012; DJE 05/11/2012 e AgRg no REsp nº 1.126.274/MS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 02/08/2010.

A vertente jurisprudencial ora assumida considera que o benefício previdenciário deve ser concedido pelas normas vigentes ao tempo do preenchimento dos requisitos necessários à sua concessão, por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*. *(STF: RE 436.995 AGR/RJ, Relª Minª Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 11.11.08, DJe 227/08; RE 461.904 AGR/SC, Rel. Min. Celso DE Mello, Segunda Turma, j. em 12.08.08, DJe 162/07; STJ: Enunciado nº 340, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça*).

Pois bem.

A Constituição Federal no artigo 24, XII e 25, possibilita aos Estados regularem a sua previdência social:

> *"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente sobre:*
>
> *(...)*
>
> *XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.*

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservados aos Estados as competências que não lhes seja vedadas por esta Constituição.

As disposições contidas na Lei Federal n.º 9.717, de 27/11/98, fixam regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos seus regimes próprios de previdência, a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social que, através da Lei n.º 8.213/91 e alterações posteriores, dispõe que o beneficiário na condição de dependente do segurado falecido estende-se até 21 anos de idade, senão vejamos:

Lei n.º 9.717/98

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 do previsto no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrária da Constituição Federal)

Lei n.º 8.213/91

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)"

A Lei nº 1.102/90 que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelece que:

"(...) Art. 191. O regime de previdência social estadual, mediante contribuição, assegurará os seguintes benefícios:

I - quanto ao segurado:

(...)

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

(...)

Art. 203. Contraído novo matrimônio, a pensão paga ao cônjuge será transferida, automaticamente, aos filhos menores e até atingirem vinte e um anos. (Redação dada pela Lei nº 2.157, de 26/10/00 - eficácia a partir de 27/10/00).

(...)

Art. 213. Acarretará perda da qualidade de beneficiário:

(...)

IV - a maioridade de filho, irmão, órfão ou pessoa designada, aos vinte e um anos de idade;

(...)

No que tange a Lei n.º 2.207, de 28 de dezembro de 2000, que instituiu o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul, esta disciplinava que:

Art. 6º São beneficiários do regime de previdência social de que trata esta Lei, na condição de dependentes do segurado:

(...)

II - os filhos solteiros, menores de vinte e um anos ou inválidos, ou menor de vinte e quatro anos, freqüentando curso superior;

Posteriormente, com a edição da Lei Estadual n.º 2.590, de 26 de dezembro de 2002, houve alteração do artigo 6º da Lei n.º 2.207/00, passando a dispor o seguinte:

"Art. 6º

(...)

II - os filhos solteiros, menores de dezoito anos ou inválidos;"

Cumpre ressaltar que as alterações ocorridas com a edição da Lei Estadual n.º 3.150, de 22 de dezembro de 2005 e a Lei Estadual n.º 3.591, de 9 de dezembro de 2008 em nada modificaram o limite da idade.

De todos os comandos normativos supra citados, fazendo-se uma interpretação sistemática, tem-se que os entes federados podem legislar concorrentemente sobre previdência social, devendo, no entanto, observar as regras gerais estabelecidas pela legislação federal.

Portanto, é do próprio texto legal a determinação de que o pagamento da pensão por morte extingue-se quando o dependente completa 21 anos de idade, mostrando-se inviável a pretendida prorrogação do benefício previdenciário até que os impetrantes completem 24 anos de idade ou concluam o estudo universitário, bem como seja limitada em 18 anos de idade, como afirmado pelas autoridades coatoras, posto que diverso do que previsto no Regime Geral de Previdência Social.

Observo, ainda, que, havendo regramento explícito na lei, ou seja, inexistindo omissão, não vejo como aplicar o instituto da analogia para fazer valer as regras de dependentes previstas na Lei do Imposto de Renda (Lei nº. 9.250/95), pois, nos termos do que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - denominação da conhecida Lei de Introdução ao Código Civil após a entrada em vigor da Lei n. 12.376/2009 - a analogia somente deve ser invocada pelo julgador para analisar hipóteses de lacuna na lei.

Aliás, é pacífica na jurisprudência que *"a matéria previdenciária só admite interpretação ex lege, não havendo amparo a interpretações analógicas"*.

Dito isso e, galgado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça *"a pensão por morte é devida ao filho inválido ou até que ele complete 21 (vinte e um) anos de idade, não havendo previsão legal para estendê-la até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, quando o beneficiário for estudante universitário. (AgRg no REsp nº 1.126.274/MS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 02/08/2010)."*

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 30/06/2015 em face do pedido de vista do vogal (Des. Vladimir), após o relator e o revisor darem parcial provimento ao recurso.

VOTO 30/06/2015

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Vogal):

Conforme se observa dos autos, a autora impetrou mandado de segurança em desfavor do Município de Corumbá, uma vez que, sendo beneficiária da pensão pela morte de sua mãe, falecida em 11.06.2008, no valor de R$ 5.044,63 (cinco mil, quarenta e quatro reais, sessenta e três centavos), teve suspenso o recebimento do benefício ao completar 21 (vinte e um) anos de idade; objetivou a concessão de medida liminar determinando que a autoridade coatora restabeleça imediatamente o valor da pensão, até o julgamento desta ação. Ao final, postulou a concessão da segurança, confirmando a liminar e o direito da impetrante em receber a pensão por morte até os 24 (vinte e quatro) anos de idade ou até a conclusão do curso universitário.

A sentença (f. 167-72) denegou a segurança.

O eminente relator negou provimento ao recurso.

Acompanho o relator, uma vez que, que tendo a apelante recebido a pensão por morte até a idade de 21 (vinte e um) anos de idade, teve assegurado seu direito, nos termos da legislação pertinente, não lhe assistindo direito à continuidade do recebimento até vinte e quatro anos ou até a conclusão do curso superior, haja vista a falta de previsão legal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Maraísa Mendes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 30 de junho de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0833184-47.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ERRO MÉDICO – PRAZO PRESCRICIONAL – RELAÇÃO DE CONSUMO – QUINQUENAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 27 DO CDC – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – INAPLICABILIDADE – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – 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, 18 de agosto de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Mercedes Rodas interpõe recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível de Campo Grande/MS que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movida em face de Admir Edi Correa Carvalho, julgou improcedente o pedido inicial e declarou resolvido o mérito, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, suscita preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que não oportunizada a realização de prova testemunhal e depoimento pessoal do apelado. Assevera que não participou da audiência preliminar por não ter sido intimada, configurando ofensa grave aos princípios constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e contraditório. Alega que o lapso temporal de três anos e dez meses entre a data do fato e a data em que o apelado revogou a procuração caracteriza a prescrição da pretensão de reparação civil. Afirma que não há falar em analogia com a lei consumerista, tendo em vista a inexistência de relação de consumo no presente caso. Defende que, em que pese o magistrado singular entender que *"a autora ajuizou a presente demanda no último dia do prazo prescricional da pretensão indenizatória em face do médico, pois o erro, conforme esta alegou na inicial, foi constatado em 17/9/2008, de modo que a prescrição ocorreu em 17/9/2013, data da distribuição do feito"*, o mesmo foi distribuído no dia 17 de setembro de 2014. Elucida que o apelado até o presente momento retém os documentos essenciais para o ingresso de ação indenizatória por conduta médica. Por fim, prequestiona a matéria. Requer, assim, a nulidade da sentença, eis que houve supressão da produção de provas e flagrante cerceamento de defesa, ou, caso não seja este o entendimento, seja reconhecida a perda da chance da apelante pela conduta desidiosa do apelado, condenando-o a reparar os danos.

Contrarrazões em fls. 147-150.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Mercedes Rodas interpõe recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível de Campo Grande/MS que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movida em face de Admir Edi Correa Carvalho, julgou improcedente o pedido inicial e declarou resolvido o mérito, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Da preliminar de cerceamento de defesa

A apelante, em sede de preliminar, alega que o julgamento antecipado da lide acarretou cerceamento, uma vez que não oportunizada a realização de prova testemunhal e depoimento pessoal do apelado.

Assevera que não participou da audiência preliminar por não ter sido intimada, configurando ofensa grave aos princípios constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e contraditório.

Primeiramente, insta salientar que, de acordo com as certidões de fls. 110 e 117, o oficial de justiça diligenciou em dois endereços - um deles, inclusive, informado pelo defensor público com base na conta de luz em nome da recorrente -, com o objetivo de localizar a apelante e proceder à sua localização, entretanto, ambas as tentativas restaram infrutíferas.

Não menos importante, a decisão da magistrado *a quo* pelo julgamento antecipado da lide ante a desnecessidade de produção de prova em audiência, o que está de acordo com o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Neste contexto, o juiz, no caso, não prejudicou a parte ao julgar antecipadamente o feito, por entender que existiam provas suficientes para proferir sua decisão, também razão por que não há que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse norte, respeitar o princípio da ampla defesa significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas úteis à parte ou a qualquer pessoa que responda a processo administrativo ou judicial. Este princípio não serve, contudo, para postergar o rito ao alvitre da parte interessada.

O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o magistrado assim procede por reputar estarem presentes nos autos elementos suficientes para a formação de seu convencimento, sendo desnecessária a vinda de outras provas. Nesse sentido a jurisprudência desse egrégio Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – DANOS MATERIAIS – COMPROVADOS – AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE A COMUNICAÇÃO DO SINISTRO À EMPRESA DE SEGUROS – OBRIGAÇÃO PREVISTA NO ART. 771 DO CÓDIGO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LUCROS CESSANTES – PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE - CONFRONTO DE FATO POSITIVO ALEGADO PELA AUTORA E FATO NEGATIVO PELA RÉ – DEVER DE PROVAR DA AUTORA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Não há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, caso o magistrado entenda que as provas documentais apresentadas são suficientes para formar o seu convencimento.*
>
> *Os danos materiais, uma vez comprovados, devem ser ressarcidos, devendo ser abatido o valor correspondente ao pagamento da franquia contratada.*

Não há falar em lucros cessantes, pela demora da empresa ré em reparar o veículo objeto do seguro, pois a empresa segurada deixou de comunicar à seguradora sobre a ocorrência do sinistro, obrigação que lhe incumbe, conforme prevê o art. 771 do CC.

Havendo confronto de fato negativo com fato positivo, o ônus da prova incumbe àquele que sustentou a ocorrência do fato positivo, tendo em vista a absoluta impossibilidade de produção de provas por aquele que negou o fato, não incidindo, portanto, neste caso, a inversão do ônus da prova. (Julgamento: 15/02/2011 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Sumário Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins Publicação: 22/02/2011 Nº Diário: 2368)

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO – PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE ATIVA DO MP; ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO; CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADAS – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO (SENTIDO AMPLO) ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – RESERVA DO POSSÍVEL – OBSERVÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSOS IMPROVIDOS.

O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa se as provas constantes nos autos já são suficientes para a instrução do processo e para a formação do convencimento motivado do juiz a respeito da matéria, de modo a tornar desnecessária a produção de outras provas.

(...) (Julgamento: 10/02/2011 Órgão Julgador: 4ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Lei Especial Relator: Des. Josué de Oliveira Publicação: 16/02/2011 Nº Diário: 2364)

Ora.

Não havendo a necessidade de produção de prova oral para se provar fato que pode ser demonstrado, sem qualquer empecilho, por meio de prova documental, não há que se falar em cerceamento de defesa uma vez que a ausência da oitiva de testemunhas em nada interferiria no resultado da sentença da presente demanda.

Rejeitada a preliminar e não tendo sido arguidas outras preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Assim, afasto a preliminar aventada.

Do mérito

A apelante ajuizou ação indenizatória objetivando a condenação do réu apelado ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes da perda de uma chance, pois contratou-o para o ajuizamento de demanda indenizatória em desfavor de terceiro – médico responsável por deixar sequelas em sua perna esquerda -, tendo o advogado deixado transcorrer o prazo prescricional sem a distribuição do feito.

Pois bem. De início, importante registrar que a relação instaurada na ação indenizatória por erro médico é de consumo, porquanto preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, eis que a a autora/apelante utilizou dos serviços médicos enquanto destinatária final, sendo considerado fornecedor o prestador de tal serviço (médico).

Sendo, pois, uma relação de consumo, em que pesem as alegações da apelante, 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).

Referido entendimento é sedimentado nesta E. Quinta Turma Cível:

> *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.* (TJMS. 5ª Câmara Cível. Apelação nº 0059846-52.2011.8.12.0001. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJe: 18/02/2015).

In casu, o erro médico foi constatado na data de 17.09.2008, conforme se extrai dos fatos narrados na inicial. 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 da nova intervenção cirúrgica para a retirada da carne necrosada (dano) e autoria (imputação ao médico).

Sendo assim, tendo o dano ocorrido em 17.09.2008 e a ação ajuizada em 17.09.2013, constata-se que a totalidade do prazo de cinco anos transcorreu somente na data de distribuição deste feito.

Consta da exordial que a revogação da procuração outorgada ao réu para o ajuizamento da demanda data de dezembro de 2012, ou seja, ainda dentro do prazo prescricional.

Logo, se a presente ação somente foi ajuizada nove meses após a revogação da procuração, torna-se inaplicável a teoria da perda de uma chance, vez que não ocorreu a prescrição da pretensão da apelante.

Visando evitar desnecessária tautologia, peço vênia para transcrever os fundamentos expendidos pelo magistrado singular, adotando-os como razão de decidir, *verbis*:

> *"(...) Assim, em dezembro de 2012, quando, pelo que se depreende da petição inicial, houve a revogação da procuração outorgada ao réu para o ajuizamento da demanda, ainda não havia decorrido o prazo prescricional aplicável ao caso, facultando à autora buscar outro profissional para prestar-lhe serviços advocatícios, ou mesmo a Defensoria Pública Estadual.*
>
> *Diga-se, ademais, que a autora ajuizou a presente demanda no último dia do prazo prescricional da pretensão indenizatória em face do médico, pois o erro, conforme esta alegou na inicial, foi constatado em 17/9/2008, de modo que a prescrição ocorreu em 17/9/2013, data da distribuição deste feito.*
>
> *Denota-se, pois, que inexistiu perda de um chance, porque não houve, com a alegada demora do réu no ajuizamento da demanda, perda da possibilidade da autora de conseguir a vantagem, que, no caso, seria a indenização pelo erro médico que alegou ter ocorrido, já que tal pretensão poderia ter sido deduzida até setembro de 2013.*
>
> *(...)*
>
> *Observe-se, por oportuno, que o julgamento da demanda deve se ater à invocada perda de chance como causa de pedir, porque foi esse o fundamento utilizado pela autora para embasar o pedido indenizatório: que o réu foi contratado para ajuizar a demanda indenizatória por erro médico e deixou transcorrer in albis o prazo prescricional aplicável à matéria, causando, com isso, a perda da chance real da autora ao recebimento da indenização.*
>
> *Isso porque o juiz apenas pode decidir nos limites em que a demanda foi proposta, conforme preveem os arts. 2º, 128 e 460 do CPC, sob pena, até, de nulidade da sentença. É o princípio da congruência, cuja inobservância constitui, ainda, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porque ao réu é oportunizado se defender apenas acerca da causa de pedir e do pedido constantes da petição inicial.*
>
> *(...)*
>
> *E, considerando que, como dito, a causa de pedir exposta na petição inicial é a alegada perda de uma chance pela prescrição da pretensão indenizatória, no período em que os documentos da autora se encontravam com o réu (até dezembro de 2012), o que, repise-se, não ocorreu (porque o prazo prescricional teve fim em 17/9/2013), a meu ver é desnecessária a dilação probatória para se averiguar se a demora no ajuizamento da*

> *demanda, após a assinatura da procuração em favor do réu, ocorreu por culpa da autora ou do réu, já que a apuração de tais fatos não alterará a decisão de mérito.*
>
> *Sendo assim, considerando que a perda de uma chance por inadimplemento contratual do réu, causa de pedir da presente demanda indenizatória, não ocorreu, porque a pretensão da autora, de recebimento de indenização por erro médico, só prescreveu nove meses depois da revogação do mandato outorgado ao réu, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe."* (fls. 124-127).

Ainda, no que diz respeito ao prequestionamento, requerido pela apelante, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados. Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - (...) - PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO."* (TJMS; Apelação Cível n° 2009.006947-2; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Órgão Julgador: 5ª Turma Cível; julgamento: 02.04.2009).

Dispositivo

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, 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0007630-17.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DOMÍNIO EM NOME DO AUTOR – PROVA DE POSSE COM *ANIMUS DOMINI* EXERCIDA PELOS RÉUS, A GERAR TEMPO PARA USUCAPIÃO – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EXCEÇÃO ARGUIDA NA CONTESTAÇÃO – DECURSO DE TEMPO COMPROVADO, INCLUSIVE COM JUSTO TÍTULO – TESE ACOLHIDA, SEM CONTUDO, HABILITAR OS RÉUS COM TÍTULO AQUISITIVO DE DOMÍNIO – RECURSO PROVIDO.

A ação reivindicatória pressupõe titular do domínio sem a posse, contra o possuidor não proprietário e com posse injusta.

Demonstrando os réus, na exceção de usucapião suscitada na contestação, posse prolongada sobre o imóvel, com *animus domini* e justo título, há de se julgar improcedente a pretensão reivindicatória do autor, não servindo o acórdão, no entanto, como título aquisitivo de domínio em favor dos demandados, já que a usucapião pressupõe procedimento próprio, inclusive com citação dos confinantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sonia Leopoldina Valente, Izabel Valente e Antonino Valente apelam da sentença que julgou procedente a ação reivindicatória ajuizada por Ubaldo Alves de Medeiros, determinando a entrega ao autor do imóvel matriculado sob nº 3.021 no SRI da 2ª Circunscrição desta Capital, de sua propriedade, além de condená-los ao pagamento de honorários de R$ 1.200,00.

Requereram os benefícios da justiça gratuita, alegando serem pessoas humildes e sem condições de suportarem as custas e honorários, embora patrocinados por advogado particular.

Dizem no recurso que exercem a posse do imóvel de boa-fé e nele erigiram uma modesta casa de alvenaria para residirem, ao passo que o apelado, embora o tenha adquirido no ano de 2010, conforme anotações na matrícula, nunca exerceu a posse sobre o bem, nem tampouco o seu antecessor.

Salientam a aquisição da área de Gessi Cardoso da Silva, a quem efetuaram diversos pagamentos no ano de 1992, o qual se apresentou como corretor de imóveis da Imobiliária Guaçu munido de procuração pública outorgada por Dercy Gomes Medeiros com poderes para vender, ceder, transferir a quem quiser, pelo preço, prazo e condições que ajustar os lotes 27 e 28 da quadra 09 do loteamento Bairro São Jorge da Lagoa (f. 292) e que embora a procuração faça menção equivocada à matrícula 3.017, refere-se aos lotes 27 e 28 da quadra 09 do Bairro São Jorge da Lagoa, exatamente os que mantém sob posse desde então de forma mansa e pacífica, a ponto de edificarem benfeitorias.

Requerem provimento do recurso para afastar a imissão na posse do apelado, reconhecendo a posse a gerar usucapião em favor dos réus; alternativamente, a redução dos honorários.

Contrarrazões às f. 299-305.

VOTO (EM 04.08.2015)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Sonia Leopoldina Valente, Izabel Valente e Antonino Valente apelam da sentença que julgou procedente a ação reivindicatória ajuizada por Ubaldo Alves de Medeiros, determinando a entrega ao autor do imóvel matriculado sob nº 3.021 no SRI da 2ª Circunscrição desta Capital, de sua propriedade, além de condená-los ao pagamento de honorários de R$ 1.200,00.

Dizem no recurso que exercem a posse do imóvel de boa-fé e nele erigiram uma modesta casa de alvenaria para residirem, ao passo que o apelado, embora o tenha adquirido no ano de 2010, conforme anotações na matrícula, nunca exerceu a posse sobre o bem, nem tampouco o seu antecessor.

Salientam a aquisição da área de Gessi Cardoso da Silva, a quem efetuaram diversos pagamentos no ano de 1992, o qual se apresentou como corretor de imóveis da Imobiliária Guaçu munido de procuração pública outorgada por Dercy Gomes Medeiros com poderes para vender, ceder, transferir a quem quiser, pelo preço, prazo e condições que ajustar os lotes 27 e 28 da quadra 09 do loteamento Bairro São Jorge da Lagoa (f. 292) e que embora a procuração faça menção equivocada à matrícula 3.017, refere-se aos lotes 27 e 28 da quadra 09 do Bairro São Jorge da Lagoa, exatamente os que mantém sob posse desde então de forma mansa e pacífica, a ponto de edificarem benfeitorias.

Requerem provimento do recurso para afastar a imissão na posse do apelado, reconhecendo a posse a gerar usucapião em favor dos réus apelantes; alternativamente, a redução dos honorários.

A sentença objeto de impugnação foi proferida com a seguinte fundamentação, na parte que interessa:

> *(...) Com efeito, o autor comprovou seu domínio sobre o imóvel, como se vê da cópia da matrícula nº 3.021 (fls. 16/19), em que o R.09 registra a propriedade de referido imóvel em seu nome, desde 20/04/2010 (e não desde 2004, como mencionado na inicial, já que nessa data houve a adjudicação do bem pela autora da herança, conforme R.07).*
>
> *Provado, pois, o domínio do autor sobre a coisa reivindicada e descrita esta, resta a aferição da posse injusta dos corréus, que de fato mantém a posse do imóvel mencionado na inicial, como sua residência.*
>
> *A esse respeito, em que pese o réu Antonino Valente sustente que não é possuidor do bem em testilha, mas sim do lote vizinho, é certo que ele próprio traz aos autos documentos que indicam que o bem está registrado em seu nome junto à concessionária de água e esgoto (fls. 267), o que faz cair por terra sua alegação.*

Nesse passo, anote-se que não há que confundir posse de boa-fé com posse injusta, para os fins da ação reivindicatória.

Posse de boa-fé, nos termos do art. 490 do Código Civil de 1916, reprisado pelo art. 1.201 do Código novo, é aquela cujo possuidor lhe ignora o vício ou não tem conhecimento de sua ilegitimidade.

Assim, ainda que a posse dos corréus possa ter sido de boa-fé até que fossem citados para esta ação, isso não quer dizer, necessariamente, que a qualidade de sua posse possa obstar o pedido petitório.

Deveras, a posse injusta como requisito da ação reivindicatória (ou de imissão de posse) não guarda perfeita consonância com a definição do art. 1.200 do Código Civil de 2002, o qual repetiu o art. 489 do Código revogado.

Não basta, portanto, que a posse não seja violenta, clandestina ou precária, mas, como na ação petitória se discute a propriedade, a posse que a pode obstaculizar é somente aquela derivada de título melhor que o do autor ou decorrente de relação obrigacional entre o réu e o titular do domínio (locação, comodato, venda e compra).

Nesse norte, salientam Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello:

"E o que é, então, posse injusta para fins da ação reivindicatória?

Para esse fim, a posse injusta é a detenção ou a posse sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas. Em acórdão relatado por Seabra Fagundes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte assim se manifestou a esse respeito:

'Para os efeitos da reivindicatória, doutrina Sá Pereira, o conceito de posse injusta não se decalca, exatamente, no art. 489 do Código Civil, isto é, não se infere apenas da violência, precariedade ou clandestinidade (Manual do Código Civil, v. 8, p. 25). O sentido da posse injusta se torna aqui mais amplo, o que é facilmente perceptível considerando-se que, se a posse de boa fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto diante do fato da posse. Mesmo de boa fé a posse cede ao domínio nessa ação específica de defesa dele. A detenção injusta se há de entender, então, como detenção sem título de propriedade, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas"[1].

No mesmo sentido, já se decidiu:

"REIVINDICATÓRIA. PRESSUPOSTOS. POSSE INJUSTA. A injustiça na posse, para efeito de tutela reivindicatória fundada no artigo 524 do Código Civil, não pressupõe adequação ao contido no artigo 489 do mesmo diploma legal relativamente à posse injusta própria para os interditos possessórios. Recurso especial não conhecido" (STJ - RECURSO ESPECIAL (RESP) - Nº 151237 - MG - RIP: 199700726169 - REL. CÉSAR ASFOR ROCHA - TURMA: QUARTA TURMA - J. 24/05/2000 - DJ. 07/10/2002).

"POSSE - INJUSTA E DE MÁ-FÉ - DISTINÇÕES. A justiça ou injustiça da posse determina-se com base em critérios objetivos. Diversamente do que ocorre com a posse de boa ou de má-fé que tem em vista elementos subjetivos, pois decorre da convicção do possuidor. O reconhecimento da injustiça da posse, levando a procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. Por maioria, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento (STJ - RECURSO ESPECIAL (RESP) - Nº 9095 - SP - RIP: 199100046426 - REL. CLÁUDIO SANTOS - TURMA: TERCEIRA TURMA - J. 07/04/1992 - DJ. 25/05/1992).

1 **Ação Reivindicatória**, Saraiva, 4ª edição, pág. 28.

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA PROCEDENTE. POSSE INJUSTA DOS RÉUS CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DO TÍTULO DE PROPRIEDADE. BENFEITORIAS. DIREITO DE RETENÇÃO NEGADO. ISENÇÃO DEFINITIVA DAS CUSTAS E DOS HONORÁRIOS. JUSTIÇA GRATUITA. PROVIMENTO NEGADO. Na ação reivindicatória, caracteriza-se como injusta a posse sem o respectivo titulo de propriedade (...)"* (Apelação Cível - Classe B - XV, 387417/01. Dourados. Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto. Primeira Turma Cível Isolada. Unânime. J. 09/05/2000, DJ-MS, 16/08/2000, pág. 04).
>
> *Nessa toada, aduzem os réus que adquiriram o bem em 1992, de um corretor de imóveis que detinha procuração outorgada pelos antigos proprietários. Ocorre que a procuração em testilha (fls. 61), se refere, na realidade, ao lote discriminado na matrícula 3.017, e não na matrícula 3.021, que é o lote reivindicado pela parte autora, não havendo nos autos notícia de que houve alguma alteração no número da matrícula do imóvel objeto da lide. Além disso, em referido documento sequer há a assinatura dos antigos proprietários a atestar que, de fato, outorgaram poderes para o mencionado corretor de imóveis.*
>
> *Mencione-se, outrossim, que não foi juntado nenhum documento, além da procuração e dos recibos dos valores supostamente pagos ao corretor de imóveis pela compra do imóvel, que demonstre a permanência dos réus na posse do imóvel e que pudesse ilidir a dúvida relativa ao número da matricula do bem (contas de água e luz, por exemplo).*
>
> *Ainda, não foi inquirida nenhuma testemunha que atestasse cabalmente a posse mansa, pacífica e ininterrupta dos réus sobre o bem, quiçá a sua origem.*
>
> *Assim, não há absolutamente nada nos autos que demonstre que a posse dos réus se lastreie em justo título apto a infirmar o domínio exercido pelo autor sobre o bem, razão pela qual a demanda merece ser julgada procedente.*
>
> *Ante o exposto, com fundamento no art. 1.228 do Código Civil, reconhecendo o domínio do autor sobre o imóvel descrito na inicial e a posse injusta dos corréus, julgo procedente o pedido reivindicatório para condená-los a entregar ao autor o referido imóvel. Por conseguinte, condeno os corréus, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo, por equidade, em R$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais), nos termos do art. 20, §4º do Código de Processo Civil.* (f. 275-279).

Como dito, alegam os réus apelantes terem adquirido o imóvel de Gessi Cardoso da Silva no ano de 1992, a quem efetuaram pagamentos, comprovando através de recibos, não só pelo fato de apresentar-se o *vendedor* como corretor de imóveis da Imobiliária Guaçu como estar munido de procuração pública outorgada por Dercy Gomes Medeiros com poderes para vender, ceder, transferir a quem quiser, pelo preço, prazo e condições que ajustar os lotes 27 e 28 da quadra 09 do loteamento Bairro São Jorge da Lagoa (f. 292) e que, embora a procuração faça menção equivocada à matrícula 3.017, refere-se aos lotes 27 e 28 da quadra 09 do Bairro São Jorge da Lagoa, exatamente os que mantém sob posse desde então de forma mansa e pacífica, tanto que neles construíram casa onde residem.

Tenho que razão é de ser dada aos apelantes.

A ação reivindicatória pressupõe proprietário sem posse, contra possuidor sem o domínio do bem. É o que ocorre na presente demanda, em que o autor demonstrou ser o proprietário do lote de terreno sob nº 27 (vinte e sete), da quadra nº 09 (nove), do bairro São Jorge da Lagoa, em Campo Grande, medindo 480,00m2, objeto da matrícula nº R-09/3.021, do SRI da 2ª circunscrição imobiliária desta Capital (f.16 e 17v).

Não há dúvida que a ação em evidência tem por escopo a invocação do *jus possidendi.*

No entanto, este requisito primordial merece análise crítica a partir do momento em que a parte *ex adversa* defende, demonstra, e faz prova, que o domínio do autor perece em decorrência de estar no exercício de posse justa, já que nos termos do art. 1.228 do Código Civil a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa que o proprietário tem e o direito de reavê-la está atrelado a detenção ou posse injusta.

Em relação ao primeiro pressuposto da ação, o título, em que pese o apelado porta-lo e trazê-lo aos autos, devidamente registrado no cartório, observa-se que em relação ao outro, a comprovação da injustiça da posse e detenção por parte dos apelantes o mesmo não ocorre.

Francisco Bueno Loureiro[2] ao tratar do tema da posse ou detenção injusta na ação petitória faz ponderação que merece reprodução, dada a pertinência com o caso.

> *Vale destacar que a expressão injustamente a possua, para efeito reivindicatório, tem sentido mais abrangente do que para simples efeito possessório. Nos termos do art. 1.200 do Código Civil, anteriormente comentado, posse injusta, para efeito possessório, é a marcada pelos vícios de origem da violência, clandestinidade e precariedade. Já para efeito reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse da coisa alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o possuidor não tenha título para sua posse.*

Há na posse dos apelantes uma peculiaridade que subtrai, como dito, um dos pressupostos para que ação petitória do apelado prospere, a justiça da posse daqueles, que é a posse *ad usucapionem,* com *animus domini*, adquirida em 1992, fato não só comprovado pelos documentos de f. 58-59, testemunhas e reconhecido pelo apelado nas contrarrazões, embora buscando empreender foco obtuso aos fatos.

Os documentos de f. 58-59 nada mais são do que comprovante de pagamento, em abril e maio de 1992 pela aquisição dos lotes 27 e 28 da quadrão 09 São Jorge da Lagoa, identificando-se o lote 27 com o reivindicado pelo apelado.

As testemunhas indicadas pelo apelado disseram em juízo:

> *(...) que conhece o autor há cerca de 10 ou 15 anos; ... que é corretor de imóveis e por volta de 2006, se lembra que o procurou querendo seus serviços para vender um imóvel situado no Bairro São Jorge da Lagoa; que chegou a ir até o local, onde constatou que no terreno havia a edificação de uma casinha de alvenaria, com cobertura de eternit; que não se interessou contudo em intermediar o negócio, porque verificou que havia problema com a posse do imóvel, uma vez que tinha gente morando lá; que pelo que apurou, o nome do morador era Antonio; que não sabe há quanto tempo o referido morador estava no imóvel. ...que o proprio autor falou para o depoente que o imóvel era habitado por essa pessoa; que posteriormente constatou isso quando visitou o local; que não sabe a que título o morador ocupava o imóvel; que segundo sou o imóvel era da Mãe do autor; que não sabe se quando ela comprou o imóvel estava desocupado; que na ocasião, o autor também lhe informou que tinha um acordo com os ocupantes para que estes desocupassem o imóvel para que ele pudesse vende-lo.... que quando o autor lhe procurou para vender o imóvel, falou que era um lote com uma edificação em cima, mas não disse se estava regularizada; que o autor não esclareceu ao depoente se a edificação tinha sido construída por ele ou por algum familiar. (f. 240).*

2 **Código Civil comentado**. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1044.

> *(...) que se lembra que em 2003 foi com seu Sogro, o autor, até o terreno em questão; que seu sogro disse que o havia recebido de herança e pretendia vende-lo; que chegando lá, constataram que o terreno estava cercado e nele havia uma casa inacabada; que não fora seu sogro quem construira a casa ou fizera a cerca; que o terreno tinha mato na ocasião; que bateram palmas na casa, mas ninguém atendeu; que voltou em com seu sogro ao imóvel em 2004; que o aspecto do terreno já era diferente; que a casa havia sido terminada e foram recebidos pela ré Sonia, que morava no local; que seu sogro conversou com ela sobre a possibilidade de um acordo entre as partes e ficou combinado que ela iria até a casa do seu sogro para conversarem; que posteriormente, se lembra de ter encontrado os réus Antonino e Sonia na casa de seu sogro, quando eles já estavam saindo; que por meio deles ficou sabendo que teriam entrado em um acordo com o sogro do declarante para compraram a propriedade do imóvel; que estavam indo para Goiânia, mas quando voltassem iriam pagar o valor combinado; que não lembra qual era esse valor; que o acordo acabou não dando certo; que os réus só ganharam tempo e depois entraram com uma ação de usucapião; ...que em 2006 voltou lá com seu sogro e com o Sr. Milani para colocar uma placa de vende-se, mas um rapaz que estava na casa atirou pedras neles; que o rapaz foi contido pelo réu Antonino, mas não conseguiram colocar a placa... que segundo os réus, o terreno e outro do lado, tinham sido vendidos a eles por um corretor de imóveis; que seu sogro tentou saber quem era esse corretor, mas não conseguiu; (...)* (f. 241).

Não há como dizer, portanto, que a posse dos apelantes fosse injusta.

Carlos Roberto Gonçalves[3] ressalta que a posse injusta *é a que foi adquirida viciosamente, por violência ou clandestinidade ou por abuso do precário. É violenta, por exemplo, a posse do que toma o objeto de alguém, despojando-o à força, ou expulsa de um imóvel, por meios violentos, o anterior possuidor. Isenta de violência, denomina-se a posse mansa e pacífica.*

Se assim é, a justa, em contraposição, *é aquela isenta de vícios, aquela que não repugna ao direito, por ter sido adquirida por alguém dos modos previstos na lei, ou, segundo a técnica romana, a posse adquirida legitimamente, sem vício jurídico externo (nec vim, nec clam, nem precario)*[4].

Observa-se que o autor apelado tinha pleno conhecimento da posse pelos apelantes e que o era de forma justa, tanto que com aqueles acordou para que desocupassem-na, comprovando, assim, o que foi dito pelas testemunhas Romaldo Milani e Marcelo de Oliveira Ramos, de que os apelantes continuaram ocupando o imóvel porque o apelado não cumpriu com a sua parte do acordo, qual seja, a compra do imóvel, reconhecendo, desde modo, que os apelantes estão na posse do terreno de forma justa, com *animus domini*.

No caso, há nos autos prova de que desde o ano de 1992 os apelantes estão na posse do imóvel. Pelo menos neste particular o apelado não desconstituiu a afirmativa dos apelantes, pois, como se vê dos depoimentos, há confirmação de que desde 2003 tinha conhecimento da presença dos apelantes no imóvel e que nesta época já estava o terreno cercado e uma casa em construção, vindo, assim, de encontro com a afirmação dos apelantes.

Ora, se os apelantes estão no imóvel desde 1992 e a ação proposta em 07.02.11, nesta ocasião já havia transcorrido 19 anos da posse, fluindo, desde modo, o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil, aplicável ao caso em evidência por se tratar da posse qualificada pela concessão de função social por intermédio da efetiva moradia do possuidor no local, quanto que neste sentido foi o indicado pelo apelado na inicial.

Têm-se, portanto, que não há como atribuir posse injusta aos réus apelantes, de forma que, somada ao tempo em que dela desfrutam, perfeitamente pertinente o recurso para afastar o acolhimento reivindicatório

3 **Direito Civil Brasileiro**, vol. V, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

4 Idem, p. 66.

pretendido pelo autor apelado, por estar ausente o pressuposto da posse injusta atribuída aos apelantes. Estes, aliás, exercem a posse mansa, pacífica, com justo título e

A propósito veja-se a jurisprudência:

> *APELAÇÃO CIVIL. Ação reivindicatória. Imóvel registrado em nome do autor. Relação jurídica preexistente entre o pai do autor e a ré. Causa jurídica da posse. Ausência de prova da posse injusta. Improcedência da pretensão reivindicatória. Recurso provido.* (TJPR; ApCiv 1302798-0; União da Vitória; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Helder Luis Henrique Taguchi; Julg. 08/07/2015; DJPR 28/07/2015; Pág. 506).

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EM DEFESA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO REIVINDICATÓRIO. A ação reivindicatória tem escopo no direito de seqüela, previsto no art. 1.228 do Código Civil, sendo aquela proposta pelo proprietário destituído da posse contra o não proprietário que a detém de forma injusta. Para a procedência da ação reivindicatória é necessário que o autor tenha a titularidade do domínio sobre o bem reivindicando; a individualização do bem e que esse esteja em poder do réu, injustamente. Havendo prova suficiente de que o Apelado reside no imóvel há mais de 15 anos, sem oposição e com animus domini, tendo, inclusive, estabelecido no local sua moradia habitual, deve ser reconhecida a usucapião extraordinária (art. 1.238 do CCB/02) do bem e, conseqüentemente, ser julgada improcedente a ação reivindicatória.* (TJMG; APCV 1.0407.12.003972-9/001; Relª Desª Aparecida Grossi; Julg. 15/07/2015; DJEMG 24/07/2015).

> *APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO REIVINDICATÓRIA. REQUISITOS AUSENTES. POSSE DO DEMANDADO NÃO INJUSTA. Ainda que demonstrada a propriedade do imóvel pela parte autora, a existência de justificativa plausível para a posse dos demandados (posse sobre o imóvel decorrente de contrato de alienação, plenamente válido), o que impede seja considerada injusta, inviabiliza o acolhimento do pedido reivindicatório. Eventual inadimplemento do contrato deve ser veiculado em demanda própria. Negaram provimento. Unânime. (*TJRS; AC 0152573-91.2015.8.21.7000; Eldorado do Sul; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra; Julg. 16/07/2015; DJERS 21/07/2015).

Não provando o apelado que os apelantes estão na área de forma injusta, como exige o art. 1.228 do Código Civil, ônus que lhe incumbia por força do disposto no art. 333, I, do CPC, deve a a pretensão do autor ser julgada improcedente.

O reconhecimento de usucapião pela defesa apresentada pelos réus não permite a estes o registro da sentença de improcedência da pretensão do autor no Serviço Registral de Imóveis, como título aquisitivo de domínio, até porque, a ação de usucapião tem procedimento próprio, inclusive com a citação dos confinantes, o que não ocorre na presente demanda.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, julgar improcedente o pedido reivindicatório do autor, dada a ausência de prova da posse injusta dos réus apelantes. Declaro o processo extinto com resolução de mérito (art. 269, I, CPC). Condeno o apelado no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que ficam invertidos. Defiro aos réus os benefícios da assistência judiciária gratuita, mormente por se tratar de lide que versa sobre pequena posse, utilizada como moradia.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 18/08/2015 em face do pedido de vista do revisor (Des. Júlio), após o relator dar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 18.08.2015)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a efetiva existência ou não da posse com *animus domini* como reconhecido pelo nobre relator e, após estudar o feito entendo por bem acompanhar seu entendimento, explico:

Os documentos acostados aos autos, em especial os de fls. 58-59, comprovam que a apelante Sonia Leopoldina Valente, em abril e maio de 1992, pagou pela aquisição dos lotes 27 e 28 da quadra 09 do bairro São Jorge da Lagoa, o que alicerça a existência da posse justa e com ânimo de dono pelos apelantes.

Ainda, é de se destacar um dos relatos testemunhais:

> *(...) que conhece o autor há cerca de 10 ou 15 anos; ... que é corretor de imóveis e por volta de 2006, se lembra que o procurou querendo seus serviços para vender um imóvel situado no Bairro São Jorge da Lagoa; que chegou a ir até o local, onde constatou que no terreno havia a edificação de uma casinha de alvenaria, com cobertura de eternit; que não se interessou contudo em intermediar o negócio, porque verificou que havia problema com a posse do imóvel, uma vez que tinha gente morando lá; que pelo que apurou, o nome do morador era Antonio; que não sabe há quanto tempo o referido morador estava no imóvel. ...que o proprio autor falou para o depoente que o imóvel era habitado por essa pessoa; que posteriormente constatou isso quando visitou o local; que não sabe a que título o morador ocupava o imóvel; que segundo sou o imóvel era da Mãe do autor; que não sabe se quando ela comprou o imóvel estava desocupado; que na ocasião, o autor também lhe informou que tinha um acordo com os ocupantes para que estes desocupassem o imóvel para que ele pudesse vende-lo.... que quando o autor lhe procurou para vender o imóvel, falou que era um lote com uma edificação em cima, mas não disse se estava regularizada; que o autor não esclareceu ao depoente se a edificação tinha sido construída por ele ou por algum familiar.* (f. 240).

Aliás, é de se destacar que os apelantes estão no imóvel de 1992 e a ação reivindicatória somente foi ajuizada em 07-02-11, quando já havia transcorrido o prazo de 19 anos.

Assim, não tenho dúvidas em acompanhar o voto do relator, para dar provimento ao presente recurso e, reconhecendo a existência da posse justa e com ânimo de dono dos apelantes, julgar totalmente improcedente o pedido reivindicatório do autor/apelado.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800028-76.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMORA NO RESTABELECIMENTO DE ENERGIA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – HIPÓTESE EM QUE FORAM RESPEITADOS OS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – DANO MORAL AFASTADO – RECURSO PROVIDO.

Não restou configurado ato ilícito capaz de ensejar o direito à indenização, considerando que a prestação de serviço da empresa deve respeitar todos os requisitos necessários para garantir a segurança do consumidor antes da ligação da energia elétrica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de julho de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A interpõe recurso de apelação contra decisão proferida pela 2ª Vara Cível de Corumbá, que em ação indenizatória, que lhe move João Francisco de Oliveira, condenou a ré ao pagamento de R$ 10.000,0 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigidos pelo IGPM, a partir da data do arbitramento e 1% de juros de mora, desde a data do evento danoso e, ainda, ao pagamento de custas e honorários arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Aduz que a demora no fornecimento de energia elétrica ao imóvel do autor se em decorrência incompatibilidade dos endereços fornecidos e a necessidade de adequações nas instalações elétricas, e que os procedimentos adotados encontram-se amparados pela legislação.

Alega, ainda, que o caso em tela não há provas válida a respeito dos danos sofridos e que valor concedido a título de indenização por danos morais é excessivo.

Requer o reconhecimento da inexistência dos danos morais sofridos, e caso não seja esse o entendimento, a minoração do *quantum* indenizatório para o importe de R$ 1.000 (um mil reais).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A interpõe recurso de apelação contra a decisão proferida pelo juízo da 2ª vara cível de Corumbá, que em ação de indenização que lhe move João Francisco de Oliveira, condenou a ré ao pagamento de R$ 10.00,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigidos pelo IGPM a partir da data do arbitramento e 1% de juros de mora ao mês, desde a data do evento danoso e, ainda, ao pagamento de custas e honorários, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Aduz que a demora no fornecimento de energia elétrica ao imóvel do autor deu-se em decorrência de incompatibilidade dos endereços fornecidos e a necessidade de adequação nas instalações elétricas, cujos procedimentos adotados se encontram amparados pela legislação reinante.

Alega, ainda, que no caso em tela não há prova válida a respeito dos danos sofridos e que valor concedido a título de indenização por danos morais é excessivo.

Requer o reconhecimento da inexistência dos danos morais sofridos; caso não seja esse o entendimento, a minoração do *quantum* indenizatório para o importe de R$ 1.000,00 (mil reais).

Passo a análise do recurso.

Do dano moral

A empresa ré recorre da sentença alegando que a demora no fornecimento de energia elétrica não se deu por falha na prestação de serviços, e sim por *"necessidade de adequação nas instalações elétricas da UC aos padrões técnicos e de segurança da distribuidora para prestação de serviços"* (f.198).

Aduz que não há ato ilícito, que não agiu com culpa, e que os procedimentos adotados encontram-se amparados pela legislação setorial vigente, inclusive na resolução 414/2010 da ANEEL.

O juiz *a quo* entendeu que a atitude da empresa configurou falha na prestação de serviço, sob o argumento de que:

> *"Privar o consumidor, indevidamente, de energia elétrica, durante período significativo é falha que ocasiona dano moral, em prejuízo da honra do consumidor.*
>
> *Energia elétrica é bem essencial a vida moderna, privar o consumidor de bem essencial a sua sobrevivência caracteriza dano moral puro, que independe de outras (...)*
>
> *Sopesados todos os critérios expostos nessa sentença, sobretudo o período significativo, aproximadamente 45 dias, do qual o consumidor ficou privado de energia elétrica em imóvel que alugou para moradia, nos termos de pág. 15/16, entendo moderado fixar a indenização em R$ 10.000,00."*

Tenho visão oposta àquela do juiz singular. Explico o porquê.

O autor, em sua inicial, narra que alugou o imóvel em 20.11.2014, comparecendo à agência da recorrente para solicitar o fornecimento de energia. No entanto, diante da necessidade de alguns documentos, sua solicitação não foi atendida.

Ao apresentar os documentos pertinentes, foi informado que seria realizada a vistoria técnica no prazo de 3 (três) dias, para a ligação da rede elétrica em 19.12.2014.

Decorrido o prazo o autor entrou em contato com a ré, tomando ciência da impossibilidade da realização de vistoria, por incompatibilidade de endereços. Compareceu à agência, comprovou o endereço informado, marcou nova vistoria, que se realizou no dia 02.01.2015, apontando a necessidade de reparos no medidor.

Os reparos foram providenciados no dia seguinte e informados em 05.01.2015 à empresa, juntamente com a solicitação para nova vistoria, não sendo atendido até 09.01.2015, data da propositura da ação, ou seja, um dia após o vencimento do prazo.

De acordo com os documentos juntados pelo autor à f.32, observa-se que na data em que foi proposta a ação de indenização, fora realizada nova vistoria, ocasião em que foram solicitados os últimos reparos.

A conclusão dos últimos reparos foi informada em 16.01.2015 (f.200), procedidos do fornecimento de energia elétrica na data de 19.01.2015.

Pois bem. Pelos fatos narrados na inicial, pode-se observar que apesar do incômodo vivenciado pelo autor, não restou configurado nenhum dano de ordem moral, que justificasse reparação. Com razão a apelante, ao alegar que apenas houve respeito às normas discriminadas na resolução n. 414/2010 da ANEEL, pois a prestação de serviço realizada pela empresa deve respeitar todos os procedimentos necessários a garantir a segurança do consumidor.

Partindo dessa premissa, observa-se que, ao contrário do entendimento do juiz singular, ao entender que o consumidor foi privado do fornecimento da energia elétrica por tempo significativo, a empresa apenas cumpriu com seu dever, para garantir a qualidade dos serviços prestados, respeitando os prazos estipulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

Com relação aos prazos determinados pela resolução n.414/2010 da ANEEL, tem-se em seu art. 30 que:

> *Art. 30. A vistoria da unidade consumidora deve ser efetuada em até 3 (três) dias úteis na área urbana e 5 (cinco) dias úteis na área rural, contados da data da solicitação do interessado de que trata o art. 27 ou do pedido de nova vistoria, observado o disposto na alínea "i" do inciso II do art. 27. (Redação dada pela REN ANEEL 670 de 14.07.2015)*
>
> *§ 1o Ocorrendo reprovação das instalações de entrada de energia elétrica, a distribuidora deve informar ao interessado, por escrito, em até 3 (três) dias úteis, o respectivo motivo e as providências corretivas necessárias.*
>
> *§ 2º Na hipótese do § 1º, a distribuidora deve realizar nova vistoria e efetuar a ligação da unidade consumidora nos prazos estabelecidos no art. 31, caso sanados todos os motivos da reprovação em vistoria anterior, observados os prazos do caput, após solicitação do interessado. (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)*
>
> *§ 3º Durante o prazo de vistoria, a distribuidora deve averiguar a existência de rede de distribuição que possibilite o pronto atendimento da unidade consumidora. (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012*
>
> *§ 4o Nos casos onde for necessária a execução de obras para o atendimento da solicitação, nos termos do art. 32, o prazo de vistoria começa a ser contado a partir do primeiro dia útil subsequente ao da conclusão da obra pela distribuidora ou do recebimento da obra executada pelo interessado. (Redação dada pela REN ANEEL 670 de 14.07.2015).*

É inegável que o fornecimento de energia elétrica é serviço essencial, porém, o apelante não teve seu fornecimento de energia impedido por negligência da empresa apelante.

O pedido de danos morais, pelos mesmos fundamentos acima, não merece guarida, pois não há conduta ilícita que justifique a sua responsabilidade.

Para a configuração do dever de indenizar, deve estar presente os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, o ato ilício e o nexo de causalidade. Embora desagradável a situação vivenciada pelo autor, por não poder usufruir do fornecimento de energia elétrica assim que ocupou o imóvel, tenho que inexiste conduta ilícita por parte da empresa apelante.

Importante observar que o procedimento adotado pela ré apelante se pauta em normas de segurança ao próprio consumidor que, não raro, faz o pedido de ligação sem que tivesse cumprido as normas da engenharia elétrica.

Por outro lado, injustificável que o consumidor tenha sua honra abalada porque a empresa tivesse, por um dia, não cumprido a ligação de sua energia elétrica. Todos sabem os entraves e as dificuldades de operacionalização técnica nesse setor, de modo que, um dia apenas de não cumprimento do prazo não seria o suficiente para gerar dano moral.

Assim, ausente a ilicitude no agir da ré, incabível sua condenação em danos morais. Nesse sentido:

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA - IMPROCEDÊNCIA. - Não estando presentes todos os elementos da responsabilidade civil não há que se falar em obrigação de indenizar.* (TJMG - AC: 10145120810018001 MG, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 10/06/2014, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/06/2014)

> *APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. - A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido pela vítima, provém de ato ilícito, causado por violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio, conforme a regra contida no artigo 186, CC. Nessa toada, não comprovada a prática de ato ilícito por parte dos Réus, há de se manter a sentença por meio da qual foram julgados improcedentes os pedidos de indenização por danos morais.* (TJMG - AC: 10024101651453001 MG, Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 27/02/2014, Câmaras Cíveis / 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/03/2014)

Importante destacar que os meros dissabores, aborrecimentos que fazem parte das relações contratuais e comerciais, não podem ser alçados ao patamar de situações indenizáveis, sob pena de estimular a chamada indústria do dano moral, o que se afasta sobremaneira do verdadeiro escopo do instituto, qual seja, viabilizar a convivência social harmônica e justa, reprimindo condutas lesivas.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves[1]:

> *"No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (que assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por*

1 **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 566-567.

dano material, moral ou à imagem") e X (que declara invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas") e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático "a dignidade da pessoa humana".

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral "a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (Programa, cit., p. 78)."

Logo, não ultrapassando a situação ocorrida com o apelado o limite do mero aborrecimento, por inexistir ato ilícito capaz de ensejar o direito à indenização por danos morais, o recurso merece provimento.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de afastar a condenação em danos morais, julgando, por consequência, improcedente a pretensão do autor, declarando o processo extinto com resolução de mérito (art. 269, I, CPC). Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e em honorários, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 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. 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, 21 de julho de 2015.

***

4ª Seção Cível
Embargos Infringentes n. 0803140-11.2014.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SUICÍDIO DE MENOR INTERNADO EM UNIDADE EDUCACIONAL DE INTERNAÇÃO – UNEI (CASA DE GUARDA) – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – MATÉRIA ADSTRITA À DIVERGÊNCIA – VALOR DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, QUE FOI ALÉM DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR, QUE REDUZIU OS DANOS MORAIS DE ACORDO COM OS PARÂMETROS ADOTADOS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 530 do CPC, *"Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."* No caso, o objeto da divergência é apenas quanto aos valores fixados a título de compensação por danos morais, porquanto neste ponto é que a sentença foi reformada por maioria de votos.

2. Cabível a interposição dos embargos infringentes para o fim de buscar uniformização quanto ao valor dos danos morais. Prevalece, inclusive, a interpretação restritiva quanto ao art. 530 do CPC, no sentido de que, mesmo após as alterações implementadas pela Lei nº 10.352/01, que restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não se previu a necessidade de o voto vencido adotar a mesma conclusão da sentença, de modo que descabe interpretação ampliativa. Assim, é prescindível a correspondência entre a sentença e o voto vencido, para a interposição dos embargos infringentes. Precedentes.

3. Há de prevalecer o voto vencedor que reduziu o montante fixado a título de compensação por danos morais, porquanto bem avaliou as circunstâncias factuais afeitas à controvérsia estabelecida, de acordo com uma ponderação de valores nos termos dos critérios indicados pela doutrina.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Maria Aparecida dos Santos interpõe embargos infringentes contra o acórdão da 3ª Câmara Cível que, por maioria, vencido o vogal, deu parcial provimento ao reexame necessário para reformar, em parte, a sentença recorrida, em ação indenizatória que move em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, reduzindo o valor do *quantum* indenizatório para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), mantendo a improcedência do pedido de pensionamento mensal a título de dano material e os critérios de correção adotados na sentença.

Conforme relatado, a embargante ajuizou ação de reparação de danos morais e materiais, objetivando indenização em razão do falecimento de seu filho no interior do alojamento CT 1 da UNEI – Dom Bosco.

Entende que o voto vencido, lavrado pelo Des. Marcelo Câmara Rasslan, é o que retrata a verdade dos fatos, por se tratar de família de baixa renda, pois, conforme relatado, *"onde o esteio da família é uma mãe que sustenta seis filhos e o valor da indenização seria revertido em favor da família, possivelmente, melhorando a qualidade de vida de todos"* (f. 244).

Requer o provimento do recurso para o fim de que prevaleça o voto vencido, que majorou a condenação em danos morais, condenou a ré em danos materiais, majorou a verba honorária e estabeleceu outros parâmetros de atualização do valor devido.

Em contrarrazões, a embargada pugna pelo desprovimento dos embargos infringentes.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Maria Aparecida dos Santos interpõe embargos infringentes contra o acórdão da 3ª Câmara Cível que, por maioria, vencido o vogal, deu parcial provimento ao reexame necessário para reformar em parte a sentença recorrida, em ação de indenização que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul, reduzindo o valor do *quantum* indenizatório para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), mantendo a improcedência do pedido de pensionamento mensal a título de dano material e mantendo, ainda, os critérios de correção adotados na sentença.

Conforme relatado, a embargante ajuizou ação de reparação de danos morais e materiais, objetivando indenização em razão do falecimento de seu filho no interior do alojamento CT 1 da UNEI - Dom Bosco.

Entende que o voto vencido, da lavra do Des. Marcelo Câmara Rasslan, é o que retrata a verdade dos fatos por se tratar de família de baixa renda, pois, conforme relatado, *"onde o esteio da família é uma mãe que sustenta seis filhos e o valor da indenização seria revertido em favor da família, possivelmente, melhorando a qualidade de vida de todos"* (f. 244).

Requer o provimento do recurso para o fim de que prevaleça o voto vencido, que majorou a condenação em danos morais, condenou a ré em danos materiais, majorou a verba honorária e estabeleceu outros parâmetros de atualização do valor devido.

Em contrarrazões, o embargado pugna pelo desprovimento dos embargos infringentes.

Passa-se ao exame da matéria.

Danos Morais

Extrai-se dos autos que o juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela autora, condenando o Estado-embargado a pagar tão-somente indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); os danos materiais não foram acolhidos.

Por meio do recurso de apelação, reexame necessário e recurso adesivo, a

3ª Câmara Cível deste Tribunal, por maioria, manteve a sentença de improcedência quanto ao pedido de danos materiais e reformou a sentença, em reexame necessário, quanto ao dano moral, reduzindo o dano extrapatrimonial para o montante de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Com efeito, dispõe o art. 530 do CPC que *"Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.*

No caso destes autos, como dito, em sede de reexame necessário a sentença foi reformada, por maioria, apenas no tocante ao valor dos danos morais; foi mantida a improcedência do pedido, por maioria, quanto aos danos materiais.

Assim, de acordo o dispositivo supra, o objeto da divergência se restringe a apenas ao valor dos danos morais, já que apenas neste ponto houve reforma do julgado por maioria de votos.

A embargante, por meio dos presentes embargos infringentes, busca a modificação do resultado para que prevaleça o voto vencido do vogal, Des. Marcelo Câmara Rasslan. Na matéria adstrita à divergência, assim decidiu o ilustre vogal, *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *IV – Dano Moral*
>
> *O Juízo de origem fixou o valor do dano moral em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e o eminente Relator o reduziu para R$ 30.000,00 (trinta mil reais).*
>
> *Entendo que devem ser elevados ao patamar pleiteado na inicial, ou seja, para R$ 100.000,00 (cem mil reais).*
>
> *Trata-se, repito, de situação excepcionalísima.*
>
> *À autora-apelante não se pode impingir a minimização da sua dor pela morte de seu filho adolescente, mesmo que se admita, à vista daqueles que distinguem a normalidade do mundo e das pessoas, e a importância destas nas relações familiares, sociais e afetivas, pela conduta da maioria.*
>
> *Fácil imaginar-se o sofrimento da autora-apelante com o sofrimento do filho, ainda em vida, por figurar dentre aqueles que compõem uma minoria sabidamente hostilizada e incompreendida.*
>
> *Mais fácil, ainda, perceber-se que diminuir o quantum da dor, ou minimizá-lo pelo fato do falecido compor determinada minoria que a sociedade, grandemente, não aceita, é firmar-se o preceito que, para ele e seus familiares, não vige a igualdade de direitos, nem de sofrimento.*
>
> *Em tempos em que a indevida inscrição em órgãos restritivos de crédito leva, rotineiramente, à condenação em valores que suplantam R$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais, é evidente que a dor pela morte de um filho e que, inclusive, se reverterá em prol de todo o núcleo familiar próximo, tanto que na origem o Juízo determinou que fossem nominados os parentes próximos, o que restou cumprido -, merece ser melhor valorada.*
>
> *Em recente julgado da 1.ª Câmara Cível deste Sodalício (AC n.º 02830-51.209.8.12.01), também referente à indenização por morte de pessoa custodiada pelo Estado, do qual fui relator designado por ter proferido o voto vencedor que confirmou*

a sentença, na parte unânime, referente aos danos morais, foram eles quantificados no importe de R$ 10.000,0 0(cem mil reais).

(...)

Dada a existência de mais de seis pessoas do núcleo familar do falecido que foram atingidos com a dor e sofrimento, entendo razoável, efetivamente, o acolhimento do pedido inicial quanto aos danos morais, que está conforme a jurisprudência desta Corte e do STJ, pelo que os fixo em R$ 100.00,00 (cem mil reais).”

Já o voto do vencedor foi lavrado pelo ilustre desembargador Marco André Nogueira Hanson, nos seguintes termos, que ora transcrevo, *in verbis:*

Dano moral. *Quantum* indenizatório.

“À vista da inexistência de parâmetros legais para fixação do valor do dano extrapatrimonial, o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Outrossim, deve atentar para a natureza jurídica da indenização, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

O julgador de primeiro grau fixou o valor da indenização em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A parte autora, por sua vez, pugna para que seja majorada a citada quantia para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano oral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

(...)

A indenização, portanto, deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, assim como punitivo, visando à compensação ao dano sofrido. Não devendo, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Afora isso, no caso específico dos autos, deve ser sopesada a concorrência da vítima no evento danoso, pois também contribuiu para o trágico desfecho que culminou em seu falecimento.

Nesse norte, tenho que o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais à autora mostra-se excessivo com os fatos que permeiam a demanda.

Atentando-se às peculiaridades apresentadas no caso dos autos, em observância aos princípios da razoabilidade e da moderação e, ainda, a capacidade econômica das partes, entendo que o montante fixado pela sentença recorrida mostra-se desproporcional, razão porque, em rexame obrigatório, reduzo a indenização para o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Assim, nesta parte, nego provimento ao recurso da autora e em reexame obrigatório, reformo parte da sentença recorrida para reduzir o valor da verba indenizatória.”

De início, friso que é cabível a interposição dos embargos infringentes para o fim de buscar uniformização quanto ao valor dos danos morais. Prevalece, inclusive, a interpretação restritiva quanto ao art. 530 do CPC, no sentido de que, mesmo após as alterações implementadas pela Lei nº 10.352/01, que restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não se previu a necessidade de o voto vencido adotar a mesma conclusão da sentença, de modo que descabe interpretação ampliativa. Assim, é prescindível a correspondência entre a sentença e o voto vencido, para a interposição dos embargos infringentes. A propósito, confira-se:

> *"Processo Civil. Recurso Especial. Ação de compensação por danos morais. Embargos infringentes. Divergência quanto ao valor compensatório. Correspondência entre a sentença e o voto vencido. Necessidade.*
>
> *- Neste processo, a sentença que julgou procedente o pedido de compensação por danos morais e fixou o respectivo valor em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) foi, por maioria, reformada pelo acórdão recorrido, para reduzir o valor compensatório a R$ 3.000,00 (três mil reais). O voto vencido dava provimento à apelação do recorrente, para julgar improcedente o pedido compensatório.*
>
> *- São cabíveis embargos infringentes quando há reforma, por maioria, da sentença de mérito e a divergência entre os votos refere-se ao valor da compensação por danos morais. Precedentes.*
>
> *- O art. 530 do CPC, mesmo após as alterações da Lei 10.350/01, que restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não previu a necessidade de o voto vencido adotar a mesma conclusão da sentença, de modo que descabe interpretação ampliativa. Assim, é prescindível a correspondência entre a sentença e o voto vencido, para a interposição dos embargos infringentes. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ. REsp 1102480/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 22/06/2010).

Em análise do caso, entendo que deve prevalecer o voto da maioria.

Com base nos critérios indicados pela doutrina a aceitos pela jurisprudência majoritária, no que concerne aos danos morais o julgador deve aferir, entre outros requisitos, sobretudo a capacidade econômica de ambas as partes, num juízo de ponderação de valores; a extensão do dano e a reprovabilidade da conduta ilícita.

A autora-embargante é pessoa de recursos modestos; em que pese a omissão do Estado em não evitar o dano, o fato é que o infortúnio ocorreu por culpa concorrente da vítima, que contribuiu sobremaneira para o evento morte. O caso é de suicídio. Logo, sem muito esforço, tem-se que a reprovabilidade do ofensor, ora embargado, é de grau mínimo.

Nesse contexto, há de prevalecer o voto vencedor, que reduziu a indenização por dano extrapatrimonial ao montante de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), porquanto bem avaliou as circunstâncias factuais afeitas à controvérsia estabelecida de acordo com uma ponderação de valores, de acordo com os critérios indicados pela doutrina e jurisprudência pátria.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

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

Trata-se de procedimento recursal de embargos infringentes interposto por Maria Aparecida dos Santos contra decisão proferida pelos membros da 3º Câmara Cível na apelação cível nº 0803140-11.2014.8.12.0001 proveniente da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face do

Estado de Mato Grosso do Sul, requerendo a confirmação do voto apresentado pelo Vogal Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, que majorou a indenização para o valor de R$ 100.000,00.

Alegou em síntese que:

1 - ajuizou a ação objetivando a reparação por danos materiais e morais em virtude da morte de seu filho em 13/03/2013 no interior do alojamento CT1 da UNEI - Dom Bosco;

2 - O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos morais no valor R$ 50.000,00;

3 - em reexame necessário, a sentença foi reformada por maioria de votos para reduzir a quantia arbitrada de R$ 50.000,00 para R$ 30.000,00 nos termos do voto do Des. Relator Marco André Nogueira Hanson, sendo vencido o Des. Marcelo Câmara Rasslan que dava provimento ao recurso da embargante para majorar em R$100.000,00;

Por fim, pede que seja provido o recurso para reformar o acórdão proferido no julgamento da apelação, mantendo o voto vencido.

Apresentadas as contrarrazões. (f. 35/38).

No caso desses autos, a 3º Câmara Cível deste Tribunal, por maioria, manteve a sentença de improcedência referente ao pedido de danos materiais e reformou-a, em reexame necessário, quanto ao dano moral, o que foi reduzido para o valor de R$ 30.000,00.

Conforme se verifica no julgamento, restou prevalecido o voto do Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva que negou provimento a esses embargos, mantendo os votos vencedores dos membros da 3º Câmara Cível.

No entanto, em que pesem os fundamentos explanados no voto da E. Relatoria, divirjo no tocante ao *quantum* indenizatório dos danos morais para fixar a indenização em R$ 50.000,00 conforme prolatada a sentença monocrática, julgando parcialmente procedente esse recurso.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (1° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimental (2º Vogal)

Acompanho a Divergência quanto ao entendimento de que a sentença de 1º grau bem julgou a questão fixando os danos morais, na hipótese do falecimento, apesar de ser por suicídio, em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Acompanho o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 17 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0039651-12.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AQUISIÇÃO DE PRODUTO VENCIDO – *QUANTUM* MANTIDO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL – EVENTO DANOSO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Caracterizado o dano moral, deve ser fixada a indenização em valor consentâneo com a gravidade da lesão, a condição econômico-financeira das partes e o grau de culpa do lesante, de modo que o valor consiga trazer satisfação para o lesado, sem configurar enriquecimento sem causa.

Na condenação ao pagamento de indenização por dano moral, os juros de mora fluem a partir do evento danoso, conforme se extrai do teor da Súmula n.º 54, do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de julho de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Suzan Zama Barbosa (representada por sua genitora Suemi Zama), Suellen Zama Barbosa e Suemi Zama, contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais que movem contra a Companhia Brasileira de Distribuição – Hipermercado Extra e Arcor do Brasil Ltda.

Alegam que o valor fixado a título de danos morais em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada uma das autoras-apelantes, viola a aplicação da teoria do desestímulo, pois, *"ao réu vale a pena correr o risco de pagar R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de indenização do que investir milhares de reais em segurança ao consumidor, o que, evidentemente, deve ser repelido pela justiça, devendo o réu ser desestimulado a praticar novos ilícitos"* (f. 211).

Dizem que o valor fixado está longe dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que deve ser majorado para 30 (trinta) salários mínimos vigentes à época do pagamento, ou, no mínimo, 15 (quinze) salários mínimos.

Também pedem a reforma da sentença no que tange a fixação do termo dos juros de mora, ao argumento de que eles incidem a partir do evento danoso, e que os honorários advocatícios fixados em favor da ré Arcor do Brasil Ltda, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), devem ser reduzidos para R$ 500,00 (quinhentos reais).

Contrarrazões da Companhia Brasileira de Distribuição – Hipermercado Extra às f. 224-32.

Contrarrazões da Arcor do Brasil Ltda., às f. 241-50.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Suzan Zama Barbosa (representada por sua genitora Suemi Zama), Suellen Zama Barbosa e Suemi Zama, interpõem recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais que ajuizaram contra a Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra e Arcor do Brasil Ltda.

As autoras-apelantes postulam indenização por danos morais, em virtude da alegada presença de corpo estranho no interior de produto alimentício fornecido por Companhia Brasileira de Distribuição – Hipermercado Extra, e produzido pela Arcor do Brasil Ltda.

A sentença (f. 191-202), julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar o Hipermercado Extra ao pagamento de indenização por danos morais, e julgar improcedente o pedido de indenização formulado em face da ré Arcor do Brasil Ltda.

Pretendem, em síntese, a majoração do valor fixado a título de danos morais em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), para 15 (quinze) ou 30 (trinta) salários mínimos, a incideñcia dos juros de mora a partir do evento danoso, bem como a redução dos honorários advocatícios fixados em favor da Arcor do Brasil Ltda.

Consta dos autos que em 20/06/2012, a apelante Suzan efetivou, no estabelecimento Hipermercado Extra, a compra de uma caixa com quatro unidades do chocolate Tortuguita, fabricado pela Arcor do Brasil S.A, contudo, o produto estava vencido, fato que foi percebido no momento em que as três requerentes estavam consumindo o produto, pois foram surpreendidas com “larvas” no interior dos chocolates.

A relação havida entre as partes é, evidentemente, de consumo, incidindo as disposições da Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. Aplicável à espécie, portanto, o disposto no art. 6.º, VIII[1], daquele estatuto, que estabelece entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus interesses em juízo, inclusive com direito à inversão do ônus da prova.

Sendo a demanda fundada em defeito do produto, responde objetivamente a fornecedora pelos danos a que, por ação ou omissão, houver dado causa.

À vítima basta a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente, ao passo que o fornecedor somente se livrará da responsabilidade se comprovar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe, ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

1 **Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

É o que dispõe o artigo 12, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> *"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".*

Na hipótese dos autos, não há dúvidas quanto ao defeito do produto (vencido) colocado no mercado pela requerida, sem que esta tenha logrado comprovar a configuração de qualquer causa excludente da ilicitude.

Com a inicial, as autoras-apelantes juntaram comprovante de aquisição do produto (f. 27), em 20/06/2012, e comunicação à Secretaria Municipal de Segurança Pública, fato que culminou em notificação e auto de infração (f. 39 -42).

Além disso, foram juntadas fotografias em que se percebe claramente a presença de corpos estranhos (larvas) no referido alimento (f. 31-7).

Outrossim, cabe salientar que a comercialização de produto com prazo de validade expirado constitui ilícito penal, tipificado no inciso IX, do art. 7.º, da Lei n.º 8.137/90, e apenado com detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa:

> *Art. 7. ° Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...)*
>
> *IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;*
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.*

Assim, não há dúvida quanto à prática de conduta ilícita, tanto na seara criminal quanto civil, cujo prejuízo é presumido na hipótese dos autos.

Em relação à quantia arbitrada a título de danos morais, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.

Cabe ressaltar que a fixação do valor da indenização em ação de dano moral deve ser feita com moderação e proporcional ao dano sofrido e à condição econômica das partes.

Nesse contexto, na hipótese em comento, considerando as condições das autoras, Suzan (menor, representada por sua genitora) e Suellen, qualificadas como estudantes, e Suemi Zama, representante comercial, sendo que todas afirmaram a hipossuficiência econômico-financeira (f. 18), e obtiveram os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como pelo fato de que o produto adquirido custou R$ 2,99 (dois reais e noventa e nove centavos), e da requerida, empresa de grande porte, bem como a reprovabilidade

da conduta desta, que não cumpriu com o seu dever de segurança e qualidade na relação de consumo, mas não se olvidando, ainda, que a reparação não pode servir de causa ao enriquecimento injustificado, entendo como justo o valor fixado a título de danos morais em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), para cada autora, *quantum* que se coaduna com as peculiaridades do caso.

Dito valor, aliás, já foi depositado e levantado pelas autoras (f. 273), que atualizado, alcançou o *quantum* de R$ 6.313,96 (seis mil e trezentos e treze reais e noventa e seis centavos).

Nesse sentido:

> *CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO VENCIDO.*
>
> *Atendimento médico decorrente de intoxicação alimentar. Dano moral configurado. Montante indenizatório (R$ 1.500,00) fixado nos parâmetros adotados pelas turmas recursais. Majoração do montante descabida. Preliminar de intempestividade afastada. Protocolo do recurso no prazo legal, nos moldes do art. 42 da Lei nº 9.099/95. Sentença mantida. Recurso improvido.* (TJRS; RecCv 88-57.2014.8.21.9000; Gramado; Quarta Turma Recursal Cível; Rel. Des. Alexandre Tregnago Panichi; Julg. 31/01/2014; DJERS 05/02/2014)
>
> *DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INTOXICAÇÃO ALIMENTAR. ALIMENTO COM PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Pedido indenizatório em face de intoxicação alimentar decorrente da aquisição de produto com prazo de validade expirado no estabelecimento da empresa recorrente. 2. A Autora comprou a mercadoria bebida láctea imprópria para o consumo humano, do que resultou problemas de saúde, vômitos e diarréia decorrentes da sua ingestão. Trata-se de relação de consumo em que se opera a inversão do ônus da prova, sendo trazida pela autora a embalagem do produto com prazo de validade vencido. 3. Dessa forma, o valor dos danos morais, fixado no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais), deve ser mantido, tendo em vista que o juízo de origem detém, em regra, melhores condições de verificação e avaliação das peculiaridades, minúcias e nuances do caso, visto estar mais próximo das partes do litígio e de eventual dilação probatória. A modificação do valor fixado somente deverá ocorrer em casos de evidente excesso. 4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Custas e honorários advocatícios pela recorrente vencida, estes últimos fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais). Decisão proferida conforme regra do artigo 46 da Lei nº 9.099/95.* (TJDF; Rec 2012.03.1.031404-5; Ac. 690.419; Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal; Rel. Juiz João Fischer; DJDFTE 12/07/2013; Pág. 253)

No que tange aos juros de mora, é sabido que nos casos de obrigação extracontratual incidem a partir do evento danoso.

A responsabilidade discutida na demanda não decorre de natureza contratual, e que autorizaria a incidência dos à partir da citação (art. 405, do Código Civil), mas trata-se de responsabilidade aquiliana ou extracontratual, a permitir a incidência desde o evento danoso, nos termos da Súmula n.º 54, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

Súmula 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Nesse sentido:

> *AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATO ILÍCITO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA N.º 54/STJ.*
>
> *1. Os juros de mora, nas hipóteses de dano moral provocado por ato ilícito, contam-se a partir do evento danoso. Aplicação da Súmula n.º 54/STJ. 2. - Orientação pacificada no seio deste tribunal com o julgamento, pela Segunda Seção, do REsp n.º 1132866/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe: 03.09.2012. Decisões recentes das turmas que reafirmam esse posicionamento. 3. - Agravo regimental improvido.* (STJ; AgRg-EDcl-AREsp 478.218; Proc. 2014/0036427-0; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; DJE 25/06/2014).

Por fim, mantenho o valor dos honorários de sucumbência fixado em favor da Arcor do Brasil Ltda, por entender que o valor se coaduna com o trabalho desenvolvido e afasta aviltamento do trabalho profissional.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, apenas para determinar que os juros de mora fluam a partir do evento danoso, mantendo, no mais, a 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. Marcelo Câmara Rasslan

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, 21 de julho de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0053134-46.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE DE VEÍCULO – CULPA CONCORRENTE – COMPROVAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDOS – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA N.º 54/STJ – RECURSOS CONHECIDOS, IMPROVIDO O DO CONDUTOR DO VEÍCULO E PARCIALMENTE PROVIDO O DOS PAIS DA VÍTIMA.

1. Se as provas dos autos demonstram que ambos os envolvidos no acidente concorreram para o evento danoso, - a vítima ao adentrar de forma inopinada na via de rolamento, e o réu por estar em velocidade incompatível com o local -, configurada está a culpa concorrente, caso em que o valor indenizatório deve ser fixado com observação da razoabilidade e proporcionalidade, como no caso.

2. Os juros de mora, nas hipóteses de dano moral provocado por ato ilícito, contam-se a partir do evento danoso. Aplicação da Súmula n.º 54/STJ.

3. Honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação mostram-se razoáveis no caso concreto, diante do valor da condenação, sob pena de se tornar ínfimo e desprestigiar o trabalho desenvolvido pelo causídico.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

José Quita Cosme e Noemi Carmo Santana Cosme interpõem recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de reparação de danos morais e materiais ajuizada contra Lucinda Torres Ximenes e Renato Ximenes de Brites.

Alegam, em síntese, que apesar do laudo pericial concluir que a causa determinante do acidente foi a entrada repentina do pedestre na pista de rolamento, o condutor do veículo desenvolvia velocidade incompatível para o local.

Destacam que, pela dinâmica das lesões, *"o impacto no corpo da vítima, o atingiu pelo flanco direito e o arremessou no chão lesionando o lado oposto, justificando, portanto, o restante das lesões do lado esquerdo. Desta forma, conclui-se também, que a vítima estava terminando a travessia, para retornar à sua residência, que ficava bem em frente ao ponto de colisão, quando foi atingida violentamente pelo veículo do réu"* (f. 175).

Diante desses fatos, entendem que não houve culpa concorrente, e deve o apelado ser responsabilizado integralmente pelas consequências de seus atos, que resultou no óbito da vítima.

Alegam que o valor dos danos morais, fixados em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), é irrisório para reparar a perda de um filho, e deve, portanto, ser majorado, e que os juros de mora devem ser computados a partir do evento danoso.

Pedem o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reconhecer a culpa exclusiva do segundo requerido, majorar o valor fixado a título de danos morais e determinar que os juros de mora incidam a partir do evento danoso.

Renato Ximenes de Brites também interpõe recurso de apelação (f. 184-98), e alega, em síntese, que não estava em velocidade maior que a permitida para a via, e por, isso, não há falar em culpa concorrente, tendo o acidente ocorrido por culpa exclusiva da vítima.

Destaca que em declaração do genitor da vítima, o mesmo afirmou que o filho não poderia sair desacompanhado devido a problemas mentais. Assim, a *"falta de cuidado, ou seja, a negligência dos autores e genitores da vítima foi a causa do acidente"* (f.193).

Alternativamente, pede que a redução do valor dos danos morais, haja vista sua comprovada hipossuficiência, e que os honorários advocatícios sejam reduzidos para 10% sobre o valor da condenação.

Prequestiona a matéria, pede o conhecimento e provimento do recurso com consequente julgamento improcedente dos pedidos iniciais, ou a redução do valor fixado a título de danos morais e dos honorários advocatícios.

Contrarrazões dos autores ao recurso do réu às f. 203-10.

Os réus não apresentaram contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

José Quita Cosme e Noemi Santana Cosme interpõem recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente a presente ação de indenização decorrente de acidente de veículo.

Pretendem, em síntese, o reconhecimento da culpa exclusiva do condutor do veículo Renato Ximenes de Brites, a majoração do valor fixado a título de danos morais, e a incidência de juros de mora a partir do evento danoso.

Renato Ximenes de Brites também recorre da sentença e pretende ver reconhecida a culpa exclusiva da vítima para o evento danoso. Também pede, alternativamente, a redução do valor fixado a título de danos morais, haja vista sua situação econômica, bem como a redução do *quantum* fixado a título de honorários advocatícios para 10% sobre valor da condenação.

Tendo em vista a interposição dos recursos por ambas as partes e dado o entrelaçamento das questões deduzidas, aprecio-os conjuntamente.

Pois bem. Após detida análise dos autos, verifico que no dia 20/04/2009, por volta das 23h00min, na Avenida Noroeste, na altura do n.º 2.080, sentido sul/norte, nesta cidade, o filho dos autores foi atropelado por veículo conduzido pelo segundo requerido e de propriedade da primeira requerida. A vítima faleceu no local.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, dada *"a contribuição causal de cada uma das situações (nexo de causalidade), verifica-se que, tanto a vítima, que adentrou repentinamente na pista de rolamento, quanto o condutor do veículo, que dirigia em velocidade acima da permitida, contribuíram para a ocorrência do evento danoso."* (f. 163).

Sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, a procedência da presente ação passa necessariamente pela perquirição da culpa pelo acidente, conforme previsto nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

Incontroversa no caso em tela a ocorrência do acidente, comprovada pelos documentos das f. 54-70, bem como o óbito do filho dos autores, consoante certidão de óbito acostada à f. 45.

A culpa, todavia, segundo afirmado pelas partes, é objeto de controvérsia. Ao analisar a dinâmica do evento, com base nos elementos de prova coligidos aos autos, entendo que andou bem o julgador ao reconhecer a culpa concorrente.

Com efeito, não há dúvida de que o réu não impingia velocidade adequada ao local do evento, eis que, conforme laudo pericial juntado aos autos (f. 69), *"momentos antes do evento, trafegava com velocidade de aproximadamente 74 km/h no sentido SUL-NORTE, que a velocidade máxima permitida para a via era de 60 km/h"*.

O réu admitiu que visualizou o pedestre, mas que o *"garoto surgiu repentinamente, entrando na frente do veículo"* (f. 130) momento em que acionou os freios do veículo, mas não foi possível evitar o atropelamento.

De outro lado, o laudo pericial concluiu que "a causa determinante do evento terá sido a entrada inopinada do pedestre na pista de rolamento, não tendo condutor do veículo tempo suficiente para evitar o acidente". (f. 69).

Ocorre que, se estivesse desenvolvendo velocidade regular, própria para o local, certamente frearia a tempo de evitar o acidente ou, pelo menos, minimizar suas consequências.

Assim, não há como ser afastada a responsabilidade do demandado pelo acidente em comento, porquanto transitava em velocidade incompatível com as circunstâncias e sem as cautelas necessárias, contribuindo para a ocorrência do atropelamento.

Por outro lado, embora os centros urbanos exijam dos condutores atenção redobrada no trânsito, sobretudo em relação à velocidade desenvolvida, não se pode olvidar que as normas de trânsito também impõem aos pedestres o dever total de cuidado ao atravessar a via.

Sobre o tema, leciona Fabrício Zamprogna Matielo (*Responsabilidade civil em acidentes de trânsito. 2.ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p. 90-91*):

> *"Deixando de atender às determinações do Código, o pedestre estará assumindo o risco de que eventual atropelamento venha a ser atribuído exclusivamente ao próprio comportamento culposo, ou na melhor das hipóteses seja considerado como resultante de conduta ilídima e culpável de ambas as partes, restringindo o direito de indenização dos*

danos experimentados. O atravessar via urbana exige total atenção do pedestre, que não deve fazê-lo em diagonal (aumento desnecessário de percurso), com alterações bruscas de ritmo ou quando não houver certeza de que há desimpedimento total da pista, a fim de que sejam reduzidas as probabilidades de acidente e de lesões. A travessia por passarelas, passagens e faixas de segurança é impositiva sempre que estiverem a uma distância de até cinquenta metros, eis que assim agindo estará o pedestre resguardando a própria integridade e, no caso das faixas de segurança, repassando ao condutor do veículo o dever de maior cuidado nas proximidades de tais dispositivos de segurança. Todavia, não deve o pedestre simplesmente avançar por sobre a faixa protetiva sem antes certificar-se de que há condições objetivas para tanto, mesmo porque ao veículo cabe o direito de concluir a passagem sobre a faixa de segurança quando iniciada sem a presença de pedestres. Enfim, ambas as partes devem observar as normas de tráfego, de tal modo que a conduta empreendida por qualquer delas possa chegar a termo antes de a outra dar início à sua própria manobra."

Portanto, não há como afastar a concorrência de culpas, com consequente arbitramento de indenização de forma proporcional, nos termos do artigo 945, do Código Civil, já que a vítima e o réu contribuíram simultaneamente para o evento.

Quanto aos danos morais sofridos pelos autores, estes independem de prova do prejuízo, pois são considerados danos *in re ipsa*, que decorrem do próprio evento ocorrido, pois já trazem em si o estigma de lesão.

No caso concreto, em decorrência do acidente a vítima, - filho dos autores -, veio a óbito, e é preciso ter em vista que, por ser impossível o retorno da parte lesada ao *status quo ante*, a possibilidade que resta ao julgador é o deferimento de ressarcimento em pecúnia.

E tal é assim porque o valor pecuniário, em que pese, repise-se, não poder restabelecer a condição anterior, ao menos lhe serve como um consolo ao dano experimentado, além de atuar como desestímulo ao lesante, evitando que repita a conduta lesiva.

Destarte, o valor arbitrado a título de danos morais não pode ser fixado em valor irrisório, de forma que não sinta o ofensor as consequências de seu ato, ao passo que não pode ser forma de enriquecimento do ofendido.

Diante disso, considerando a gravidade das lesões sofridas, a reprovação do ato lesivo e sopesando os princípios aplicáveis ao tema, entendo que o valor fixado em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mostra-se razoável e proporcional, tendo em vista a parcela de culpa da vítima pelo acidente, bem como da situação financeira do réu que, inclusive, é assistido pela Defensoria Pública do Estado.

Cumpre esclarecer que a fixação também levou em conta a incidência dos juros de mora, que elevará expressivamente esse montante.

No que tange aos juros de mora, é sabido que nos casos de obrigação extracontratual incidem a partir do evento danoso.

A responsabilidade discutida na demanda não decorre de natureza contratual, o que autorizaria a incidência dos a partir da citação (art. 405, do Código Civil), mas trata-se de responsabilidade aquiliana ou extracontratual, a permitir a incidência desde o evento danoso, nos termos da Súmula n.º 54, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

Súmula 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, é sabido que o arbitramento não deve ser alto demais a ponto de penalizar em excesso o sucumbente, nem diminuto a ponto de penalizar o advogado. Equidade não é modicidade, e julgar por equidade não significa baratear a sucumbência

Importa ressaltar que, mesmo levando-se em conta os parâmetros previstos no § 3.º do art. 20, do CPC, é induvidoso que a fixação do valor dos honorários advocatícios deve ser feita com juízo de ponderação, com adstrição à razoabilidade, de sorte a assegurar que o profissional seja remunerado dignamente pelo trabalho prestado.

Assim, a verba honorária deve ser arbitrada em valor condizente com o serviço desempenhado pelo advogado, o que restou bem fixado neste caso concreto, em 20% sobre o valor da condenação.

Pelo exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por José Quita Cosme e Noemi Santana Cosme, apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir do evento danoso.

Nego provimento ao recurso interposto por Renato Ximenes de Brites.

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. Sérgio Fernandes Martins

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, 18 de agosto de 2015.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 4011456-15.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA ESPECIAL – CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL – CONDIÇÕES INSALUBRES – RAIO X – REGIMES CELETISTA E ESTATUTÁRIO – ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ENTENDIMENTO DO STF – APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Segundo orientação emanada do STF, a aposentadoria especial de servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57, da Lei Federal n.º 8.213/91, até que seja editada a Lei Complementar exigida pelo art. 40, § 4.º, II, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer. Ausente, justificadamente, o Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 13 de julho de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Élida Antonia Nunes da Silva impetrou mandado de segurança contra suposto ato da Secretária de Estado de Edução do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento de seu pedido de aposentadoria, pois, excluiu 4.112 dias de serviço efetivamente trabalhados pela impetrante como operadora de raio X, da contagem do prazo de 25 anos necessários à concessão de sua aposentadoria especial, por entender que não se trata de atividade nociva à saúde sujeita ao regime especial previsto no art. 41 e seguintes da Lei n.º 3.150/2005, que instituiu o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV.

Sustenta que prestou 10.773 dias de serviços na rede pública, sendo 6.661 dias na função de magistério na educação básica e 4.112 dias como operadora de raio X, porém, em razão do ato praticado pela autoridade coatora, está impedida de valer-se do benefício da aposentadoria especial.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 93-5)

Pediu a concessão definitiva da ordem para que lhe seja garantido o direito de aposentar-se de forma integral, desde quando completou 25 anos de efetivos serviços prestados na rede pública.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 123-36), suscitou preliminar de extinção sem julgamento o mérito ante a inadequação da via eleita e, no mérito, opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de mandado se segurança impetrado por Élida Antonia Nunes da Silva contra ato da Secretária de Estado de Edução de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento de seu pedido de aposentadoria, dada a exclusão de 4.112 (quatro mil e cento e doze) dias de serviço efetivamente trabalhados pela impetrante como operadora de raio X, da contagem do prazo de 25 (vinte e cinco) anos necessários à concessão da aposentadoria especial, por entender que não se trata de atividade nociva à saúde sujeita ao regime especial previsto no art. 41 e seguintes, da Lei n .º3.150/2005, que instituiu o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV.

Sustenta a impetrante que prestou 10.773 (dez mil e setecentos e setenta e três) dias de serviços na rede pública, sendo 6.661 (seis mil e seiscentos e sessenta e um) dias na função de magistério na educação básica, e 4.112 (quatro mil e cento e doze) dias como operadora de raio X, porém, em razão do ato praticado pela autoridade coatora, está impedida de valer-se do benefício da aposentadoria especial.

O Estado de Mato Grosso do Sul arguiu preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, porque a AGEPREV seria a responsável exclusiva pelos processos relativos à aposentadoria de servidores.

De igual sorte, sustentou que a via eleita pela impetrante é inadequada, porque o reconhecimento da atividade desempenhada pela impetrante co o insalubre depende de lei complementar que não foi editada, de tal sorte que não haveria de se buscar a tutela do direito via do mandado de segurança, mas sim do mandado de injunção.

Rejeito as preliminares.

Quanto à ilegitimidade passiva sustentada, louvo-me do voto do eminente Des. Marco André Nogueira Hanson que, em caso semelhante e recentemente, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1415739-33.2014.8.12.0000, assentou:

> *É sabido que a ação constitucional de mandado de segurança é cabível, conforme disposição do art. 5º, inc. LXIX, da Constituição da República, "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".*
>
> *Perfilho o entendimento de ser sujeito passivo do mandado de segurança a pessoa jurídica a que pertença a autoridade coatora, por ser essa pessoa jurídica que, em última análise, irá suportar todos os efeitos da sentença, sendo que a autoridade coatora será compelida a praticar o ato ordenado, mas não fará em seu próprio nome, e sim em nome da pessoa jurídica a que se encontra vinculada.*
>
> *Celso Agrícola Barbi[1], aliás, deixa bem nítida esta idéia ao afirmar que:*
>
> *"O ato que a autoridade coatora pratica vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence, pois o ato é do ente público, e Não do Funcionário; (b)*

1 *In* Mandado de Segurança, ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 125.

o julgado irá regular a situação do impetrante em relação a pessoa jurídica e NÃO em relação à autoridade ".

No mesmo sentido a lição de Lúcia Valle Figueiredo[2], para quem "autoridade coatora será aquela que ordenou a prática do ato ilegal. Porém, não é o sujeito passivo do mandado de segurança". E, em seguida, citando Marco Aurélio Greco, conclui:

"...Feita a distinção, temos que parte passiva do mandado de segurança, como ação, será a pessoa jurídica de direito público, único com a personalidade jurídica, capacidade processual e titularidade do interesse substancial. Será esta que poderá praticar todos os atos processuais, inclusive apelar e acompanhar o processo até o final, isto porque ato de funcionário praticado nessa qualidade e ato de pessoa jurídica e não do senhor 'Fulano de Tal'. (Revista de Direito Processual Civil, n. 5, p. 343)".

Assim, o sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade que praticou o ato coator, devendo o mandamus ser dirigido contra referida autoridade, com pedido de citação, também, da pessoa jurídica de direito público a cujos quadros é pertencente, porque deverá ser esta última, ao final, quem haverá de suportar os efeitos financeiros em caso de procedência do writ.

No caso em exame, inobstante o ato ser de competência da AGEPREV – Agência Previdenciária do Estado de Mato Grosso do Sul, e o mandamus ter sido impetrado contra o Secretário da SEPROTUR, o Estado veio aos autos, rebateu a pretensão e defendeu o ato atacado, encampando-o, de sorte que não se deve pronunciar a extinção do processo sem a apreciação do mérito, sob pena de se cometer processualismo exacerbado, em detrimento do direito material posto em discussão, que é objetivo e fim primeiro do Estado-Juiz.

A despeito dos argumentos do Estado, de não ser a autoridade apontada na inicial, o fato inconteste é que ao deduzir sua matéria de defesa, o Estado encampou o ato praticado, reputando-o legítimo e legal, tanto que pleiteou a denegação do writ.

Em casos assim, penso que se deve prestigiar a efetividade do processo, conhecendo-se do mérito da ação e dirimindo em definitivo o conflito de interesses, em homenagem à instrumentalidade que também marca o direito processual, razões pelas quais rejeito a preliminar.

A situação aqui retratada é exatamente a mesma.

Conquanto seja a AGEPREV a responsável pela contagem do tempo de serviço e aposentadoria dos servidores públicos estaduais, certo é que o vínculo de trabalho estabelecido é entre os servidores e o próprio Estado de Mato Grosso do Sul que, em última análise, responde pelos atos praticados pela AGEPREV, assim como o faz ante os atos praticados pelas Secretarias de Estado e, diante disto, é parte legítima para responder a impetração.

Rejeito, assim, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

2 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança**.São Paulo: Ed. RT. 1991, p. 12 e 38.

Quanto à inadequação da via eleita, sem razão, de igual sorte, o impetrado.

Não se olvida que o Órgão Especial deste Sodalício já teve oportunidade de extinguir mandado de injunção proposto por servidor que pretendia obter a regulamentação do direito à aposentadoria especial pelo exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, porque o legitimado passivo para a causa seria o Presidente da República (Mandado de Injunção n.º 0021142-07.2010.8.12.0000, rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. em 17/06/2015), e assim o fez também com ação semelhante proposta por sindicato de servidores estaduais (Mandado de Injunção n.º 4013176-17.2013.8.12.0000, rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. em 27/05/2015).

Ocorre que, neste mandado de segurança, se pretende obter o reconhecimento do tempo de serviço e a eventual aposentadoria de forma direta, com base no artigo 57, da Lei nº. 8.231/91 (Lei do Regime Geral de Previdência), que foi reconhecida como aplicável no âmbito do serviço público à falta da lei regulamentadora específica, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Ora, se a aposentadoria especial já foi reconhecida aos trabalhadores da iniciativa privativa que desenvolvem atividades penosas, insabubres ou perigosas, não há porque não estendê-la aos servidores públicos que desempenham as mesmas atividades, apenas porque o próprio Estado, omitindo-se, deixa de legislar especificamente sobre a matéria. Aliás, tal omissão favorece o Estado-patrão e penaliza o servidor-trabalhador, contrariando até mesmo os princípios constitucionais.

Se aqui não se pretende a regulamentação da aposentadoria especial, mas a contagem de tempo de serviço para tanto, não há que falar-se em inadequação da via eleita, mas sim, caso não tenha o impetrante tal direito, em denegação do *writ*.

Daí porque rejeito a preliminar de inadequação de via eleita, ressalvando a possibilidade de reexame da matéria no mérito, quanto à presença ou não de direito líquido e certo da impetrante.

Passo ao mérito.

Pois bem. A Emenda Constitucional n.º 20/98, garantiu o direito à concessão de aposentadoria especial aos trabalhadores que exercem atividades em condições que prejudicam a saúde ou a integridade física.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n.º 47/2005 deu nova redação ao § 4.º, do art. 40, da Constituição Federal[3], para estender a aposentadoria especial, com contagem reduzida de tempo de serviço, para aqueles que exerçam atividades que colocam em risco a saúde ou a integridade física, bem como aos deficientes físicos, nos termos definidos em Lei Complementar.

Assim, extrai-se do texto constitucional que o trabalho em condições especiais permite a utilização de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria, necessitando, para tanto, de Lei Complementar que regule a matéria.

Contudo, diante da inércia legislativa no tocante à regulamentação do referido dispositivo constitucional em relação aos servidores públicos, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos deve seguir

3 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
§ 4º vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
I portadores de deficiência;
II que exerçam atividades de risco;
III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

os parâmetros do artigo 57, da Lei nº. 8.231/91 (Lei do Regime Geral de Previdência), enquanto não editada a lei complementar a que se reporta o artigo 40, § 4.º, da Constituição Federal, ou seja, deve se dar a aposentadoria especial como aos trabalhadores em condições insalubres ou perigosas. Senão vejamos:

> *EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5.º LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*
>
> *1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da lei geral da previdência para os casos de aposentadoria especial de servidor público civil. Precedente: MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio.*
>
> *2. Aplica-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional, sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Precedentes.*
>
> *3. Quanto à questão relativa aos requisitos de admissibilidade de mandado de segurança, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI 800.074-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, assentou a ausência de repercussão geral da matéria.*
>
> *4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.*
>
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; RE 860422; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 28/04/2015; DJE 22/05/2015; Pág. 40)*

Na sessão plenária do dia 09.04.2014, com publicação no dia 24.04.2014, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante n.º 33, que dispôs:

> *Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4.º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.*

Assim, considerando a finalidade da norma constitucional, que tem por escopo conferir condições diferenciadas de aposentadoria para o trabalho exercido em condições gravosas, o tempo de serviço efetivamente desempenhado em condições insalubres deve ser computado como especial para efeito de aposentadoria, de modo que entendo que houve violação à direito líquido e certo da impetrante, sendo assim cabível a impetração do mandado de segurança.

Ressalta-se que, neste momento, não se está concedendo a aposentadoria à impetrante, posto que não há elementos nos autos para tal e, em sede de Mandado de Segurança, é inviável a dilação probatória, como, por exemplo, a elaboração de laudos médicos e de segurança do trabalho, para comprovar as condições nocivas.

Além disso, após a publicação da Súmula Vinculante n.º 33, tornou-se obrigatório o seu cumprimento, pelo órgãos da Administração direta e indireta, nos termos do art. 103-A, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. Servidora pública estadual do Departamento de Estrada e Rodagem-DER. Aposentadoria especial. Possibilidade de aplicação do regime geral da previdência enquanto não editada Lei própria. Averbação de tempo prestado em atividade insalubre, para fins de aposentadoria especial. Possibilidade. Precedentes*

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0010882-33.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – SIMULAÇÃO – VACA-PAPEL – ALEGAÇÃO DO PARCEIRO – POSSIBILIDADE – ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS ANIMAIS – APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CONTRATO DE MÚTUO – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM/FGV E JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS – ABATIMENTO DOS VALORES JÁ PAGOS A TÍTULO DE RENDA – RECURSO DOS EMBARGANTES CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA EMBARGADA CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- É possível àquele que celebrou um contrato simulado vir em juízo e requerer a sua anulação nos termos do CC/1916.

2- Estando o conjunto probatório a indicar a simulação de um contrato de parceria pecuária e não tendo a parte credora produzido prova quanto à existência do gado, a anulação do contrato simulado é medida que se impõe.

3- Demonstrado que o contrato de parceria pecuária firmado entre as partes é fruto de simulação e que o objetivo era o de encobrir contrato de mútuo, por meio de "contrato vaca-papel", converte-se o ato jurídico viciado, em sua parte falsa, subsistindo, porém, entre as partes os efeitos do ato jurídico em sua parte verdadeira, regulado pelas normas do mútuo civil.

4- No contrato de mútuo feneratício, a dívida apurada deve ser corrigida monetariamente pelo INPC, acrescida de juros remuneratórios de 12% ao ano, capitalizados anualmente, em atendimento ao disposto no Decreto n. 22.626/33, ambos a contar da data da celebração do contrato e de juros moratórios, no percentual de 1% ao mês, em razão da disposição contida no art. 406 do Código Civil, contados a partir da citação.

5- Fixado o valor do débito, sobre este serão abatidos os valores já pagos, mais precisamente as rendas vencidas a partir de setembro de 1997 (cujos pagamentos estão comprovados nos autos através de recibos. Os valores constantes dos referidos recibos deverão ser corrigidos pelo INPC, contados a partir da data de cada pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Sandra Leonora de Souza de Carvalho e dar parcial provimento ao apelo de Maria Dulce de Paula Maravieski e outros, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Maria Dulce de Paula Maravieski, Caiamã Agropecuária e outros, inconformados com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido nos autos da ação monitória promovida por Sandra Eleonora de Souza de Carvalho, interpõem o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alegam em síntese que a sentença, embora tenha feito justiça ao declarar a nulidade do contrato de arrendamento de gado, acabou por pecar ao não assegurar o direito dos apelantes de abater sobre a dívida principal, os valores que pagaram no contrato simulado.

Aduzem que o indeferimento do pedido de abatimento dos valores pagos através do contrato de arrendamento nulo, ensejará o enriquecimento ilícito da apelada, o que é vedado pelo art. 884 do CC.

Sustentam que nunca concordaram com o pagamento de rendas, pois o que pretendiam, era quitar a última parcela do preço total dos imóveis rurais adquiridos através da escritura pública de compromisso deo compra e venda de imóveis rurais. Argumentam que foram obrigados a aceitar as condições impostas pela apelada, a fim de não perderem tudo o que já haviam pagado e investido.

Afirmam que, ao contrário do que entendeu o magistrado ‘a quo’, no caso em tela houve um empréstimo simulado equivalente ao valor da última parcela do preço de aquisição dos imóveis rurais objetos da escritura firmada em 20/8/1993, na quantia de CR$ 16.200,000,00, equivalente a 1.000 vacas de 03 a 08 anos de idade, com peso mínimo de 09 arrobas cada, cotadas ao preço vigente na época do vencimento – 30/09/1997.

Asseveram que, como consequência da declaração de nulidade do contrato de arrendamento firmado entre as partes, a única providência a ser tomada pelo juízo é de corrigir a quantia referente àquela última parcela, na forma da lei, bem como os pagamentos efetuados e comprovados, apurando-se o saldo final. Expõem que os valores pagos no contrato de arrendamento rural simulado, são superiores ao débito exigido pela autora na presente ação monitória.

Diante disso, pugnam pelo conhecimento e provimento do apelo para o fim de que seja considerado o abatimento/compensação do saldo do preço da última parcela da escritura.

A apelada apresentou contrarrazões ao recurso de apelação cível (f. 541/544).

Em seguida, a autora – Sandra Eleonora de Souza Carvalho, também apelou, alegando em síntese que não há que se falar em simulação, eis que o contrato de arrendamento pecuário foi firmado entre agente capazes, na forma prescrita, cujo objeto econômico foi aproveitado pelos réus-embargantes. Afirma não ser idôneo que os devedores compareçam em juízo, valendo-se de sua própria torpeza, para arguirem a nulidade do ato jurídico em virtude de simulação, da qual, volitivamente participaram. Requer a condenação dos réus-embargantes, ao pagamento da importância de R$ 749.308,00, corrigida pelo IGPM desde a data do inadimplemento e acrescida de juros de mora desde a notificação judicial.

Os réus, ora apelados, apresentaram contrarrazões ao recurso de apelação cível (f. 554/562).

VOTO

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

Sandra Leonora de Souza de Carvalho, qualificada nos autos da Ação Monitória (feito nº. 0010882-33.2008.8.12.0001, em curso na 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que move em face de Maria Dulce de Paula Maravieski e outros, ambos inconformados com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* de f. 484/495, interpuseram apelações cíveis.

Em resumo dos fatos, os presentes embargos à ação monitória foram opostos pelos réus, Caimã Agropecuária Ltda, e outros, pretendendo, principalmente, a declaração de insubsistência do título que embasa a ação monitória consistente no contrato particular de arrendamento de gado de f.10/13, firmado em 1.9.1997.

Nesse contexto, alegaram os embargantes, como matéria de defesa, que o negócio firmado primitivamente tratou-se simplesmente de uma compra e venda de imóveis rurais a prazo, no qual Vanderli Alano de Carvalho e a embargada Sandra Leonora de Souza Carvalho seriam os vendedores de cinco propriedades rurais e os embargantes, ora apelantes, os compradores, inexistindo a pretensa parceria pecuária.

Sustentaram que nunca houve a entrega das 900 (novecentas) vacas que foram, inicialmente, o objeto da demanda, configurando o caso, numa prática conhecida como "vaca-papel". Aduziram, ainda, que já houve o pagamento total da dívida, considerando-se o valor das rendas pagas durante a vigência do contrato.

Em suma, visam a declaração de nulidade do contrato de parceria pecuária, por vício de simulação, haja vista que encobre a imposição de juros extorsivos e ilegais. Pleitearam, alternativamente, a compensação dos valores já pagos.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de declarar a nulidade do contrato de arrendamento de gado e manter a obrigação subjacente, de modo a constituir de pleno direito, em título executivo a obrigação dos embargados, condenando-os ao pagamento do valor equivalente a 650 cabeças de gado, à razão de 9 arrobas por vaca, considerando a cotação de setembro de 1997 praticada pelo Frigorifico Frigoverdi S/A, de Cuiabá-MT ou outra fonte similar ou correspondente, corrigidos pelo IGPM a partir do ajuizamento desta ação monitória e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Feitos esses necessários esclarecimentos, passa-se a análise das matérias postas em debate em ambos os recursos.

Mérito.

Inicialmente, há de ser destacado que o contrato em questão foi firmado em 1.997, ainda sob a égide do Código Civil de 1916 http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11495400/lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916/seguidores. Consequentemente, a questão posta haverá de ser analisada nos termos da legislação civil anterior.

Feita essa ressalva, colhe-se dos autos que, no intuito de tornar insubsistente o título objeto da ação monitória, pretendem os embargantes-apelantes anular o contrato particular de parceria pecuária firmado entre as partes, uma vez que em verdade o negócio jurídico foi realizado de modo simulado, para encobrir dívida oriunda de um contrato de compra e venda de imóveis rurais a prazo com cobrança de juros usurários, resultando em enriquecimento ilícito da embargada-apelada em seu detrimento.

A controvérsia, assim, cinge-se em verificar se o contrato de arrendamento de gado formalizado entre as partes é válido, independentemente do contrato de compromisso compra venda firmado anteriormente.

Nos termos do artigo 4º do Decreto nº 59.566/66, parceria rural pecuária é o contrato agrário pelo qual uma pessoa entrega à outra animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante a partilha de riscos do empreendimento rural e dos produtos ou lucros havidos na proporção que estipularem, observados os limites percentuais da lei (Art. 96, VI, do Estatuto da Terra).

Todavia, incontáveis litígios têm surgido no Estado do Mato Grosso do Sul em vista da deturpação do contrato de parceria pecuária (arrendamento de gado), nos quais nenhum gado é entregue pelo parceiro outorgante ou recebido pelo parceiro outorgado e a avença serve apenas para mascarar ou garantir outro negócio jurídico.

Muitas vezes o contrato simulado de parceria pecuária esconde um mútuo usuário puro simples, como outras vezes representa o preço pelo qual foi concretizado um negócio. Vale dizer, se num contrato intitulado *"parceria pecuária"* ou *"arrendamento rural"* não existiu gado algum entregue pelo parceiro outorgante ao parceiro outorgado, ocorre na verdade um negócio jurídico dissimulado, sendo o *"gado entregue"*, na verdade, o dinheiro recebido pelo tomador do empréstimo e as *"crias"* a serem entregues a representação dos juros devidos ao emprestador.

Por outro lado, quando um negócio lícito foi concretizado, mas não de parceria ou arrendamento rural, como, no caso em tela, a venda de imóveis, e o preço não foi pago à vista ou em sua totalidade, celebra-se um contrato simulado de *"parceria pecuária ou arrendamento"* que ao contrário do primeiro, não representa um empréstimo em dinheiro, mas uma dívida de valor. O *"gado"* aqui representa o preço ou, se houve início de pagamento, o restante do valor devido no negócio, e as *"crias"* os juros do referido capital.

De uma forma ou de outra, ocorre, em regra, uma simulação de um contrato agrário, sendo que na primeira hipótese mencionada trata-se de simulação absoluta, em que não há negócio jurídico dissimulado, apenas o simulado (mútuo feneratício), enquanto no segundo exemplo (caso dos autos) verifica-se a existência do negócio dissimulado (compra e venda, etc.) e o negócio simulado (mútuo feneratício).

Foi essa simulação de um contrato pecuário que ocorreu entre as partes. Cuida-se do conhecido "vaca-papel", celebrado com a única finalidade de garantir o cumprimento de um contrato de compromisso compra e venda.

Apesar de a embargada alegar que não houve o negócio jurídico simulado, as provas constantes dos autos demonstram o contrário.

In casu, nunca ocorreu a entrega dos animais pela parceira outorgada, o manejo do gado, a partilha dos riscos, nada disso. A única intenção dos contratantes era garantir o cumprimento de outro contrato, de compra e venda de imóveis rurais. Nesse aspecto, muito bem assentou a magistrada de piso. Senão vejamos:

> *"A embargada não apresentou qualquer nota fiscal ou recibo de modo a comprovar ter entregado as reses convencionadas, tampouco a existência de um saldo anterior ao ajuste e que, em razão deste, foi reduzido ou convertido em rendas decorrentes das expectativa gerada pela parceria pecuária.*
>
> *Nas declarações de rendas da embargada apenas no exercício de 2009, referente ao ano de 2008 – quando do ajuizamento desta ação monitória – é que foi informado da existência da suposta parceria pecuária, sendo que em períodos anteriores as informações são diversas e não induzem ao entendimento de que Sandra Leonora mantinha negócios afins.*

> *Ainda que num período inicial as partes convencionaram o pagamento de rendas anuais decorrentes do uso do imóvel pelo período de 4 (quatro) anos, o contrato particular de fls. 203/206, pelas evidências dos autos, serviu apenas para simular uma situação fática inexistente – ou ao menos não cabalmente demonstrada –, revelando-se como meio de prorrogação da forma de pagamento de uma dívida, a saber: a última parcela do contrato de compra e venda de imóveis às fls. 184/187.*
>
> *As regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, somadas às impressões extraídas dos recorrentes pagamentos realizados pelos embargantes e diante da ausência de qualquer prova da entrega dos semoventes, induzem à inequívoca conclusão de que as partes elegeram a "parceria pecuária" como forma de adimplemento da última parcela do contrato de compra e venda dos imóveis descritos no instrumento público de fls. 184/187.*
>
> *É certo que ao firmarem o contrato de parceria pecuária e os respectivos adendos as partes estavam, em tese, em pleno uso das faculdades mentais, tinham ciência do que fora ajustado e, diante de suas características pessoais, não foram vítimas de dolo, coação ou lesão."*

No caso em questão, verifica-se que a simulação resta flagrante, ficando evidente que o contrato de parceria pecuária pactuado entre as partes objetivou a prorrogação da forma de pagamento de uma dívida, qual seja, a última parcela do contrato de compra e venda de imóveis juntado á f. 184/187.

Há que se frisar, também, que a autora-embargada, em seu recurso de apelação ateve-se a afirmar que a parte ré-embargante não pode alegar simulação valendo-se da própria torpeza, sem comprovar, em momento algum, que o gado não lhe foi entregue em arrendamento.

Desse contexto, conclui-se que houve a simulação do contrato de parceria pecuário, o que, por si só, torna o negócio jurídico nulo de pleno direito, em conformidade com o artigo 167 do Código Civil:

> *Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

Ao contrário do que alegam os embargantes-apelantes, embora simulado, a lei permite a alegação da simulação entre as próprias partes, como no caso, como se via da redação do artigo 103 do CC de 1916, eis que, muito embora não tenha havido intenção de prejudicar terceiros, houve intenção de fraudar a lei, no caso, a que se refere à taxa legal dos juros.

Assim, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, como se constata deste aresto:

> *Civil. Recurso Especial. Contrato simulado de parceria pecuária."Vaca-papel". Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade. - É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 441.903/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 15/03/2004 p. 265)".*
>
> *Em seu voto disse a ilustre Ministra:*
>
> *"Leciona, a doutrina, que tal norma advém do princípio nemo auditur propriam turpitudinem allegans, e, que, contudo, desviou-se da finalidade deste, acabando por amparar atos imorais (PRATES, Homero."Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei", Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 176). Isto porque, caso interpretado de modo*

literal o artigo 104, do CC, permite-se que um dos simuladores se locuplete à custa do outro, perpetuamente.

Por esse motivo, em muitos casos a jurisprudência interpretou o mencionado dispositivo de forma a atender antes ao seu espírito, permitindo que um dos contratantes em negócio jurídico simulado com o fim de fraudar a lei, requeira, em juízo, a sua anulação.

O próprio STJ deixou claro esse posicionamento, ao analisar simulação de contrato de mútuo com pacto comissório, por intermédio do voto-vista proferido pelo em. Min. Eduardo Ribeiro no REsp 2.216/SP, in verbis:

"A vedação de fazer empréstimos, como o de que se cogita, tem como destinatário o estabelecimento bancário. Seus dirigentes devem abster-se de efetuá-los. Ora, a proibição do pacto comissório visa, a toda evidência, proteger o mutuário. Seria iníquo impedi-lo de alegar a simulação, feita para encobrir ato ilícito do mutuante. O respeito aparente ao disposto no artigo 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito a norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código.

Dentro desse quadro, tenho com admissível alegar-se simulação, sem contrariar o objetivo a que visa atingir o questionado artigo 104, que, diga-se de passagem consagra norma que a doutrina considera superada. Fraudulenta ou não a simulação - esta a atual tendência - há que se admitir possa qualquer dos partícipes pretender a declaração da verdadeira natureza do ato, ressalvando-se apenas terceiros de boa fé. Essa a sistemática do Anteprojeto do Código Civil."

Com efeito, o Novo Código Civil não mais contém a distinção entre a simulação inocente e a fraudulenta, nem a proibição de que uma parte contratante alegue, em sua defesa, contra a outra, a existência de simulação. O art. 167, do diploma legal que está por entrar em vigor, dispõe que" É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma ".

A ideia, portanto, contida no mencionado precedente, deve nortear o exame do presente recurso, pois a credora violou a proibição a ela especialmente dirigida, de pactuar contrato visando redefinir os termos para o pagamento da última parcela do contrato de compra e venda de imóveis rurais, acrescentando juros usurários, causando enorme prejuízo exclusivamente aos devedores.

É bastante razoável, assim, compreender o art. 104 do Código Civil, de modo a atenuar a proibição aí contida, pois somente assim poderá ser preservada a finalidade da norma. Vale dizer, é preciso admitir que um dos contratantes requeira a anulação do ato simulado com fraude à lei, para que se faça cessar a fraude.

Assim, deve ser mantida a sentença que declarou a nulidade do contrato de arrendamento de gado de f. 10/13.

Nesse passo, reconhecido o vício do negócio jurídico (simulação) havido, em comum acordo, entre as partes, passa-se à análise do contrato dissimulado.

Conforme se constata da escritura pública de compromisso de compra e venda de imóveis rurais (f. 184/187), os embargantes comprometeram-se a pagar a importância de CR$ 37.200.000,00, sendo: a) CR$ 5.000.000,00, em moeda corrente em 23.8.1993; b) CR$ 8.000.000,00, convertidos na quantia de 4.000 arrobas de boi gordo, em 20.8.1993; c) CR$ 8.000.000,00, convertidos na quantia de 4.000 arrobas de boi gordo, a ser pago em 20.12.1993; d) CR$ 8.000.000,00, convertidos na quantia de 4.000 arrobas de boi gordo, a ser pago em 23.5.1994; e) CR$ 16.200.000,00, convertidos na quantia de 1.000 vacas de 3 a 8 anos

de idade, próprias para cria, de boa mestiçagem, de cor branca , com peso mínimo de nove arrobas cada a ser pago em espécie, ou arroba-vacas, no mês de setembro de 1997.

Consta ainda, da referida escritura que:

> *"A cotação do preço vigente na época dos pagamentos será feita com base no pagamento a prazo do primeiro dia útil do mês de setembro e o pagamento com vinte dias após a cotação, preços esses que estiverem vigorando nas épocas dos pagamentos junto ao frigorífico da Sadia oeste S/A desta cidade."*

Das 1000 (mil) cabeças de gado inicialmente pactuadas, 100 (cem) foram pagas à Sra. Shirley Almeida Chaves por ordem da credora, como se denota do documento de f. 202.

E diante da impossibilidade dos devedores em cumprir o pactuado na escritura pública (devolver os cascos, ou o equivalente em dinheiro na data do vencimento), foi firmado entre as partes, em 1.9.1997, o contrato de arrendamento de gado de f. 10/13, teve como objeto apenas 900 cabeças de gado, senão vejamos:

> *"Cláusula primeira – A primeira contratante é senhora legítima e proprietária de 900 vacas de 03 a 08 anos de idade, próprias para cria, de boa mestiçagem, de cor branca, animais estes, cujas características, o segundo contratante, declara para todos os fins de direito, conhecer e ratificar."*
>
> *"Clausula 4ª -Face ao acordo entre as partes, o pagamento deverá ser feito à primeira contratante, sobre as referidas vacas, uma renda anual de 25% em bezerro machos, padrão comercial, com as mesmas características das vacas, durante o período ora estipulado, o que corresponde a uma renda anual de 225 bezerros machos, desmamados com idade de 07 a 08 meses e peso à razão de seis arrobas por bezerro (...), Sendo o pagamento efetuado através de arroba-boi, a cotação do preço vigente na época do pagamento, bem como o prazo de pagamento, serão feitos com base na cotação do pagamento a prazo, apurado no primeiro dia útil do mês de setembro, praticado na época pelo Frigorífico Frigoverdi, da cidade de Cuiabá-MT."*

Esse contrato foi prorrogado em 01/9/1998 (f. 14) e aditado em 1.9.2000 (f. 15) sendo as 900 vacas reduzidas para 650 (f.16), e prorrogado o vencimento do contrato para 31 de agosto de 2002, conforme alegado na petição inicial da ação monitória.

Ao que se denota o documento de f. 10/13 fora assinado, de fato, apenas pró-forma, para possibilitar a prorrogação do vencimento da última parcela do contrato de compra e venda dos imóveis descritos no instrumento público de f. 184/187, eis que na verdade, não houve tradição de gado e sequer vontade das partes em firmar contrato de arrendamento de gado. E essa simulação violou a Lei de Usura.

Segundo o disposto no Decreto n. 22.626/33:

> *Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superior ao dobro da taxa legal.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 4º. É proibido contar juros dos juros; essa proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos em conta corrente de ano a ano.*
>
> *Art. 5º. Admite-se pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de um por cento e não mais.*

Todavia, nem sempre o vício detectado no contrato simulado pode implicar no reconhecimento da nulidade do contrato dissimulado.

Disso resulta que o vício de vontade manifestado sob a forma de simulação é passível de anulação e, por consequência, a transação fica comprometida, na parte que violou a Lei de Usura, vale dizer, na parte que estipulou a remuneração do capital, acima do permissivo legal.

Nem por isso, todavia, a anulabilidade do ato praticado – contrato de parceria pecuária, seria bastante para fulminar o crédito subjacente na transação que, incontroversamente, correspondeu ao negócio havido entre as partes, mas que foi encoberto pelo ato simulado.

Dessa forma, por ser da natureza da simulação a prática de um ato para encobrir outro, que resulta ocultado, tem-se por perfeitamente separável os efeitos jurídicos deles decorrentes.

Com efeito, a anulabilidade do contrato de parceria pecuária, fruto de simulação, é bastante para fulminar essa forma de ajuste, de tal sorte que uma vez desconstituído, revela o ato jurídico ocultado, que pode prevalecer, caso não padeça também de vício, o que é o caso.

No caso em apreço, o ato jurídico ocultado – confissão de dívida – não foi atacado, em sua essência, senão na parte que afrontou a Lei de Usura.

Assim, não andou bem a magistrada de primeiro grau ao declarar nulidade do contrato de arrendamento de gado e manter a obrigação subjacente, qual seja:

> *"Pagar o valor correspondente a 650 (seiscentas e cinquenta) cabeças de gado, à razão de 9 (nove) arrobas por vaca, considerando a cotação de setembro de 1997 praticado pelo Frigorífico Frigoverdi S/A, de Cuiabá / MT, ou outra fonte similar e correspondente, corrigidos pelo IGPM a partir do ajuizamento desta ação monitória e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a fluir da citação, na forma do art. 1.102c, do Código de Processo Civil, tudo a ser apurado em liquidação de sentença."*

Em verdade, deveria a magistrada de primeiro grau transformar o contrato de arrendamento de gado, em mútuo.

Nesse sentido:

> *CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO SIMULADO DE PARCERIA PECUÁRIA. " VACA-PAPEL ". MÚTUO COM COBRANÇA DE JUROS USURÁRIOS. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. PEDIDO DE UM DOS CONTRATANTES. POSSIBILIDADE. É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários. Recurso Especial parcialmente provido.* (STJ; RESP 441903; SP; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrighi; Julg. 10/02/2004; DJU 15/03/2004; pág. 00265.)

> *APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO SIMULADO DE PARCERIA PECUÁRIA. VACA-PAPEL. NULIDADE RELATIVA. APLICAÇÃO DAS NORMAS ATINENTES AO CONTRATO DE MÚTUO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Demonstrado que o contrato de parceria pecuária firmado entre as partes é fruto de simulação e que o objetivo era o de encobrir contrato de mútuo, por meio do expediente denominado "contrato vaca-papel", imperiosa é a anulação do ato jurídico viciado, em sua parte falsa, subsistindo, porém, entre as partes os efeitos do ato jurídico em sua parte verdadeira (dissimulada), regulado pelas normas do mútuo civil, que limita a cobrança de juros usurários. (*TJMS; AC-Or 2004.004604- 9/0000-00; Nova Andradina; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Josué de Oliveira; DJEMS 11/04/2008; Pág. 30).

> *AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA. CONVERSÃO PARA MÚTUO FENERATÍCIO NO VALOR CELEBRADO. APLICAÇÃO DAS NORMAS ATINENTES AO CONTRATO DE MÚTUO. RAZÕES MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *Demonstrado que o contrato de parceria pecuária firmado entre as partes é fruto de simulação e que o objetivo era o de encobrir contrato de mútuo, por meio de "contrato vaca-papel", converte-se o ato jurídico viciado, em sua parte falsa, subsistindo, porém, entre as partes os efeitos do ato jurídico em sua parte verdadeira, regulado pelas normas do mútuo civil.* (TJMS; AgRg-AC-Or 2006.014176-8/0001-00; Campo Grande; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJEMS 13/08/2008; Pág. 31)

Ora, sendo possível ao partícipe ter a iniciativa de pugnar pelo reconhecimento da simulação, uma vez reconhecida esta, a melhor solução, pelo menos na hipótese retratada nos autos, é restabelecer o equilíbrio contratual das partes, submetendo o verdadeiro contrato (de mútuo) as disposições legais por ele violadas, como recomenda o bom senso.

Assim, por não haver controvérsia acerca da existência de uma dívida original referente a 650 (seiscentas e cinquenta) vacas, no intuito de dar cumprimento às disposições da Medida Provisória 2.172-32/2001, há que se determinar que o valor principal será aquele correspondente ao valor de 650 (seiscentas e cinquenta) vacas com idade entre 03 e 08 anos, próprias para cria, de boa mestiçagem, de cor branca, tomando-se por base a cotação do mercado praticado pelo Frigorifico do Vale Guaporé/SA da cidade de Pontes e Lacerda-MT, para agosto de 2002 (conforme termo de aditamento de f. 15). A partir daí, sobre o valor principal deverá ser acrescida correção monetária pelo INPC.

Quanto à remuneração do capital (juros remuneratórios ou compensatórios), antes fixados à base de 25% de renda ao ano, há de ser dito que, com a conversão do contrato de parceria, tal convenção há de ser fixada dentro dos limites legais, mais precisamente do que dispõe o Decreto-Lei 22.626/33.

Assim, nos termos do seu artigo primeiro tem-se que: *"É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros* ***superiores ao dobro da taxa legal*** *(Código Civil, art. 1062)"* (destaquei).

O artigo 1062 do Código Civil de 1916 dispunha: *"A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano."*

Portanto, nos termos da Lei de Usura e do Código Civil/1916, os juros remuneratórios há de serem fixados no limite de 1% ao mês.

Já em relação aos juros moratórios, estes são devidos por força de lei, desde que verificada a inadimplência. Assim, considerando-se que havia um acerto entre as partes, no sentido de que o valor principal haveria de ser pago até 31/8/2002 (f. 15), por certo que somente a partir do final de tal período (agosto de 2002) é que o devedor passará a estar em mora, em caso de existência de valores ainda não pagos.

Frise-se que verificada a inadimplência, nos termos do artigo 1062 do Código Civil/1916, os juros moratórios deverão ser aplicados à base de 6% ao ano. A partir de janeiro/2003, com a entrada em vigor da nova legislação civil, os juros moratórios passarão a ser aplicados à base de 1% ao mês, em consonância com os artigos 406 do CC/2002 e 161, §1º do CTN.

No que se refere à capitalização, esta deverá ser a anual, uma vez que o contrato firmado entre as partes não admite periodicidade menor que 12 (doze) meses, devendo, pois, ser aplicado o disposto no artigo 4º do Decreto-Lei 22.626/33: *"É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano."*

Fixado o valor do débito, sobre este serão abatidos os valores já pagos, mais precisamente as rendas vencidas a partir de setembro de 1997 (cujos pagamentos estão comprovados nos autos através dos recibos de f. 212, 218, 222, 226, 230,247 e 271. Os valores constantes dos referidos recibos deverão ser corrigidos pelo INPC, contados a partir da data de cada pagamento.

Em situação semelhante o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado já decidiu:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ANULAÇÃO - CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA - SIMULAÇÃO VACA-PAPEL - ALEGAÇÃO DO PARCEIRO - POSSIBILIDADE - ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DOS ANIMAIS - CONVERSÃO PARA CONTRATO DE MÚTUO - VALOR ORIGINAL DA DÍVIDA EQUIVALENTE A 150 VACAS - CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM/FGV - JUROS REMUNERATÓRIOS DE 12% AO ANO - CAPITALIZAÇÃO ANUAL - JUROS MORATÓRIOS - MULTA DE 10% - ABATIMENTO DOS VALORES JÁ PAGOS A TÍTULO DE RENDA - RECURSO PROVIDO.(AC 9958 MS 2006.009958-6 - TJ-MS , Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de Julgamento: 05/02/2009, 5ª Turma Cível)*

Registre-se que não há que se falar em abatimento dos valores pagos à título de rendas no período de 1993 a 1997, com o preço da última parcela da escritura, como requerem os embargantes-apelantes. Isso porque, esse pagamento foi convencionado pelas partes na ocasião que firmaram a escritura pública de compromisso de compra e venda de imóveis rurais. Senão vejamos:

> *"Face ao convencionado, no último pagamento a ser feito, os contratantes acordam entre si, que o outorgado compromitente comprador, deverá pagar aos outorgantes, sobre as referidas vacas, uma renda anual de 25% durante o período de quatro anos, a contar desta data até o mês de setembro de 1997, o que corresponde a uma renda de duzentos e cinquenta bezerros, machos, ou então 1500 arribas de boi gordo, à razão de seis arrobas por bezerro, se assim o outorgado preferir."*

Ademais, não se discute aqui, a validade da escritura pública de compromisso de compra e venda de imóveis rurais firmada pelas partes, mas apenas o contrato particular de arrendamento de gado e seus aditivos, que cumpre ressaltar, foi declarado nulo.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação interposta por Sandra Leonora de Souza de Carvalho, mas nego-lhe provimento.

Outrossim, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Maria Dulce de Paula Maravieski e outros, para reformar a sentença de primeiro grau, e em razão da simulação, determinar a conversão do contrato de arrendamento de gado firmado entre as partes em 01/9/1997 e seus aditivos, que tiveram por objeto 650 vacas, em contrato de mútuo para os quais fixo os seguintes parâmetros:

a) o valor principal será aquele correspondente ao valor de 650 (seiscentos e cinquenta) vacas com idade entre 03 e 08 anos, próprias para cria, de boa mestiçagem, de cor branca, tomando-se por base a cotação do mercado praticado pelo Frigorifico do Vale Guaporé/SA da cidade de Pontes e Lacerda-MT, para agosto de 2002 (conforme termo de aditamento de f. 15).

b) sobre o valor principal deverá incidir correção monetária pelo INPC desde 31 de agosto de 2002;

c) nos termos da Lei de Usura e do Código Civil/1916, os juros remuneratórios serão de 1% ao mês, também a partir de 31 de agosto de 2002;

d) a capitalização deverá ser anual nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei 22.626/33 e Súmula 121 do STJ;

e) considerando o vencimento do contrato como sendo 31/8/2002 (f. 15), verificada a inadimplência, nos termos do artigo 1062 do Código Civil/1916, os juros moratórios deverão ser aplicados à base de 6% ao ano. A partir de janeiro/2003, com a entrada em vigor a nova legislação civil, os juros moratórios passarão a ser aplicados à base de 1% ao mês, em consonância com os artigos 406 do CC/2002 e 161, §1º, do CTN;

f) fixado o valor do débito, sobre este serão abatidos os valores já pagos, mais precisamente as rendas representadas através dos recibos de f. 212, 218, 222, 226, 230, 247 e 271, os quais deverão ser corrigidos pelo INPC, contados a partir da data de cada pagamento.

Mantém-se o ônus da sucumbência na forma como fixada na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Sandra Leonora de Souza de Carvalho e deram parcial provimento ao apelo de Maria Dulce de Paula Maravieski e outros, 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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0844856-52.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA FABRICANTE DO PRODUTO – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DO CDC – PRODUTO PARA ALISAMENTO DE CABELO – QUEDA DE CABELO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

2- Despropositada a alegação de que o laudo pericial produzido nos autos da ação cautelar preparatória macula de nulidade a sentença prolatada neste feito principal se, mesmo intimadas a requerer a produção de provas, as partes, acerca daquele, quedaram-se inertes.

3- A relação havida entre os litigantes é de consumo, devendo ser regida pelas normas e regras do CDC.

4- Plenamente cabível o dano moral, no caso em exame, decorrente da violação aos direitos inerentes a personalidade da parte autora, quais sejam, os atinentes a saúde, a vida social e a incolumidade física. Isso se deve ao fato de que, ao ser comercializado cosmético sem as devidas informações sobre a possibilidade de reações químicas, a autora foi exposta a risco desnecessário a integridade corporal, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar esta gama de direitos inerentes a cada ser humano.

5 - O *quantum* indenizatório fixado em R$ 6.000,00, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, deve ser mantido, diante da gravidade do dano.

– APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – NÃO ACOLHIDA – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA QUE COMERCIALIZA O PRODUTO – SUBSIDIÁRIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1- O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

2- Despropositada a alegação de que o laudo pericial produzido nos autos da ação cautelar preparatória macula de nulidade a sentença prolatada neste feito principal se, mesmo intimadas a requerer a produção de provas, as partes, acerca daquele, quedaram-se inertes.

3- Embora o prazo prescricional da pretensão de reparação civil seja de 3 (três) anos, contado da data do fato, a citação na ação cautelar de produção antecipada de provas, dada a sua litigiosidade, possui o condão de interromper o prazo prescricional.

4- A responsabilidade do comerciante pelo fato do produto é subsidiária, ou seja, apenas quando não puder ser identificado o fabricante ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos, é que o fornecedor será chamado a responder. *In casu*, o fornecedor restou devidamente identificado e figura no polo passivo da lide. Ademais, a discussão travada nos autos não envolve a má conservação do produto quando de sua permanência nas dependências da loja, mas a reação que o produto causou na autora, o que afasta a responsabilidade da co-demandada. Dessa forma, o pedido deve ser julgado improcedente quanto a ela.

ACÓRDÃO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S.A, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização (feito nº 0844856-52.2013.8.12.0001 da 10ª Vara Cível desta Capital) ajuizada por Sonia Maria Ribeiro Soares (f. 206-214), interpôs recurso de apelação (f. 217-233).

Arguiu, preliminarmente, a nulidade da sentença sob o fundamento de que houve o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, argumentando que pretendia comprovar por meio de testemunhas, as rígidas medidas adotadas pela fabricante durante seu processo produtivo e, especialmente, comprovar a ausência de defeito em seu produto, bem como que tomou todas as medidas para informar a consumidora sobre o correto uso do alisante.

Ainda em sede preliminar, alegou a nulidade do laudo pericial em função da perícia, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas, ter sido realizada sem prévia ciência das partes, deixando de ser oportunizada a participação de assistente técnico. Por isso, pleiteia a devolução dos autos à origem, a fim de que seja realizada nova prova pericial, com a presença de assistente técnico da apelante.

No mérito, alegou a culpa exclusiva da autora pelos supostos danos narrados, por tratar-se de produto de uso exclusivo profissional, conforme indicado na embalagem e nos folhetos explicativos. Sob outro enfoque, argumentou que o produto indicado pela autora não apresenta vício de fabricação e está devidamente aprovado pela ANVISA, de acordo com as normas reguladoras e os dispositivos do CDC.

Mencionou que, além de comprovada a culpa exclusiva da vítima, a sentença recorrida deixou de observar que a fabricante adota todas as medidas necessárias ao total controle de qualidade de seus produtos. Ademais, aduziu que a sentença carece de reforma pela inexistência de nexo de causalidade a justificar sua responsabilização pelos danos alegados, visto a inobservância da consumidora acerca das recomendações traçadas pelo fabricante, enfatizando que o laudo pericial produzido nos autos não se presta à justa e adequada solução do litígio, porque se baseia exclusivamente em alegações da apelada.

Subsidiariamente, acaso mantida a responsabilidade da apelante, pleiteou a redução do valor da indenização, fixado em R$ 6.000,00 (seis mil reais) pelo juízo *a quo*.

A co-ré Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP também apresentou recurso de apelação (f. 236-252).

Arguiu, preambularmente, a prescrição da pretensão autoral, com fundamento no inc. V, §3º do art. 206 do CPC, considerando que entre a data da realização da perícia, realizada em ação cautelar de produção antecipada de provas, e o ajuizamento desta ação de indenização, transcorreram mais de 3 (três) anos.

Alegou a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, afastando-lhe a oportunidade de demonstrar, por meio do depoimento das partes e oitiva

de testemunhas, o atendimento, pela apelante, de todas as regras de informação e esclarecimentos que determinam a lei consumerista.

Ainda em sede preliminar, sustentou a nulidade da sentença alegando que o laudo pericial trata-se de estudo técnico inconclusivo e que se fundamenta, exclusivamente, em informações fornecidas pela parte autora, sem análise do produto e o respectivo atendimento às normas e descrições técnicas.

Enfatizou que o processo de alisamento pode causar danos ao cabelo e, em sendo assim, obsoleta a conclusão de que os cabelos da apelada caíram após o uso do produto, pois o ponto nevrálgico da contenda seria aferir se a apelada seguiu a todas as orientações e precauções (f. 242).

Concluiu, por isso, que o laudo pericial não tem o necessário condão probatório, pugnando pelo reconhecimento de sua nulidade, com a determinação de retorno dos autos à origem para a realização de nova prova pericial.

Sob outro enfoque, alegou que inexiste prova de que a apelante não repassou as informações sobre o produto e seu modo de aplicação, argumentando que no mercado de venda de cosméticos constitui prática reiterada a aquisição de produtos para posterior aplicação por profissional (cabeleireiro), com a finalidade de reduzir custos.

Diante disso, aduziu que adota conduta regular na venda de produtos, vinculada do aconselhamento de não auto-aplicação, mediante a utilização com profissional, conforme expressamente consta da embalagem do produto adquirido pela autora.

Ressaltou que o fato de vender o produto para o público não profissional, por si só, não configura conduta culposa, a justificar sua responsabilização pelos danos alegados pela apelada, que deixou de apreciar a expressa informação na embalagem do produto no sentido de que seria exclusivo para uso profissional, procedendo a auto-aplicação. Defendeu, por fim, que sua responsabilidade é subsidiária pelo fato do produto, ante a ausência de prova de que agiu com culpa para os danos alegados pela parte autora.

No mérito, alegou que a hipótese apresenta culpa exclusiva da vítima, face a existência de advertências na embalagem do produto que o identificam como de uso exclusivo profissional, evidenciando a ausência de liame causal apto a gerar o dever de indenizar. Subsidiariamente, a apelante insurge-se quanto ao valor da indenização arbitrada pelo juízo *a quo*, pugnando por sua redução.

A autora-apelada apresentou contrarrazões aos recursos (f. 256-271), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas rés da ação de indenização ajuizada por Sonia Maria Ribeiro Soares em face de Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S.A e Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP.

Segundo consta da inicial a autora, ora apelada, adquiriu na loja requerida (Dalle Grave e Mariotti Ltda) o produto de beleza para alisamento capilar denominado Creme Alizante Niasi 50g, acrescido de neutralizante Zene 50ml, de fabricação da requerida (Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S/A).

Narra que ao chegar em sua residência, realizou todos os passos conforme demonstrado na embalagem do produto e orientado pela vendedora. Entretanto, para sua surpresa, ao realizar a lavagem, o cabelo caiu, ficando praticamente careca. Afirma que também teve muita coceira e incômodo, pois sentia a pele queimar sempre que saía ao sol. Diante disso, ajuizou ação de indenização por danos morais.

O juiz julgou procedente o pedido, condenando solidariamente as empresas, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Contra essa sentença, ambas as requeridas apelam.

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço de ambos os apelos e passo a analisá-los conjuntamente, por ordem de prejudicialidade.

I – Nulidade da sentença

A) Julgamento antecipado da lide

Sorte não socorre as apelantes quanto ao alegado cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que defendem, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o juízo entende-se satisfeito com as provas constantes dos autos para formação de seu convencimento, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Como cediço, o juiz, destinatário da prova, quem tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente a lide, como no caso presente.

De fato, entendendo que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato[1]:

> *Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabo tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais.*

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho[2]:

> *O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia (art. 330, II)*
>
> *(...)*

1 **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas. 2004, pág. 983.

2 **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 169-170.

> *O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa.*

Assim, se a magistrada de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente comprovados, tornando-se desnecessária a produção de mais provas, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pelo julgamento antecipado da lide e, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Não fosse isso, à luz da orientação do Superior Tribunal de Justiça, o juiz tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide quando constatar que o acervo probatório mostra-se suficiente para o julgamento do processo. Neste sentido, confira-se o seguinte julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – PRECEDENTES – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO QUE PUDESSE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. In casu, o magistrado de primeira instância julgou antecipadamente a lide, por entender que não havia mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito. 2. Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, não há cerceamento do direito de defesa, nesses casos, pois o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. 3. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte, e não tendo a agravante trazido qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, esta deve ser mantida íntegra, por seus próprios fundamentos. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1193852/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010)*

Em tais circunstâncias, rejeita-se a preliminar.

B) Nulidade do laudo pericial

Sob outro enfoque, as apelantes defendem que o laudo pericial produzido nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas ajuizada pela autora, ora apelada, macula o *decisum* recorrido, porquanto realizado sem a prévia ciência das partes e baseado em alegações da parte autora.

Referida matéria já foi parcialmente enfrentada por este órgão julgador, quando do apelo interposto naquele feito cautelar (nº 0007425-22.2010.8.12.0001), oportunidade em que se assentou que a homologação da prova pericial não tem o condão de torná-la definitiva e indiscutível no juízo da ação principal, servindo apenas ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligados, para produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial.

Outrossim, na demanda principal, ora em julgamento, as demandadas, ora apelantes, em nenhum momento protestaram pela elaboração de novo laudo pericial.

Verifica-se que, após serem instadas a produzir provas (f. 193), apenas a apelante Cosmed compareceu aos autos para requerer o depoimento pessoal da autora, bem como de testemunhas, "a fim de comprovar as rígidas medidas adotadas pela fabricante durante todo o processo produtivo do alisante *Zene*" (f. 197).

Assim, despropositada a alegação de que o laudo pericial produzido nos autos da ação cautelar preparatória macula de nulidade a sentença prolatada neste feito principal se, mesmo intimadas a requerer a produção de provas, as partes, acerca daquele, quedaram-se inertes.

Portanto, não prospera a alegação de que o laudo pericial produzido na ação cautelar de produção antecipada de provas vicia a sentença recorrida.

II – Ilegitimidade da fornecedora do produto (responsabilidade subsidiária)

A preliminar de ilegitimidade passiva ad causam levantada pela empresa que comercializou o produto - Dalle Grave e Mariotti Ltda – EPP, confunde-se com o mérito da questão debatida nos autos, razão pela qual, com este deverá ser apreciada.

III – Prescrição

A ré Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP arguiu, preambularmente, a prescrição da pretensão autoral, com fundamento no inc. V, §3º do art. 206 do CPC, sob o fundamento de que entre a data da realização da perícia, realizada em ação cautelar de produção antecipada de provas, e o ajuizamento desta ação de indenização, transcorreram mais de 3 (três) anos.

Embora o prazo prescricional da pretensão de reparação civil seja de 3 (três) anos, contado da data do fato, a citação na ação cautelar de produção antecipada de provas, dada a sua litigiosidade, possui o condão de interromper o prazo prescricional.

Neste sentido:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE AUTOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA.EFEITO INTERRUPTIVO. MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. CPC, ARTS. 219 E 846. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. II - Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939.* (REsp 202.564/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 02/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 220)

> *- PROCESSO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. CONOTAÇÕES ESPECIAIS. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 154. - SE O PROCESSO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA ASSUME CONOTAÇÕES DE PROTESTO E DE INDECLINAVEL MEDIDA PREPARATORIA DA AÇÃO, A CITAÇÃO NELE FEITA INTERROMPE A PRESCRIÇÃO. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.* (STF - RE: 105838 SP, Relator: Rafael Mayer, Data de Julgamento: 14/06/1985, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-08-1985 PP-12056 EMENT VOL-01385-05 PP-01077)

Na hipótese sob julgamento, os danos alegados pela autora, decorreram da utilização do produto, fabricado pela primeira apelante e revendido pela segunda apelante, que ocorreu dia 04/02/2010, tendo a autora ajuizado ação cautelar em 11/02/2010.

Assim, se a ação principal foi ajuizada quando ainda tramitava a ação cautelar, não há falar-se em prescrição da pretensão autoral.

Do Mérito

Da responsabilidade subsidiária da empresa que comercializou o produto - Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP

A co-ré Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP, ora apelante, defende, que sua responsabilidade é subsidiária pelo fato do produto, ante a ausência de prova de que agiu com culpa para os danos alegados pela parte autora. Alega que inexiste prova de que não repassou as informações sobre o produto e seu modo de aplicação, argumentando que no mercado de venda de cosméticos constitui prática reiterada a aquisição de produtos para posterior aplicação por profissional (cabeleireiro), com a finalidade de reduzir custos.

Diante disso, aduz que adota conduta regular na venda de produtos, vinculada ao aconselhamento de não auto-aplicação, mediante a utilização com profissional, conforme expressamente consta da embalagem do produto adquirido pela autora.

Ressalta que o fato de vender o produto para o público não profissional, por si só, não configura conduta culposa, a justificar sua responsabilização pelos danos alegados pela apelada, que deixou de apreciar a expressa informação na embalagem do produto no sentido de que seria exclusivo para uso profissional, procedendo a auto-aplicação.

Extrai-se da inicial que a demandante reclama indenização, a título de dano moral, em decorrência da queda de seu cabelo causada, segundo alega, após a utilização do produto Creme Alizante Niasi 500g, acrescido de neutralizante Zene 500ml, fabricado pela primeira demandada (Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S.A) e comercializado pela segunda (Dalle Grave & Mariotti Ltda. – EPP).

Inicialmente faz-se necessário abordar a diferença entre fato do produto e vício do produto, previstos nos arts. 12 e 18 do CDC.

O fato do produto ocorre naqueles casos em que a utilização do produto provoca danos ao consumidor, expondo a sua segurança e saúde, ou seja, trata-se de acidente de consumo.

Neste sentido, oportuna a doutrina de Zelmo Denari:

> *"O Código distingue dois modelos de responsabilidade: por vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por danos causados aos consumidores, ditos acidentes de consumo.*
>
> *O art. 12 disciplina este último modelo, ocupando-se da responsabilidade do fornecedor por danos decorrentes dos vícios de qualidade dos bens, rectius, de defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento dos produtos.*
>
> *A responsabilidade por danos decorre da propagação do vício de qualidade, alcançando o consumidor e inclusive terceiros, vítimas do evento (cf. art. 17), e supõe a ocorrência de três pressupostos:*
>
> *a) defeito do produto;*
>
> *b) eventus damni; e*
>
> *c) relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.*

> *Figurativamente, podem ser lembrados os seguintes acidentes de consumo que suscitam responsabilidade por danos:*
>
> *(...)*
>
> *Atente-se, contudo, que o produto, às vezes, não ostenta vício de qualidade, mas é fornecido com informações "insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos" – como dispõe 'in fine' o art. 12 – ocasionando danos ao consumidor ou terceiros e que, da mesma sorte, implicam a obrigação de indenizar.*
>
> *Portanto, além dos vícios de qualidade, os 'vícios de informação' podem ocasionar acidentes de consumo, passíveis de indenização se as instruções relativas à utilização do produto ou à fruição do serviço não o acompanharem ou pecarem pela falta de clareza ou precisão". (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/ Ada Pellegrini Grinover [et al.]. - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 177-178)*

Já o vício do produto significa vício de adequação, ocorrendo sempre que uma desconformidade do produto comprometer sua prestabilidade. Normalmente, implica a perda do valor do produto, dano patrimonial direto, limitado ao valor deste.

Acerca desta diferença, pertinente a seguinte lição doutrinária:

> *"A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorrente basicamente, de um dano causado por um vício de fabricação, ou de um prejuízo ocasionado pelo fornecimento de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e os riscos do produto. Nasce com a verificação de um acidente de consumo hábil a lesionar a integridade física ou psíquica do consumidor, ou suficiente para danificar seu patrimônio. Aos defeitos desta natureza dá-se o nome de vícios de segurança.*
>
> *A responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre de um vício de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou lhes diminuam o valor, assim como de vício de qualidade ou quantidade causado pela disparidade. É constatada pela propriedade ou inadequação do produto ou serviço ao fim a que se destina, pela diminuição do valor, assim como pela disparidade. Os defeitos dessa espécie são chamados de vícios de adequação.*
>
> *Na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço o comerciante responde subsidiariamente, ao passo que na responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, o comerciante responde solidariamente com o fabricante" (Carvalho Silva, Jorge Alberto Quadros. Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar. Ed. Saraiva. SP. 3ª ed. 2003, p. 62).*

Diante de todo o exposto, denota-se que a responsabilidade pelo fato do produto está regulada nos arts. 12 e 13 do CDC.

Assim, verifica-se que o comerciante, ora apelante, poderá ser responsável subsidiário, com fundamento no art. 13 do CDC, *in verbis*:

> *Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:*
>
> *I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;*

> *II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;*
>
> *III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.*
>
> *Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.*

Consoante entendimento jurisprudencial e doutrinário, a responsabilidade do comerciante pelo fato do produto é subsidiária, ou seja, apenas quando não puder ser identificado o fabricante ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos, é que o fornecedor será chamado a responder.

In casu, o fornecedor restou devidamente identificado e figura no polo passivo da lide. Ademais, a discussão travada nos autos não envolve a má conservação do produto quando de sua permanência nas dependências da loja, mas a reação que o produto causou na autora, o que afasta a responsabilidade da co-demandada. Dessa forma, o pedido deve ser julgado improcedente quanto a ela.

Da responsabilidade da empresa fabricante do produto - Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S/A

Inicialmente, cumpre referir que a relação havida entre os litigantes é de consumo, devendo ser regida pelas normas e regras do CDC.

A controvérsia cinge-se a saber se a autora faz jus à indenização por danos morais decorrentes do uso de produto para alisamento de cabelo.

Inicialmente cumpre assentar que o fato de a autora ter realizado a aplicação do produto em casa, não isenta a requerida de responder pelos danos ocasionados. Isso porque, apesar de não se tratar de profissional, a autora, ora apelada afirmou ter seguido todas as instruções de uso do produto indicadas pela fabricante.

Compulsando os autos, verifica-se que os efeitos colaterais não foram pormenorizados na embalagem, tendo a ré descumprido seu dever de informação, imposto no CDC.

No folheto de informações que vem na embalagem do produto apresentado pela ré às fls. 73 a fabricante alerta que:

> *"O produto contém sais de ácido tioglicólico e amônia. Produto exclusivo para uso profissional. Esse produto somente deve ser usado para o fim que se destina, sendo PERIGOSO para qualquer outro uso. Usar Luvas adequadas. Não aplique se o couro cabeludo tiver irritado ou lesionado, e nem em cabelos descoloridos e com mechas, danificados por colorações ou permanentes, ou alisados com henê, ou produtos que contenham soda cáustica ou metais pesados (como henna). Evite o contado com os olhos."*

Como se vê, não há nenhuma informação na embalagem do produto de que a sua utilização de forma equivocada poderia causar a queda de cabelos, como ocorreu no caso em tela.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, inciso III, dispõe sobre o direito à informação adequada sobre os produtos, *in verbis* :

> *"(...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; "*

Sobre a responsabilidade pelo fato do produto são os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa a seguir transcritos:

> *Responsabilidade pelo fato do produto e serviço é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física ou psíquica) ou a segurança do consumidor (*art. 6º, I da Lei 8078/90).
>
> *O defeito extrínseco ou exógeno não é uma simples inadequação econômica do produto ou do serviço, porém uma inadequação que gera efeitos sobre a personalidade humana, tanto do consumidor como das pessoas a ele equiparadas, dada a situação de vítima do evento.* (LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.)

Acerca do tema em discussão são os arestos a seguir colacionados:

> *APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. CDC. VENDA DE PRODUTO VENCIDO AO CONSUMIDOR. DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO FABRICANTE. Responsabilidade pela venda de produto com prazo de validade vencido é do comerciante. Situação não se enquadra a nenhuma das hipóteses do art.12 do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar afastada. Ônus da prova não é do consumidor, pelo que não se pode exigir dele produção de provas, especialmente laboratoriais e do efetivo consumo do produto vencido. Negligência do supermercado ao não retirar das gôndolas mercadoria sem condições de consumo. Dano moral não há que ser demonstrado: em ocorrendo o ilícito, deve ser presumido. Agravo retido prejudicado. Apelo desprovido.* (Apelação Cível Nº 70003736386, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 24/03/2004).
>
> *INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE DE CONSERVAR ADEQUADAMENTE OS ALIMENTOS PERECÍVEIS, RESPONDENDO OBJETIVAMENTE PERANTE O CONSUMIDOR, NOS TERMOS DOS ART. 12 C/C ART. 13, INC. III. VIOLAÇÃO AO DEVER DA SEGURANÇA ALIMENTAR DO CONSUMIDOR. DANO MORAL CARACTERIZADO PELA SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA NA PESSOA DO CONSUMIDOR, E TAMBÉM PELO ABALO DE SAÚDE CAUSADO AOS FILHOS DOS AUTORES QUE, NA NOITE DO NATAL, ACABARAM POR PASSAR MAL EM RAZÃO DOS PRODUTOS INGERIDOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.* (Apelação Cível Nº 70030688394, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALTERAÇÃO DE DATA DE VALIDADE DO MEDICAMENTO. VÍCIO NO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Tutela da confiança - Dever de indenizar: o mercado de consumo reclama a observância continente e irrestrita ao dever de qualidade dos produtos e serviços nele comercializados, amparado no princípio da confiança, que baliza e norteia as relações de consumo. Inobservado este dever de qualidade, ante a comercialização de medicamentos com prazo de validade vencido e, via reflexa, a tutela da confiança, a lei impõe gravames de ordem contratual e extracontratual ao infrator. 2. Responsabilidade solidária do importador e do comerciante do medicamento: levando em conta que, `in casu aplica-se o artigo 18, §6º do CDC, respondem pelos danos advindos do vício de qualidade do produto, de forma solidária, o importador e o comerciante*

> *do medicamento. 3. "Quantum' indenizatório, a título de danos morais: na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas. No caso em pauta, vai mantida a indenização fixada na sentença no montante equivalente a 20 (vinte) salários mínimos. 4. Consectários legais: relativamente à condenação por danos morais, a correção monetária incide a partir da sentença que fixou o `quantum¿ indenizatório. Já os juros moratórios, em se tratando de relação contratual, incidem a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil. Apelo do réu desprovido e provido, em parte, o apelo do autor.* (Apelação Cível Nº 70022309801, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 30/09/2009).

Da indenização devida em razão dos danos de ordem moral causados

É perfeitamente passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, decorrente de terem sido atingidos direitos inerentes a personalidade da parte autora, quais seja, os atinentes a saúde, a vida social e a incolumidade física.

Isso se deve ao fato de que, ao ser comercializado cosmético sem as devidas informações sobre a possibilidade de reações químicas, a autora foi exposta a risco desnecessário a integridade corporal, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar esta gama de direitos inerentes a cada ser humano.

A esse respeito é oportuno trazer à colação os ensinamentos do jurista Cavalieri Filho ao asseverar que:

> *(...) Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mas precioso que o patrimônio, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.*
>
> *Os direitos a personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direito da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esse diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada. (Cavalieri Filho, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Editora Atlas, 2007, p. 77.)*

Do *quantum* indenizatório

Finalmente, requerem as apelantes que o valor arbitrado a título de indenização por dano moral - R$ 6.000,00 - seja reduzido.

Na fixação da indenização por danos morais há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como, as condições da ofendida*, in casu*, autônoma, beneficiária da gratuidade judiciária, a capacidade econômica da empresa ofensora, a qual se trata de fabricante de cosméticos de grande porte, reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, deixando de corresponder à causa da indenização.

Nesse sentido, Cavalieri Filho discorre sobre este tema, mais uma vez, com rara acuidade jurídica, afirmando que:

> *Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*
>
> *Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.* (Cavalieri Filho, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Editora Atlas, 2007, p. 90.)

Dessa forma, levando em consideração as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade econômica do ofensor, entendo que, no caso em concreto, a importância a título de danos morais fixada em R$ 6.000,00 (seis mil reais), deve ser mantida.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Dalle Grave & MAriotti Ltda EPP, afasto as preliminares de cerceamento de defesa, nulidade do laudo pericial, bem como a prejudicial de prescrição, e no mérito, dou-lhe provimento para o fim de, com relação a ela, julgar improcedente o pedido nos autos da ação indenizatória ajuizada por Sônia Maria Ribeiro de Souza.

Consequentemente, com relação à ré Dalle Grave & MAriotti Ltda EPP condeno a autora a pagar as custas e os honorários advocatícios, que com base no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 1.000,00 (mil reais). A obrigação da autora permanecerá suspensa enquanto não houver prova de alteração em sua situação financeira, nos termos do art. 12 da Lei 1060/50.

De outro lado, conheço do apelo interposto por Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S/A, afasto as preliminares de cerceamento de defesa e nulidade do laudo pericial e no mérito, nego-lhe provimento, mantendo, com relação a ela, a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e a prescrição, negaram provimento ao apelo de Cosmed Indústria de Cosméticos e Medicamentos S/A, deram provimento ao apelo de Dalle Grave& Mariotti Ltda EPP, julgando improcedente o pedido, 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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1405200-71.2015.8.12.0000 - Miranda
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA – REALIZAÇÃO DE "LOBOTOMIA" NO SUBSTITUÍDO, PORTADOR DE AUTISMO GRAVE – PROCEDIMENTO DE ALTO RISCO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA – RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE COM O PARECER, PROVIDO.

Pois bem, como se sabe, para que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela, devem estar presentes, de forma cumulativa, os requisitos da prova inequívoca, que leve ao convencimento sobre a verossimilhança da alegação dos fatos invocados pela parte requerente, e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do art. 273, do Código de Processo Civil (CPC).

No caso, pretende-se compelir o Estado a disponibilizar, em medida antecipatória, o procedimento cirúrgico de "lobotomia" ao substituído, portador de autismo grave, o qual consiste na retirada de uma parte do cérebro, procedimento que por muito tempo foi banido pela comunidade médica, em razão de seus efeitos devastadores. Requisitos da tutela antecipada não preenchidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Miranda/MS, nos autos da Ação Civil Pública que lhe move o Ministério Público Estadual, na qualidade de substituto processual de Cleinton Damasceno Costa, interpõe o presente recurso.

Na inicial, narra-se que o substituído é autista, apresenta atraso cognitivo e é extremamente agressivo, pelo que necessita ser submetido à cirurgia de lobotomia para retirada de parte de seu cérebro e, com isso, diminuir sua agressividade.

Nas razões recursais, pleiteia-se a reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo*, que deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Miranda

providenciem imediatamente a cirurgia de lobotomia no substituído, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada em R$ 20.000,00.

Aduz-se que a cirurgia de "lobotomia" é controversa e polêmica, implicando em questões éticas, legais e sociais, não sendo indicada quando se pretende apenas controlar a agressividade do paciente.

Assevera-se que a cirurgia em questão não se caracteriza como de urgência ou emergência e envolve risco de morte do paciente, o qual deve ser submetido previamente a uma série de exames para avaliação do risco cirúrgico.

Alega-se que inexiste no caso o *periculum in mora* exigido para o deferimento da tutela antecipada, sendo necessário aguardar a realização de exames, para que o profissional médico possa emitir seu diagnóstico e verificar a real necessidade da realização do procedimento pleiteado.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (decisão de fls. 84-86).

Às fls. 90-91, foram apresentadas informações.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento parcial do agravo para que a decisão seja reformada somente quanto ao prazo para a realização do procedimento cirúrgico, que se deve adequar à realização dos exames necessários.

VOTO

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

Conforme relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Miranda, MS, nos autos da Ação Civil Pública que lhe move o Ministério Público Estadual, na qualidade de substituto processual de Cleinton Damasceno Costa, interpõe o presente recurso.

Na inicial narra-se que o substituído é autista, apresenta atraso cognitivo e é extremamente agressivo, pelo que necessita ser submetido à cirurgia de lobotomia para retirada de parte de seu cérebro e, com isso, diminuir sua agressividade.

Nas razões recursais, pleiteia-se a reforma da decisão proferida pelo juízo "a quo", que deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Miranda providenciem imediatamente a cirurgia de lobotomia no substituído, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada em R$ 20.000,00.

Pois bem, como se sabe, para que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela, devem estar presentes, de forma cumulativa, os requisitos da prova inequívoca, que leve ao convencimento sobre a verossimilhança da alegação dos fatos invocados pela parte requerente, e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do art. 273, do CPC. *In verbis:*

> *Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
> *I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
> *II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*

Conforme leciona Fredie Didier Junior:

> *"São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre alegações".*

Assim, no caso, há de se constatar a existência de prova inequívoca quanto, ao menos, a necessidade de o substituído ser submetido ao tratamento cirúrgico requerido pelo Ministério Público, além da impossibilidade de se aguardar até o final da demanda para que o procedimento seja realizado - situações que não se vislumbram na hipótese.

Isso porque se trata de procedimento de "lobotomia", o qual consiste na retirada de uma parte do cérebro, procedimento que por muito tempo foi banido pela comunidade médica, em razão de seus efeitos devastadores.

A propósito, transcrevo trecho de uma reportagem veiculada na revista Super Interessante:

> *"É a retirada de uma parte do cérebro. "Cada hemisfério do nosso cérebro é dividido em quatro partes ou lobos que são chamados frontal, occipital, parietal e temporal", explica o neurologista Saul Cypel, do Hospital das Clínicas, em São Paulo. "A retirada do lobo pode ser total ou parcial." Em épocas antigas, a lobotomia era usada em pacientes com certos tipos de doenças mentais como forma de acalmá-los. Atualmente, nesses casos a técnica cirúrgica foi substituída por medicamentos ou psicoterapia. A lobotomia pode ser usada, por exemplo, para extrair tumores. Entretanto, a retirada de uma área do cérebro pode afetar as funções relacionadas com ela. Se for extraída a parte posterior do lobo frontal esquerdo, a fala pode ficar comprometida. "Quando a lobotomia é feita até por volta dos 3 anos de idade, o outro hemisfério do cérebro pode assumir a função da parte extraída, e não haverá sequelas", explica Cypel. A lobotomia é também usada em casos de epilepsia, quando o problema não pode ser controlado com tratamento convencional. Retira-se um foco epiléptico localizado, ou seja, a região do cérebro responsável pelas descargas neuronais que causam as convulsões." (http://super.abril.com.br/ciencia/o-que-e-lobotomia)*

> *No sitio do Centro Cultural do Ministério da Saúde consta que lobotomia é uma técnica cirúrgica que, ao destruir a substância branca dos lobos temporais do cérebro, provoca uma alteração da personalidade. Essa prática, recomendável em casos definidos como extremos no que concerne à agressividade e à dor, provoca uma deterioração cerebral irreversível. Os avanços da psicofarmacologia determinaram o declínio de tais intervenções. No Brasil, o emprego da lobotomia foi abolido em 1955.* (http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/mostra/lobotomia.Html)

Logo, diante das possíveis nefastas consequências do tratamento cirúrgico solicitado, mostra-se temerário a concessão da tutela antecipada, ademais quando indicado por apenas um profissional (atestado fl. 38).

Outrossim, também não se vislumbra o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o substituído é acometido da doença – autismo – desde o seu nascimento, o que demonstra que pode conviver com a mesma até o julgamento da lide.

Pelo exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso de agravo interposto por Estado de Mato Grosso do Sul e lhe dou provimento, a fim de, em reformando a decisão objurgada, indeferir o pedido de tutela antecipada para que seja realizada, imediatamente, a cirurgia de "lobotomia" no representado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

***

do STF e desta Corte Segurança concedida Recurso de apelação provido. (TJSP; APL 0052676-43.2012.8.26.0053; Ac. 7790283; São Paulo; Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Aguilar Cortez; Julg. 12/08/2014; DJESP 27/08/2014)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO NORMATIVA DA UNIÃO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL CORRENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO RECONHECIMENTO DA OMISSÃO DO LEGISLADOR NA CONCRETIZAÇÃO DO ART. 40, § 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O CITADO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EFICÁCIA DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL QUE EXIGE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

1. A aposentadoria especial de servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4.º, da Constituição Federal. Precedentes do STF: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/11/2007, MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 22/5/2009, e ARE 727.541-AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 24/4/2013.

2. A competência concorrente para legislar sobre previdência dos servidores públicos não afasta a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União. Precedente. 3. Agravo regimental improvido. (MI 5598 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, Processo Eletrônico DJe-079 Divulg 25-04-2014 Public 28-04-2014)

Diante do exposto, rejeito as preliminares e concedo a ordem para que o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio de sua autarquia previdenciária aplique, se comprovados os requisitos legais, subsidiariamente, o art. 57, da Lei n.º 8.213/91, conforme nova orientação do Supremo Tribunal Federal, e compute o tempo de serviço prestado na atividade que prejudique a saúde e/ou a integridade física da impetrante para fins de aposentadoria especial.

Sem custas e sem honorários, na forma das Súmulas n.º 105, do STJ, 512, do STF, e art. 25, da Lei n.º 12016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, concederam parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer. Ausente, justificadamente, o Des. Néli Stábile.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 13 de julho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0801728-79.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – DÉBITO FISCAL – IMÓVEL VAGO – ENTIDADE RELIGIOSA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – MANDADO DE CONSTATAÇÃO – PROVA DE QUE O BEM NÃO É DESTINADO ÀS ATIVIDADE ESSENCIAIS DA INSTITUIÇÃO AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, é de não prover o regimental.

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, 15 de setembro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Igreja Evangélica Assembléia de Deus de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação anulatória de n. 0801728-79.2013.8.12.0001 em que contende com o Município de Campo Grande, oferece recurso de agravo regimental.

A recorrente, em síntese, aduz que:

> *1 – é legítima proprietária do imóvel em debate, porquanto, além de constar nos autos a certidão de matrícula, o juízo singular assentou que o próprio agravado lançou o tributo em nome da agravante, considerando-a como contribuinte do IPTU;*
>
> *2 – a imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas, isto é, basta o imóvel estar registrado em nome da instituição religiosa para que seja concedida a imunidade tributária;*
>
> *3 – o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela não incidência de impostos sobre as propriedades imóveis dos templos de qualquer culto, mesmo que estas estejam alugadas ou desocupadas, porque, se assim não fosse, a norma imunizante se esvaziaria e perderia seu sentido;*

4 – em recurso extraordinário, com repercussão geral, RE n. 767.332, o STF confirmou a jurisprudência no sentido de que a imunidade tributária abrange os lotes vagos, temporariamente ociosos, de propriedade das instituição de educação e de assistência social sem fins lucrativos, bem como definiu que compete ao ente público comprovar que o imóvel não está sendo utilizado para as finalidades da igreja;

5 – o fato de terceiro estar ocupando o imóvel como possuidor não é suficiente para afastar a imunidade tributária prevista na Constituição Federal, porquanto, basta a comprovação acerca da titularidade para ser deferido tal benefício;

6 – o imóvel está abrangido pela imunidade tributária desde a sua aquisição pela entidade social ou religiosa, ficando certo que somente após a comprovação posterior da utilização diversa do imóvel, para fins não essenciais à atividade assistencial, educacional e/ou religiosa, autorizará a revogação da referida imunidade tributária; e,

7 – em demanda semelhante (autos n. 0818303-02.2012.8.12.0001), o relator, Des. Eduardo Machado Rocha, destacou que o mesmo o imóvel estando vago, é claro que foi adquirido com a intenção de construir instalações futuras para atender à finalidade da entidade religiosa, o que poderá ser prejudicado com a incidência de tributação, até porque a agravante esta litigando sob os auspícios da justiça gratuita, fato este que é suficiente para demonstrar a ausência de condições financeiras de edificar no imóvel, justificando a ausência de construção no terreno.

Por fim, pugna pelo juízo de retratação ou, não sendo este o entendimento, seja o recurso apreciado pelo Órgão Colegiado

VOTO

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

Igreja Evangélica Assembleia de Deus de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação anulatória de n. 0801728-79.2013.8.12.0001 em que contende com o Município de Campo Grande, oferece recurso de agravo regimental.

Em suma, a parte agravante alega que é legítima proprietária do imóvel em debate, porquanto, além de constar nos autos a certidão de matrícula, o juízo singular assentou que o próprio agravado lançou o tributo em nome da agravante, considerando-a como contribuinte do IPTU. Ainda, insiste que o STF entende pela imunidade tributária mesmo sobre lotes vagos, sendo, inclusive, encargo do ente público demonstrar eventual desvio de finalidade.

A súplica não procede.

Como pode ser visto, a decisão agravada restou assim fundamentada:

A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.

Trata-se de ação anulatória ajuizada pela Igreja Evangélica Assembleia de Deus de Mato Grosso do Sul em desfavor do Município de Campo Grande visando, em suma, o reconhecimento da imunidade

tributária em relação ao imóvel situado na Rua Ministro José Linhares, n. 2.053, quadra 13, lote 14, Bairro Portal do Panamá, inscrição Municipal n°. 0183151001-0, nesta Capital.

Em sentença, a magistrada singular julgou improcedente o pedido inicial por entender que, sendo o imóvel um terreno vago e inexistindo nos autos prova da pretensão da entidade religiosa de construir no imóvel ou a sua impossibilidade de fazer por insuficiência de recursos, não há se falar em imunidade ao pagamento do IPTU. Condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em R$ 150,00, observando-se as regras da Lei n. 1.060/50, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Pois bem. Reexaminando os autos, tenho que a sentença deve ser mantida.

Como se sabe, nos termos do artigo 150, inciso IV, alínea 'b', da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer natureza. Trata-se, portanto, não de um benefício isencional, mas de uma exoneração de ordem constitucional rotulada de imunidade religiosa.

No caso dos autos, a discussão refere-se à possibilidade de conferir o benefício à autora sobre um terreno baldio ou vago e, em que pesem os argumentos lançados nas razões do apelo, bem como ser do conhecimento deste relator a existência de jurisprudência do STF no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, "b", abrange também os lotes vagos, é certo que, na hipótese em exame, restou evidenciado que o imóvel em questão não é, em situação alguma, destinado às finalidades institucionais da entidade religiosa. Ao contrário, no caso, restou comprovado que ao bem não é dada qualquer destinação.

Ora, na certidão do oficial de justiça de p. 32, ficou constatado que o imóvel descrito na inicial não possui nenhuma edificação e que é utilizado, há mais de cinco anos, por um vizinho do referido bem, o qual cultiva plantações de mandioca e batata doce, senão vejamos:

> *"Certifico que, em cumprimento ao r mandado expedido nos autos supra, efetuei diligências nesta cidade, na rua Cândido Mariano - Prefeitura Municipal, cópia do loteamento em anexo e na rua Colheiro esquina com a rua Ministro José Linhares, no lote n. 14 da quadra n. 13, do loteamento Bairro Portal do Panamá, onde estando, CONSTATEI tratar-se de um lote de tereno baldio, sem muro, onde existem plantações de mandioca e batata doce. Certifico ainda, ter diligenciado na rua Ministro José Linhares, não localizando o n. 2053; diligenciando também no lote n. 13, da quadra 13, no n. 27 da rua Colheiro, tendo indagado o vizinho do lote de terreno acima, Sr José Aparecido da Costa, o qual informou que cuida do tereno e planta no mesmo há 05 anos, tendo conhecimento de que imóvel seria de uma Igreja e que os proprietários ou representantes da igreja não aparecem no local há vários anos. O referido é verdade, dou fé. Campo Grande, 07 de abril de 2014"*

Neste rumo, frente à constatação do oficial de justiça, tenho que com razão a juíza entendeu necessário que a autora trouxesse aos autos elementos que demonstrassem a alegada intenção de construir no imóvel ou mesmo a impossibilidade financeira de fazer, ou seja, que evidenciasse a destinação do bem às finalidades da entidade religiosa.

Nota-se que, na situação, a presunção relativa que favorecia a autora de que o imóvel de sua propriedade seria destinado à finalidade essencial da instituição restou afastada com a certidão exarada pelo oficial de justiça, pois o imóvel não se volta às atividades essenciais da autora.

Assim, era seu encargo preencher os requisitos para ser agraciada com a imunidade pretendida na inicial.

Esclarece-se que a própria jurisprudência do STF admite a possibilidade de se fazer prova quanto ao desvio de finalidade dado ao bem imóvel de propriedade da entidade religiosa. Assim, em vista do que restou demonstrado nos autos, a sentença de improcedência deve ser mantida.

Neste sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTIDADE RELIGIOSA. LANÇAMENTO DE IPTU SOBRE IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE. LOTE DE TERRENO URBANO VAGO. ALEGADA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, `B' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. AUTORA QUE NÃO COMPROVOU QUALQUER RELAÇÃO ENTRE O IMÓVEL TRIBUTADO E O DESENVOLVIMENTO DE SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O § 4º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-PR 8666008 PR 866600-8* (Acórdão), Relator: Dulce Maria Cecconi, Data de Julgamento: 26/06/2012, 1ª Câmara Cível)

> *AÇÃO DECLARATÓRIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA IPTU Exercício de 2008 Município de Aparecida Associação civil de caráter religioso Exação recaída sobre terrenos vagos de sua propriedade Imóvel que não se volta, evidentemente, às atividades essenciais próprias de sua missão e finalidade Imunidade tributária descabida, à luz do artigo 150, § 4º, da CF Matéria afeta a direito disponível do executado, cuja análise depende da produção de provas sobre o atendimento do artigo 150, § 4º, da CF Sentença mantida Apelo da contribuinte não provido.* (TJ-SP - APL: 1754836920088260000 SP 0175483-69.2008.8.26.0000, Relator: Silva Russo, Data de Julgamento: 20/10/2011, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/10/2011)

Não provido o recurso, resta prejudicado o pedido de majoração dos honorários advocatícios.

Diante do exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência.

Analisando-se o provimento impugnado, bem como as razões recursais, vejo que os argumentos suscitados pela agravante não são suficientes para o juízo de retratação, pois restou evidenciado nos autos que o imóvel em discussão (terreno baldio), de titularidade da entidade religiosa, não contempla os requisitos da imunidade tributária.

Conforme restou decidido, não se olvida que o STF entende pela possibilidade de conferir imunidade tributária a lote vago. Entretanto, no caso em tela, conquanto tal bem esteja em nome da entidade religiosa, tal fato, nesta hipótese, não é suficiente para deferir o benefício requerido na inicial, pois há prova nestes autos que demonstram ser o bem utilizado para finalidades diversas da agravante.

Assim, os elementos probatórios existentes nestes autos afastam a presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa seriam destinados às finalidades essenciais da instituição.

Neste contexto, a presente situação não se assemelha aos autos n. 0017134-86.2007.8.12.0001 – citado pela agravante, pois naquele processo inexistia qualquer prova que afastasse referida presunção.

Ademais, sequer o processo de n. 0818303-02.2012.8.12.0001, de relatoria do Des. Eduardo Machado Rocha, pode servir de fundamento para modificar a decisão agravada, porquanto, ainda que se refira a imóvel vago, também de propriedade da agravante, o entendimento deste relator é no sentido de que o mandado de constatação do oficial de justiça rechaçou a presunção de que o bem era destinado às atividades essenciais da igreja.

Destarte, reitero que reexaminei os autos e não me convenci da necessidade de modificar a decisão agravada, mantendo-a em toda a sua extensão.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Geraldo de Almeida Santiago e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 1405001-49.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA – PRELIMINAR ARGUIDA NAS INFORMAÇÕES – REJEITADA – ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR DEFICIENTE FÍSICO – COMPRA DE AUTOMÓVEL ANTERIOR – PRAZO PARA NOVA OBTENÇÃO NÃO DECORRIDO, BEM COMO AUSÊNCIA DE DADOS SOBRE O DOMICÍLIO E REGULARIDADE FISCAL – DENEGADO.

Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado para figurar como autoridade coatora no mandado de segurança em que se busca suposto direito a isenção de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS para aquisição de veículo automotor por deficiente físico, pois não se pode confundir o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável, ou seja, aquele que impõe ao subordinado a ação administrativa atacada e responde pelas respectivas consequências, tal como a hipótese discutida nestes autos, até porque será de sua competência qualquer alteração relativa à matéria em questão.

Denega-se a segurança quando não comprovado pelo impetrante o preenchimento dos requisitos administrativos para o deferimento da isenção de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS para aquisição de veículo automotor para deficiente físico, em especial a demonstração de residência no Estado, da regularidade fiscal e que o requerente aguardou o decurso do prazo de três anos previsto no Decreto Estadual n. 12.299/2007 para uma nova obtenção, haja vista a vigência da citada legislação na data em que se obrigou com a primeira compra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de setembro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Mauro Rodrigo Rosseti impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, a fim de que seja concedida, em seu favor, uma ordem assegurando-lhe a isenção do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços para aquisição de veículo, nos termos do Decreto n. 13.525/21012.

O impetrante, em síntese, aduz que:

1 – apesar de ser portador de deficiência física, qual seja, paraplegia, e, portanto, gozar de isenção de ICMS, para a aquisição de veículos destinados a pessoas portadoras da citada deficiência, nos termos do Decreto n. 13.525 de 06/12/2012, teve negado tal benefício pela autoridade coatora;

2 – a improcedência de sua pretensão baseou-se no Decreto n. 12.299/2007, que, no entanto, foi revogado pelo Decreto n. 13.525/2012 que reduziu para dois anos o tempo para aquisição de automóveis com a discutida benesse, garantindo, assim, o atendimento de seu pleito;

3 – o seu direito líquido e certo estampa-se também no fato de que a última vez que gozou da mencionada isenção foi em 15/08/2012; e,

4 - presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, este, consistente na necessidade do carro para locomover-se para exercer de forma autônoma e independente, sua função pública de inspetor junto ao IAGRO/MS, há de se conceder a medida de urgência.

Ao final, em resumo, requer o deferimento da liminar no sentido de compelir a autoridade coatora a conceder a completa isenção do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços – ICMS, para aquisição do veículo descrito no pedido administrativo por ele efetivado e, após, a concessão da segurança, reconhecendo seu direito líquido e certo ao citado benefício.

Feito concluso os autos, determinei a intimação do impetrante para que, no prazo de cinco dias, recolhesse as custas iniciais, sob pena de indeferimento da inicial (p. 31), o que restou atendido às páginas 32-35.

O pedido de liminar foi indeferido (p. 38-41).

As informações foram prestadas pelo Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando a preliminar de sua ilegitimidade passiva, com a extinção do feito, sem julgamento de mérito; e, não sendo o caso, a sua denegação.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento da preliminar e improcedência da segurança.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado por Mauro Rodrigo Rosseti contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul que negou o seu pedido de isenção do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços para aquisição de veículo, nos termos do Decreto n. 13.525/21012.

Preliminar de ilegitimidade passiva

Inicialmente analiso a alegação de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, arguida nas informações prestadas.

A preliminar não procede, pois não se pode confundir o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável, ou seja, aquele que impõe ao subordinado a ação administrativa atacada e

responde pelas respectivas consequências, tal como a hipótese discutida nestes autos, até porque será de sua competência qualquer alteração relativa à matéria em questão.

Outrossim, há de se observar a possibilidade da aplicação da teoria da encampação, já que mesmo se admitida a ilegitimidade do Secretário indicado na inicial, este defendeu o ato e a tese aplicada pela agente tributária estadual, subscritora do indeferimento do pedido administrativo de isenção, formulado pelo impetrante (p. 08), ratificando-a em suas informações. Veja:

> *"O caso em espeque foi decidido com maestria pelo Fisco Estadual, conforme se vislumbra do trecho do Despacho da Unidade de Apoio Operacional/SAT, da lavra da ATE Sra. Raquel Paes Barbosa (fl. 15 do processo administrativo nº 11/011123/2015 – cópia anexa):*
>
> *(...)*
>
> *Ora, segundo o Código Tributário Nacional a retroatividade da lex mitior (lei mais branda) é exclusivamente voltada para as infrações.*
>
> *Ocorre, porém, que a lide em tela se trata de regra tributária de isenção, a qual, inclusive, se interpreta literalmente.*
>
> *Neste sentido é a doutrina, aqui exemplificada pelo entendimento do Douto Professor Eduardo Sabbag:*
>
> *É cediço que a vigência da lei isencional, diversamente daquela própria da lei anistiadora, é prospectiva, atingindo fatos a ela posteriores. Desse modo, a aplicação retroativa da lei tributária não é admitida quando estabelecer hipóteses de isenção.*
>
> *Na mesma linha de raciocínio segue a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, aqui ilustrada pelo TJ/RS: (...)"* (*sic,* p. 56-57)

A respeito:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA PARA REVER O ATO. INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. Deve ser aplicada a Teoria da Encampação quando a autoridade apontada como coatora no mandado de segurança - hierarquicamente superior à autoridade efetivamente legítima para figurar no pólo passivo -, mesmo aduzindo sua ilegitimidade, defende o mérito do ato impugnado, desde que não haja modificação da competência.*
>
> *2. No concernente ao requisito da subordinação hierárquica, há que se ter em mente o seguinte desdobramento: para verificação da referida teoria, a submissão deve ser aquela que permite à "autoridade superior" rever o ato do seu subordinado. Se não existe tal competência, não se pode falar em encampação.*
>
> *3. In casu, o que se observa é mera subordinação administrativa, isto é, o Superintendente apenas tem o "poder" de coordenar e gerenciar os processos de trabalho no âmbito da região fiscal. Como bem colocado no acórdão recorrido, não tem ele competência para interferir nas atividades de lançamento, donde se conclui não configurada a subordinação hierárquica como exigido.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.* (STJ - AgRg no Resp 1270307/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 07/04/2014)

Assim, rejeito a preliminar.

Do mandado de segurança

O mandado de segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX[1], da Constituição Federal e é disciplinado pela Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, que em seu artigo 1º, dispõe:

> *"Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."*

Pois bem. O impetrante busca o reconhecimento de seu direito à isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços para aquisição de um veículo automotivo.

Ocorre que em atenção ao documento de página 08, é possível concluir que a improcedência do pleito administrativo do autor para a citada isenção, se deu por dois motivos, os quais não estão abordados de forma clara nas razões lançadas na inicial.

Ora, a primeira tese para a rejeição do pedido do requerente perante a administração, é de que a aquisição pelo postulante do automóvel anterior, se deu sob a égide do Decreto n. 12.299/2007[2] e, desta forma, apesar da posterior edição do Decreto n. 13.525/2012[3], revogando o primeiro, a obrigação assumida na ocasião da concessão daquela primeira isenção, permanece, razão pela qual terá o impetrante de aguardar o decurso de três anos para uma nova compra de veículo, porquanto a retroatividade da lei não o beneficia, haja vista a especificação de seu alcance no artigo 106[4], do Código Tributário Nacional.

Outrossim, nada mencionou o autor quanto a outra justificativa para o indeferimento de seu pedido administrativo, qual seja, possível falta de comprovante de sua residência neste Estado, bem como sua regularidade fiscal. Destaco, que embora o impetrante comprove nestes autos ser servidor público estadual, não demonstra que tal fato restou evidenciado junto à autoridade coatora para exame e concessão de seu pleito.

Como no mandado de segurança a prova das teses do autor para demonstrar o seu alegado direito líquido e certo deve ser pré-constituída, forçoso concluir que tal imposição não restou por ele observada quanto a comprovação de que preencheu os requisitos administrativos para o deferimento da isenção com a sua comprovação de residência no Estado e da regularidade fiscal.

Logo, como não restaram evidenciadas pelo impetrante as razões e provas suficientes para garantir-lhe o direito invocado, a medida constitucional não prospera.

---

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas-corpus*" ou "*habeas-data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

2 Concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física.

3 Concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental e autista.

4 Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:
I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:
a) quando deixe de defini-lo como infração;
b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e, no mérito, denego a segurança. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

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. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Juiz Geraldo de Almeida Santiago e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 21 de setembro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1405136-95.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA – PROPRIEDADE DE IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – GRAVAME SOBRE O INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS E OUTRAS AVENÇAS – PASSÍVEL DE REQUERIMENTO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos dos artigos 655, XI, do CPC, é possível a penhora dos direitos e ações do executado sobre o imóvel, oriundos do contrato de promessa de compra e venda firmado com a própria exequente, porém não possibilita a penhora sobre a propriedade do bem se não há registro na matricula do respetivo imóvel.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Condomínio Edifício Residencial Alvorada, nos autos de ação de cumprimento de sentença, de nº 0054142-24.2012.8.0001, em que contende com José Ayres Rodrigues, oferece recurso de agravo de instrumento.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – o agravado é devedor de taxas de condomínio e em virtude de tal dívida, ingressou com ação de cobrança de taxa de condomínio pelo rito sumário, sendo julgado procedente o pedido em todo seu teor;

2 – o pedido de penhora do imóvel objeto do presente feito foi indeferido pelo Juízo de primeiro grau fundamentando que o bem não pertence ao executado de acordo com a certidão de matrícula apresentada nos autos, porém tal imóvel já foi objeto de discussão em outro processo;

3 – o apartamento 303-C, situado no Condomínio pertencia ao Sr. Celso Hideo Ianaze e sua mulher Beatriz Castro Ianaze, o qual foi vendido ao Sr. José Ayres Rodrigues, apesar de ainda não ter sido averbado à margem da certidão de matrícula, contudo, a venda se deu de forma estranha porque o contrato está assinado tão somente pelos vendedores, faltando assim a assinatura do ora executado, além de não constar

testemunhas, sendo de conhecimento conhecimento da Administração do Condomínio que o apartamento em questão foi vendido para o Sr. José Ayres Rodrigues;

4 – a ausência de matrícula para demonstrar a propriedade só foi percebida quando o condomínio autor decidiu entrar com o cumprimento da sentença, vez que o réu José Ayres não havia cumprido a sentença pagando seu débito, desta feita, não encontrou alternativa para cobrar as taxas de condomínio que não fosse ajuizar ação de cobrança em face de Celso Hideo Ianaze e sua mulher Beatriz Castro Ianaze, considerados proprietários de acordo com a certidão de matrícula;

5 – na ação de cobrança a sentença reconheceu a alienação do apartamento, antes das taxas condominiais exigidas, através do compromisso particular de cessão de direitos e outras avenças, legitimando José Ayres no pólo passivo, o que restou confirmado em sede de recurso; e

6 – com a redistribuição dos processos em virtude de criação de outras varas cíveis, o processo está com outro Juiz, o qual entende que somente poderá penhorar o bem objeto deste feito de acordo com a matrícula do imóvel, e como na matrícula em questão não consta a averbação em favor de José Ayres o pedido de penhora foi indeferido.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente, a fim de tornar insubsistente a decisão em primeiro grau que negou o pedido de penhora do bem, e seja deferido o pedido de penhora do imóvel aptº 303-C, matrícula 110.251v, no Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Campo Grande/MS (p. 01-10).

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento apresentado pelo Condomínio Edifício Residencial Alvorada, nos autos de ação de cumprimento de sentença, de nº 0054142-24.2012.8.0001, em que contende com José Ayres Rodrigues.

Conforme relatado, o agravante insurge-se da seguinte decisão:

> *"Retornou o autor mais uma vez com pedido para constrição do imóvel registrado na matrícula nº. 110.251, sob o argumento de estar reconhecido em outros autos a ilegitimidade daqueles que figuram como proprietários, Celso Hideo Ianaze e Beatriz Castro Ianaze.*
>
> *Insiste ser o executado, José Ayres Rodrigues, o responsável pelo pagamento da dívida.*
>
> *Decido.*
>
> *Indefiro o pedido de fls. 87-91.*
>
> *Cuidam os autos de pedido por Cumprimento de Sentença proferida nos autos do processo 0116681-07.2004.8.12.0001, originalmente conhecido como autos 001.04.116681-8.*
>
> *A sentença cuja cópia esta às f. 33-34 destes, proferida em data não especificada, condenou o aqui apontado como devedor, ao pagamento do valor correspondente à fração devida pelo imóvel, quanto ao rateio das despesas condominiais no período de de 11/2000 a junho de 2004.*

A sentença de procedência reconheceu a revelia.

O processamento do pedido de Cumprimento de Sentença teve seu curso sem incidentes até o pedido de penhora de f. 80-81, onde se pretendeu a constrição do imóvel identificado na Matricula de f. 82. A resposta foi negativa conforme se vê de f. 83 e o pedido e agora é pela reconsideração.

O credor diz que embora não haja nenhum registro, ocorreu venda informal e o devedor seria o responsável pela obrigação, o que aliás já estaria estabelecido em outro processo.

Antes que se avance na justificação da razão de decidir mais uma vez pela negativa ao pedido de penhora, cabe sublinhar a notícia do credor onde reconhece que o feito original não estava devidamente instrumentalizado, o que também escapou da atenção do magistrado ao tempo da sentença. Isso em outras palavras significa que efetivamente não existe nenhuma prova quanto a tal propriedade ou responsabilidade do requerido pelo rateio das despesas, porém em face da sentença proferida quer que a penhora alcance o imóvel atualmente registrado em nome de terceiro.

Não pode ser. Caso tenha ocorrido erro do autor e do juízo no feito principal, isso não justifica a constrição. O credor deverá localizar outro bem registrado como da propriedade do requerido, pois evidentemente não se irá aqui desconstituir a sentença embora o próprio autor admita o erro.

O autor está manifestamente equivocado quando alega existir julgamento em outro processo reconhecendo a propriedade atribuída ao aqui requerido. Na verdade o autor não compreendeu o conteúdo dos documentos de f. 93 e ss.

Explica-se.

Nos autos do processo então em trâmite perante o juízo da 2ª Vara Cível, posteriormente atribuído à 10ª Vara Cível – autos 001.07.136322-0 – aqueles que figuram como proprietários, Celso H. Ianaze e esposa Beatriz, foram chamados ao pedido de cobrança promovido pelo autor e lá, em sede de defesa, falaram em coisa julgada ao se referirem à sentença destes autos e ainda pediram denunciação da lide. A sentença realmente reconheceu a ilegitimidade de Celso e Beatriz e isso ficou confirmado em Segunda Instância.

Ocorre que a sentença não teve a função jurisdicional de fixar a propriedade. Não é ela suficiente, por exemplo, para obrigar o aqui requerido à transferência do domínio.

A sentença é de nenhuma consequência ao agora requerido, pois tendo sido admitido como litisdenunciado, viu o processo ser extinto sem pronunciamento sobre o mérito.

Em uma única afirmação. Não há sentença fixando a propriedade do imóvel ao requerido.

Portanto, ainda que existam várias irregularidades que em rigor técnico exigiriam novas demandas para serem corrigidas, pelo menos em relação ao imóvel, não existe sentença eficaz em relação ao requerido onde lhe tenha sido fixada a propriedade do tal apartamento.

Para que não passe como lacuna, atente-se o autor sobre o tema com olhos ao art. 1.245 do CC/2002.

Portanto, o pedido expropriatório resta novamente impedido. Afinal, o ato recairá sobre bem cuja propriedade é atribuída a terceiro e enquanto perdurar essa situação, o indeferimento será a medida a ser tomada.

Ressalta-se que a matéria não receberá novo pronunciamento deste juízo.

Por fim, diga a autora, no prazo de cinco dias, o que entender de direito, sob pena de suspensão e arquivamento.

Campo Grande, 14 de abril de 2014.

Pois bem, examinando-se os autos, tenho que a súplica não prospera.

Isto porque, o compromisso particular de cessão de direitos e outras avenças (p. 95-96), somente garante, como o próprio nome revela, a cessão de direitos, ou seja, não a propriedade, o que somente se concretiza com o registro na matrícula do imóvel, o que efetivamente não ocorre segundo se infere da matrícula nº 110.251 (p. 75-76).

Assim como afirmado pelo juiz de primeiro grau, a decisão proferida nos autos de nº 0136322-73.2007.8.12.0001, constante da p. 105-110, e a conclusão do recurso de nº 2011.017758-7, acostadas às p. 129-139 e p. 152-159, não garantem a propriedade do José Ayres Rodrigues, mas tão somente afastam Celso Hideo Ianaze e Beatriz Castro Ianaze da responsabilidade pelos valores referentes as taxas condominiais.

O que ocorre, e poderá ser objeto de exame pelo juízo de primeiro grau, é a possibilidade de penhora de direitos e ações do executado, que encontra amparo no inciso XI do artigo 655 do Código de Processo Civil, senão vejamos:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos. (destacado)

Na hipótese em tela, a discussão do exequente pretendendo a penhora da propriedade identificada pela matrícula nº 110.251 (p. 75-76), como mencionado acima não possui respaldo, porém sobre os direitos do imóvel, que é objeto do contrato de promessa de compra e venda, como apontado é passível de penhora.

Assim, se a constrição recair sobre os direitos do contrato do imóvel que pertence ao condomínio ora recorrente, estará sim autorizado por lei e, ainda, em atenção ao magistrado singular, não viola o princípio do contrato sinalagmático firmado entre os cedentes Celso Hideo Ianaze e Beatriz Castro Ianaze e o cessionário José Ayres Rodrigues.

Na presente execução, a credora busca o recebimento de parcelas condominiais em atraso. Assim a quitação da obrigação exigida pelo condomínio, poderá ser alcançada pela transferência da fração dos direitos a eventual arrematante, conforme restou acordado entre as partes.

Neste sentido, orienta-se a jurisprudência:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. AUSÊNCIA DE BENS. PEDIDO DE PENHORA DOS DIREITOS CREDITÍCIOS ORIUNDOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DE O POSSUIDOR SER A AGRAVANTE. RECURSO PROVIDO. "Não há nulidade na penhora de bem prometido à venda. A questão é de palavras: a penhora não incide sobre a propriedade, mas os direitos relativos à promessa. A circunstância de a exeqüente ser proprietária do bem prometido à venda é irrelevante. A execução resolve-se com a sub-rogação, por efeito de confusão entre os promitentes" (RESP n. 860763 - PB, Relator: Min. Humberto de Gomes Barros, DJ de 1-4-2008). "O agravante indicou à penhora o imóvel objeto do contrato de compromisso de compra e venda executado, o que foi indeferido sob fundamento de que o referido imóvel não pode servir de garantia, motivo pelo qual determinou a abertura de prazo ao exeqüente para nova indicação de bens à penhora. Na hipótese, entendo perfeitamente admissível a penhora de direitos creditícios do devedor sobre o imóvel prometido à venda pelo agravante, de sorte que o agravado não logrou em oferecer outros bens passíveis de serem penhorados (...). Demais disso, a circunstância de a agravante ser proprietária do bem objeto do compromisso de compra e venda executado é irrelevante, porquanto a execução poderá ser resolvida por sub-rogação. Saliento que a constrição não irá recair sobre o bem, mas sim, sobre os direitos creditícios do agravado nele" (Des. Domingos Paludo, na análise da tutela antecipada recursal, em 27-5-2008). (TJ-SC - AG: 237742 SC 2008.023774-2, Relator: Carlos Prudêncio, Data de Julgamento: 24/09/2009, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento, de Blumenau) Detacado,*
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DOS DIREITOS DO EXECUTADO SOBRE O IMÓVEL OBJETO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. Ainda que o executado não seja o proprietário registral do bem, possível a penhora de seus direitos e ações sobre o imóvel, oriundos do contrato de promessa de compra e venda firmado com a própria exequente. RECURSO PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. (Agravo de Instrumento Nº 70053821138, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 05/04/2013) (TJ-RS - AI: 70053821138 RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Data de Julgamento: 05/04/2013, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/04/2013) Destacado,*

Assim, possível seria requerer a penhora dos direitos do executado decorrentes do instrumento particular de cessão de direitos e outras avenças da p. 95-96, referente a matrícula nº 110.251.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, a fim de afastar a penhora sobre a propriedade do imóvel.

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, 30 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0820052-20.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VEÍCULO RESTITUÍDO – CONTRATO RESCINDIDO – RESTITUIÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO DEVIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Rescindido o contrato de arrendamento mercantil e, após a compensação de crédito/débito, o valor residual garantido pago antecipadamente deve ser restituído.

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, 18 de agosto de 2015.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Itauleasing S/A, contra decisão de 1º Grau que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada em desfavor de Janete Trajano Vargas Dias, porém determinou a devolução simples do valor pago antecipadamente pela requerida, a título de VRG.

Aduz que, *"no contrato de arrendamento mercantil o preço foi negociado livremente entre os contratantes"*, portanto, não há se falar em devolução do valor pago a título de Valor Residual Garantido.

Em contrarrazões, a apelada afirma que o VRG só se justifica quando houver a opção de compra do bem, e que a não restituição dos valores adiantados, no caso de resolução do contrato, poderá ser causa de enriquecimento ilícito. Postula pelo não provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Banco Itauleasing S/A, irresignado com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que julgou procedente a ação de reintegração de posse, declarando rescindido o contrato entabulado entre as partes, consolidando o autor na posse e propriedade do bem objeto do arrendamento mercantil, determinando a devolução simples do valor pago antecipadamente a título de VRG ou sua compensação, acaso haja saldo em aberto, interpõe recurso de apelação.

O apelante alega que o contrato de arrendamento mercantil *"não autoriza o entendimento de que a antecipação do valor residual garantido corresponda ao exercício antecipado da opção de compra, pois, as cláusulas contratuais posicionam-se, com clareza, a respeito do momento em que o arrendatário poderá fazer uso das opções ali contidas, bem como a forma de utilização dos valores pagos por antecipação"*.

Aduz que a antecipação do valor residual não descarateriza o contrato de *leasing;* seu pagamento é *"mero adiantamento em garantia das obrigações contratuais assumidas"* e que, acaso haja a opção pela compra, o valor será considerado pago, porquanto antecipadamente entregue a título de *"provisão de recursos"*. Informa que se o arrendatário resolver não comprar o bem ou renovar o contrato, os valores lhe serão devolvidos, após a alienação do veículo, em sendo o preço da venda superior ao VRG antecipado; do contrário, restará o arrendatário em débito.

O apelo não prospera.

Ainda que o pagamento antecipado do Valor Residual não descaracterize o contrato de arrendamento mercantil, ocorrendo a rescisão contratual, há necessidade de restituição daqueles valores, por serem uma antecipação do pagamento do preço do bem (acaso o requerido opte, ao final, pela compra do bem), como o próprio apelante mencionou, haja vista que a não restituição importará em enriquecimento sem causa.

De ver-se entendimentos esposados pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 6º DA LINDB (ANTIGA LICC). MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) PAGO ANTECIPADAMENTE. DEVOLUÇÃO. PRECEDENTES. 1. A matéria de que trata o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) tem índole nitidamente constitucional, razão pela qual sua apreciação desborda dos limites normativos do Recurso Especial. 2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração de posse na posse da arrendadora, é devido o cumprimento das parcelas vencidas e não pagas até a efetiva entrega do bem pelo arrendatário, ressalvada a devolução ou compensação dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ. AgRg-AREsp 38.824; Proc. 2011/0191628-4; SC. Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; Julg. 22/05/2012; DJE 01/08/2012).

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. RESTITUIÇÃO DO VRG. POSSIBILIDADE. FORMA DE DEVOLUÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA N. 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. 1. É possível, como consequência da reintegração do bem na posse do arrendante, a devolução ao arrendatário dos valores pagos a título de valor residual garantido (VRG). 2. "Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais" (Recurso Especial repetitivo n. 1.099.212/RJ). (...) 6. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 380.080/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015)

Também é o entendimento desta Corte em decisão recente:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) – INADIMPLÊNCIA DO ARRENDATÁRIO – PERDA DA POSSE DO BEM – VALOR RESIDUAL GARANTIDO – RESTITUIÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO.*

> *Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é devida a devolução do Valor Residual Garantido quando este torna-se inadimplente vindo a perder, por consequência a posse do bem. Após a efetivação da reintegração do bem na posse da arrendadora, afigura-se legítimo o pleito de devolução do Valor Residual Garantido, sob pena de enriquecimento sem causa da instituição financeira arrendante.* (Relator: Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/02/2015; Data de registro: 11/02/2015)

Assim, em sendo declarado rescindido o contrato em razão da inadimplência do arrendatário, restituindo-se o bem arrendado, deve ser devolvido o valor residual garantido, após a compensação de eventual crédito/débito, tal qual constou da decisão recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença de primeiro grau.

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Banco Itauleasing S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 18º Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente a ação de reintegração de posse movida contra Janete Trajano Vargas Dias.

O E. relator negou provimento, mantendo-se a sentença sob o fundamento de que sendo declarado rescindindo o contrato em razão da inadimplência do arrendatário e restituindo-se o bem arrendado, deve ser devolvido o valor residual garantido após a compensação de eventual crédito/débito.

Como bem constou na sentença: *"(...) Por fim, com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, é devido o cumprimento das parcelas vencidas e não pagas até a efetiva entrega do bem pelo arrendatário, ressalvada a devolução ou compensação dos valores pagos antecipadamente a título de VRG, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira arrendante."*

Ex positis, acompanho o preclaro relator ante as considerações tecidas para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1400822-72.2015.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO INTERPOSTO DE SENTENÇA QUE JULGOU LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – RECURSO CABÍVEL É O DE APELAÇÃO – INAPLICABILIDADE DE FUNGIBILIDADE RECURSAL – ERRO GROSSEIRO – RECURSO DESPROVIDO.

1) Nada obstante o artigo 475-H, do Código de Processo Civil dispor que "da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento", a hipótese dos autos não comporta a aplicação de tal dispositivo legal, vez que não há dúvidas de que o provimento jurisdicional recorrido trata-se de sentença, atacável por recurso de apelação.

2) A evidência de que o ato recorrido trata-se de sentença funda-se no fato de ter sido proferido em autos diversos do processo de conhecimento, já arquivado; de haver, inclusive, condenação em custas e honorários advocatícios, o que não se admite em mera decisão; e por haver sido atacada, anteriormente, por embargos de declaração, os quais, nos termos da legislação processual civil, só são passíveis de serem opostos de sentença ou acórdão.

3) Não é aplicável, à hipótese, o princípio da fungibilidade recursal, eis que não presentes, concomitantemente, os pressupostos (resultado de construção doutrinária e jurisprudencial) para a admissão de um recurso (agravo) em lugar de outro, cabível e legalmente previsto (apelação), quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual recurso deve ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro e; c) tempestividade, conforme pacificada jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

4) Agravo regimental a que se nega provimento, para o fim de manter a decisão monocrática que inadmitiu o primeiro agravo, por seus próprios fundamentos.

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, 18 de agosto de 2015.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Os agravantes manejaram, primeiramente, recurso de agravo de instrumento, no qual se irresignam contra a sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Família da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de liquidação de sentença ajuizada contra Delma Franco Corrêa e Selma Franco

Corrêa, aplicou multa nos embargos de declaração e homologou o cálculo apresentado pelo perito. Sustentam que deve ser afastada a multa arbitrada nos segundos embargos de declaração por eles opostos da referida sentença, vez que não foram protelatórios. Destacam que o feito deve ser extinto em razão da ausência de todos os litisconsortes. Aduzem que "*se as autoras-agravadas renunciaram seus direitos, diminuindo sua pretensão com relação ao corréu Francisco Corrêa, negando eficácia à sentença, não podem agora exigir a quantia de R$14.63.541,41 de cada um dos agravantes, em procedimento inválido e irregular, sabido que a decisão deve ser uniforme para todas as partes, sendo, por isso, ineficaz o decisum verberado, proferido sem a presença de todos os litisconsortes*" (f.9). Justificam não ser o caso de condenação ao pagamento de honorários se por meio das várias impugnações é que se conseguiu a redução dos valores pretendidos pelas agravadas. Argumentam que tiveram seu direito de defesa cerceado, já que manejaram pedido de realização de audiência, que foi indeferido pelo magistrado sem qualquer justificativa. Afirmam que o magistrado não poderia ter homologado os cálculos apresentados pelo perito, sem considerar as particularidades indicadas por eles Agravantes. Aduzem que a decisão homologatória é ilegal porque nos cálculos foram incluídos(as): (I) vacas que não foram recebidas; (II) semoventes que, por determinação testamentária, pertencem aos agravantes; (III) semoventes que, por usucapião, pertencem aos agravantes; (IV) produção de 70% sobre 64 bois machos que não parem e não dão cria; (V) lucros cessantes batizados como frutos, contrariando sua natureza jurídica e sem haver prova de sua existência. Ainda, nos cálculos, não houve a dedução de 20 hectares dados a Francisco Corrêa e não foi fixado o valor do custeio de manutenção que deverá ser revertido a eles Agravantes. Ao final, pedem o conhecimento do recurso e seu recebimento no efeito suspensivo. No mérito, requerem o reconhecimento da nulidade da Sentença agravada ou a sua reforma, nos moldes da fundamentação supra.

Por decisão monocrática, neguei seguimento a referido agravo, tendo em vista sua manifesta inadmissibilidade (f.611/616 dos autos anexos), vez que foi interposto agravo contra sentença proferida nos autos originários, o que, na hipótese em questão, caracterizou erro grosseiro da parte dos recorrentes.

Irresignados, os recorrentes houveram por bem aviar o presente agravo regimental, alegando que o artigo 557, do CPC, não tem aplicação ao caso, vez que de tal aplicação decorreu usurpação da competência desta C. 3ª Câmara Cível, porque somente tal órgão colegiado poderia reformar a decisão anteriormente proferida, que recebeu, conheceu e emprestou efeitos devolutivo e suspensivo ao agravo manejado, pelo que teria reconhecido a admissibilidade do recurso.

Alegaram, ainda, que o recurso de agravo é admissível, nos termos do que dispõe o artigo 475-H, do CPC, e, ainda, a jurisprudência dominante no E. STJ.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

I - Consoante consta em relatório, os agravantes manejaram, por primeiro, recurso de agravo de instrumento, no qual se irresignam contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de liquidação de sentença ajuizada contra Delma Franco Corrêa e Selma Franco Corrêa, aplicou multa nos embargos de declaração e homologou o cálculo apresentado pelo perito.

Por decisão monocrática, neguei seguimento a referido agravo, tendo em vista sua manifesta inadmissibilidade (f.611/616 dos autos anexos), vez que foi interposto Agravo contra Sentença proferida

nos autos originários, o que, na hipótese em questão, caracterizou erro grosseiro da parte dos Recorrentes. Irresignados, os recorrentes houveram por bem aviar o presente agravo regimental, alegando que o artigo 557, do Código de Processo Civil, não tem aplicação ao caso, vez que de tal aplicação decorreu usurpação da competência desta C. 3ª Câmara Cível, porque somente tal órgão colegiado poderia reformar a decisão anteriormente proferida, que recebeu, conheceu e emprestou efeitos devolutivo e suspensivo ao agravo manejado, pelo que teria reconhecido a admissibilidade do recurso.

Alegaram os Agravantes, ainda, que o recurso de agravo é admissível, nos termos do que dispõe o artigo 475-H, do CPC, e, ainda, a jurisprudência dominante no E. STJ.

II – Tenho que o presente regimental não merece provimento.

Primeiro, cumpre esclarecer que não há qualquer usurpação de competência desta Colenda 3ª Câmara Cível por este relator, como afirmado pelos recorrentes na inicial deste recurso. Isso porque antes de verificada a ocorrência de trânsito em julgado, o Julgador não está adstrito ao entendimento esposado por seu antecessor no processo. Em outras palavras, não há, na hipótese, preclusão para o magistrado, vez que o agravo de instrumento não é findo e, portanto, não há decisão transitada em julgado.

Em outras palavras, em havendo decisão já exarada nos autos, e contendo esta entendimento diverso do magistrado sucessor no processo; e não estando referida decisão acobertada pela coisa julgada, o Julgador que conhecer da questão pode decidir de forma diversa, ainda mais no caso dos autos, em que esposei entendimento de que o recurso em questão é inadmissível, ou seja, que não pode sequer ser conhecido, por erro grosseiro da parte recorrente, conforme será melhor analisado no tópico seguinte.

O posicionamento acima esposado tem fundamento no princípio da livre convicção motivada, que informa o processo civil brasileiro, e segundo o qual o magistrado é livre para decidir a demanda de acordo com seus critérios de entendimento, baseado no raciocínio e na lógica, conquanto tal decisão seja fundamentada nos elementos constantes nos autos, e com esteio no que dispõe a Constituição da República e a legislação infraconstitucional. Tal critério decisório encontra respaldo tanto no que dispõe o artigo 93, inciso IX, primeira parte, da Constituição, quanto no que estabelece o artigo 131, do Código de Processo Civil.

Assim é que, em não havendo preclusão em relação ao magistrado, e ou coisa julgada, em qualquer decisão exarada no recurso originário, não há se falar em usurpação de competência, conforme alegado pelos recorrentes, mormente em se tratando de hipótese de inadmissibilidade recursal, isto é, de caso em que o recurso sequer reúne condições de ser processado, por absoluta impropriedade do meio recursal eleito.

III – Quanto à questão da inadmissibilidade recursal, pela qual, em Decisão Monocrática, neguei seguimento ao Recurso de Agravo interposto, passo a reproduzir a fundamentação contida naquele recurso, eis que as razões do presente Regimental em nada alteram o entendimento anteriormente esposado.

Conforme preceitua o artigo 475-H, do Código de Processo Civil, "*da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento*". Ocorre que o ato processual classificado como decisão, nos autos em que se requer o processamento de liquidação de Sentença, é aquele em que referido processamento é requerido no bojo dos próprios autos em que proferida a sentença que se pretende liquidar, conforme o procedimento estabelecido pela Lei nº 11.232/2005, que alterou o processo de execução constante no CPC.

Entretanto, o ato processual exarado pelo magistrado de primeira instância, nos autos autônomos de liquidação de Sentença nº 0105861-89.2005.8.12.0001, trata-se, indubitavelmente, de uma sentença de mérito (cópia a f.429/432 dos autos de agravo de instrumento). E, como tal, reclama a interposição do recurso de apelação, nos termos do artigo 513, do Código de Processo Civil.

Com efeito. É estreme de dúvida que o ato processual proferido pelo magistrado de primeiro grau se trata de sentença, pelos motivos que passo a expor: primeiro, porque a liquidação de sentença foi processada de forma autônoma, ou seja, apartada dos autos do processo de conhecimento em que fora proferida a sentença que se pretende liquidar. Isso porque os autos de processo de conhecimento em que referida sentença foi proferida são os de nº 0006990-49.1990.8.12.0001 (datados do ano de 1990), e os de liquidação de referida sentença são os de nº 0105861-89.2005.8.12.0001 (do ano de 2005), que foram distribuídos de forma autônoma, constituindo, portanto, um novo processo, distinto do anterior. O primeiro processo foi arquivado, pela primeira vez, em 05.12.2005 (conforme consta de extrato de andamento processual anexo), enquanto que os autos de Liquidação, em que proferida a Sentença ora recorrida, encontra-se ativo até a presente data.

Segundo, porque no ato processual equivocadamente atacado por Agravo há, inclusive, condenação dos Réus no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (no importe de R$50.000,00 – f.432 dos autos de Agravo de Instrumento), o que, por óbvio, só é concebível em sede de prolação de Sentença, e não de Decisão Interlocutória.

E, terceiro, porque do ato processual que pôs fim aos autos de liquidação de Sentença, os ora Agravantes opuseram, por duas vezes, embargos de declaração (f.435/442 e 444/456 dos autos de agravo de instrumento), que foram rejeitados pelo juízo *a quo* (f.443 e 457/460 dos autos anteriormente referidos). Como pela sistemática adotada pelo atual Código de Processo Civil só podem ser opostos embargos de declaração de sentença ou acórdão (artigo 535), é evidente que o ato embargado se trata de sentença, e não de decisão.

Portanto, sendo induvidoso que se trata de sentença, não há se falar, então, na aplicação do princípio da fungibilidade recursal, eis que não presentes, concomitantemente, os pressupostos (resultado de construção doutrinária e jurisprudencial) para a admissão de um recurso (agravo) em lugar de outro, cabível e legalmente previsto (apelação), quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual recurso deve ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro e; c) tempestividade.

> *Convém salientar, inclusive, que o entendimento acima esposado está em consonância com jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se denota da análise dos recentes julgados abaixo transcritos:*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 344 DO STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.*
>
> *1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.*
>
> *2. "**Se o ato judicial proferido no âmbito do incidente de liquidação extingue o próprio processo, determinando inclusive o arquivamento dos autos, sua natureza já não será de simples decisão interlocutória que 'decide a liquidação', mas de verdadeira sentença (CPC, art. 162, § 1º), contra a qual o recurso cabível será o de apelação** (CPC, art. 513)"* (REsp 1.090.429/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 26.5.2010).
>
> *3. É inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão*

recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou a Corte Estadual (enunciado 283 da Súmula do STF).

4. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no Ag nº 1.257.123/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 06.09.2011).

*AGRAVO REGIMENTAL - **LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO CABÍVEL - APELAÇÃO - DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE SE COADUNA COM O ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL**- RECURSO IMPROVIDO.* (STJ. AgRg no Ag nº 1.416.158/RS. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgamento: 04.09.2012).

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DECISÃO EM INCIDENTE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - EXTINÇÃO DO FEITO - RECURSO CABÍVEL: APELAÇÃO.

1. Da decisão de liquidação de sentença que fixa o quantum debeatur cabe agravo de instrumento. Precedentes.

*2. **O mesmo não ocorre com a decisão proferida em 1º grau que extingue o incidente de liquidação de sentença, inclusive determinando o arquivamento do feito com baixa na distribuição, pois tem natureza jurídica de sentença, conforme prevê o § 1º do art. 162 do CPC. Neste caso, o recurso cabível é a apelação (art. 513 do CPC)**. Precedentes.*

3. Recurso especial provido. (STJ. REsp nº 1.197.267/RJ. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 19.08.2010).

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE**. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, excepcionalmente, **é cabível o recurso de apelação, e não o agravo, contra a decisão que resolve a liquidação**, notadamente nos casos de prescrição do direito de liquidar, já que esta decisão encerra uma fase do processo. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.*

2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp nº 602.310/PR. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04.12.2014). (grifei)

Portanto, sendo certo que a apelação é o recurso cabível para apresentação de irresignação quanto à sentença proferida nos autos de primeiro grau; e tendo em vista que na hipótese versada, a interposição de recurso diverso, qual seja, o agravo de instrumento, configura erro grosseiro, é o caso de desprovimento deste agravo regimental, vez que a decisão monocrática, que reconheceu ser manifestamente inadmissível o primeiro recurso aviado, escudado inclusive em jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, não merece reparos.

IV - Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental, mantendo a decisão monocrática recorrida por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1403256-34.2015.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – INCLUSÃO DE RESTRIÇÃO DE CIRCULAÇÃO DO VEÍCULO PELO SISTEMA RENAJUD – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DEVEDOR EM MORA – POSSIBILIDADE – REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Estando o devedor em mora e não encontrado o bem dado em garantia, é legal a inclusão de restrição judicial pelo sistema RENAJUD. Restando ausentes fatos ou fundamentos jurídicos que venham alterar o entendimento, a manutenção da decisão proferida é medida que se impõe.

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, 1 de setembro de 2015.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de agravo regimental interposto por Sidnei Luiz Barbosa em face de decisão deste relator que negou provimento ao agravo de instrumento por si manejado, mantendo-se a decisão do juízo de primeiro grau que deferiu o bloqueio do veículo objeto daquele feito, via Renajud.

Alega, em síntese que o gravame constante do registro do veículo já constitui óbice à alienação, sem concordância do credor, mostrando-se desnecessária a inclusão de impedimento judicial.

Argumenta, ainda, que a inclusão de bloqueio não autoriza a apreensão, porquanto "*inexiste previsão normativa para vedar a circulação de veículo só porque ele constitui garantia de mútuo supostamente inadimplido*".

Postula, ao final, pela reforma da decisão monocrática e a anulação da decisão do juízo de primeiro grau que determinou o bloqueio do veículo no sistema Renajud.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Tratam os autos de Agravo Regimental interposto por Sidnei Luiz Barbosa contra decisão monocrática de minha relatoria, que negou seguimento ao agravo de instrumento que interpôs.

Como relatado, alega que a decisão recorrida deve ser reformada porque "*o gravame de alienação fiduciária já consta do registro e do documento de porte obrigatório, o que já impede a transferência do veículo enquanto não for quitado o contrato de financiamento"* e que *"inexiste previsão normativa para vedar a circulação de veículo só porque ele constitui garantia de mútuo supostamente inadimplido"*.

Requer o provimento do recurso para reforma da decisão combatida, a qual está assim fundamentada:

> *"Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por Sidney Luiz Barbosa em face de decisão proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial desta Capital, nos autos da ação de busca e apreensão nº 0836296-24.2013.8.12.0001, que Banco Aymoré CFI S/A move em seu desfavor, onde houve determinação para inclusão de restrição judicial no prontuário do veículo, por meio do sistema Renajud, e deferiu-se a busca e apreensão do bem.*
>
> *O Agravante pretende a reforma daquela decisão.*
>
> *Aduziu que distribuiu ação revisional para discussão do contrato entabulado com o Agravado, de financiamento do veículo objeto da busca e apreensão. Informou que naqueles autos requereu o depósito dos valores que entendia devidos, o que lhe foi deferido, não estando em débito. Entende que a propositura de ação revisional afasta a mora.*
>
> *Alegou que, em razão da natureza dos contratos de alienação fiduciária, o gravame de alienação já consta do registro e do documento de porte obrigatório, o que impede a transferência do veículo, não sendo necessário "os agentes da autoridade pública" para apreensão, quando houver restrição de circulação, nos casos de mora.*
>
> *Afirmou que não há amparo legal para inclusão da restrição de licenciamento e circulação do veículo e que o bloqueio de documentação "deve estar amparado em infringência de norma atinente a trânsito".*
>
> *Por essas razões, postula a cassação da liminar, determinação de suspensão daquele feito até seu trânsito em julgado, bem como a permanência do veículo em sua posse do veículo*
>
> *Postulou a gratuidade processual.*
>
> *Relatei. DECIDO.*
>
> *Primeiramente, defiro os benefícios da assistência judiciária.*
>
> *Tenho que o pedido para exclusão da restrição inserida no cadastro do veículo, via Renajud, deve ser indeferido.*
>
> *É que a legislação vigente determina sua inclusão, consoante se infere do § 9º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69, in verbis:*
>
> *"Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.*
>
> *(...)*

§ 9º. Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão".

Ademais, não há se falar em passar aos agentes da autoridade pública a responsabilidade pela busca ou apreensão do veículo; a intensão da restrição não é essa, o que poderá ocorrer, apenas e tão somente se a autoridade de trânsito, averiguando a restrição judicial, apreender o veículo, colocando-o à disposição do juízo, ou seja, a autoridade policial apenas cumprirá determinação judicial.

A propósito, transcrevo a decisão proferida pelo E. Desembargador Dorival Renato Pavan em casos análogos:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – RESTRIÇÃO JUDICIAL PELO SISTEMA RENAJUD – POSSIBILIDADE – SISTEMA COLOCADO À DISPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES – SEGURANÇA JURÍDICA – EFETIVIDADE – RECURSO IMPRÓVIDO – DECISÃO MANTIDA.

A anotação de restrição judicial pelo sistema RENAJUD é medida colocada à disposição do magistrado para a efetivação de suas decisões, em consonância com os princípios da efetividade e da segurança jurídica, cujo uso deve ser incentivado.

Determinada a busca e apreensão do veículo em primeira e segunda instância, a apreensão do veículo nada mais será consequência do cumprimento de ordem judicial. Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida" (TJMS. Agravo – n. 2011.025922-9/0000-00 – Campo Grande. Relator Des. Dorival Renato Pavan. J. 22.11.2011, 4ª Câmara).

Quanto à alegação de estar em andamento ação revisional de contrato, e que aquela inibiria o prosseguimento da ação de busca e apreensão, também não merece provimento.

Isto porque, há muito está superado o entendimento de que a simples distribuição de ação revisional veda o cumprimento de eventual busca.

De ver-se dos acórdãos de diversos Tribunais:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL INEXISTENTE. SÚMULA 380 DO STJ. No caso, a revisional ajuizada não inibiu a caracterização da mora e a exigibilidade do débito, com a busca e apreensão do bem. Exercício regular do direito do credor ao postular a busca e apreensão do bem dado em garantia, pois não pago o débito pelo autor sequer nos parâmetros que entende devido. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO." (TJ-RS - AC: 70061778742 RS, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Data de Julgamento: 04/12/2014, Décima Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/12/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO MORA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 380 DO STJ. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DESCABIMENTO. I - O simples ajuizamento de ação consignatória não tem o condão de afastar a mora ou sobrestar ação de busca e apreensão, consoante entendimento pacificado na jurisprudência pátria. II - O depósito efetuado a menor caracteriza a inadimplência e autoriza o ajuizamento de ação de busca e apreensão pelo credor, conforme dispõe o art. 3° do Decreto-lei n° 911/69." (TJ-MG - AI: 10017130001104001 MG, Relator: Leite Praça, Data de Julgamento: 13/03/2014, Câmaras Cíveis / 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/03/2014).

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. REVISIONAL DE CONTRATO. LITISPENDÊNCIA. CONEXÃO. INOCORRÊNCIA. MORA CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO 1. Se os efeitos da mora, em contrato de alienação fiduciária, não foram afastados na ação revisional, não é possível a suspensão do curso da ação de busca e apreensão. 2. O instituto da conexão das ações perde o interesse depois que uma delas já foi julgada. 3. Recurso do réu desprovido." (TJ-DF - APC: 20130110660135 DF 0017316-03.2013.8.07.0001, Relator: Antoninho Lopes, Data de Julgamento: 18/06/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/08/2014. Pág.: 135)

Também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. SÚMULA N. 380/STJ. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ART. 273 DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. "**A simples propositura de ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor"** (Súmula n. 380/STJ). 2. O Tribunal de origem, com base nos elementos de prova dos autos, concluiu pela ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada. Alterar esse entendimento demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ - AgRg no AREsp: 554450 MS 2014/0184535-8, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 04/11/2014, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 11/11/2014). (destaquei)

Outrossim, em consulta ao andamento processual da ação revisional mencionada (autos 0836296-24.2013.8.12.0001), constato que o então Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, deu provimento a recurso interposto pelo autor daquela ação (agravante), determinando a manutenção do veículo em sua posse, condicionando-a à efetiva consignação dos valores que entendia devido, o que, observa-se, não ocorreu, porquanto, o contrato finda em 25.07.2016 e consta a realização de apenas três depósitos dos valores incontroversos, em 19.12.13; 07.02.14 e 20.03.2014 (extrato de f. 219/220 dos autos da busca e apreensão), o que comprova sua inadimplência.

Assim, encontrando-se o devedor em mora, é lícito ao credor tomar as providências que entenda cabíveis para recebimento de seu crédito, não havendo razão para se dar guarida às pretensões do Agravante.

Ante o exposto, com fincas no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, conheço do presente agravo, mas nego-lhe seguimento, mantendo-se a decisão recorrida em todos os seus termos.

Observa-se que a questão foi amplamente analisada e não há qualquer afronta como faz entender o agravante.

Diversas são as decisões desta Corte sobre a matéria:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PEDIDO DE RESTRIÇÃO JUDICIAL PELO SISTEMA RENAJUD – POSSIBILIDADE – MEDIDA QUE ATENDE AO DIREITO DO CREDOR E AO INTERESSE DO ESTADO-JUIZ EM SOLUCIONAR O CONFLITO DE INTERESSE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não sendo encontrado veículo objeto do mandado de reintegração de posse, cabível a anotação de restrição judicial pelo sistema RENAJUD, onde impede-se a transferência

> *da propriedade e do respectivo licenciamento do bem, medida esta que atende ao direito do credor e do Estado-Juiz em solucionar o conflito de interesse, entregando a cada um o que é seu."* (TJMS – Agravo de Instrumento 1403520-51.2015.8.12.0000, Campo Grande, Relator Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, j. 12.5.2015).

Ante o exposto, e por não entender que não devo dispor de forma diversa, uma vez que os fundamentos da decisão agravada resistem ao inconformismo, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 01 de setembro de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0039002-81.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PREEMPÇÃO – LOCAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL – REJEITADA – MÉRITO – NOTIFICAÇÃO ENVIADA AO REQUERENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DE VENDA A TERCEIRO POR VALOR INFERIOR – INEXISTÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS – RECURSO DESPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de irregularidade processual arguida sem aparato probatório.

Não há se falar em ofensa a direito de preferência existindo notificação para aquisição do bem e quando o autor não comprovar que o valor existente na notificação é superior ao montante da compra e venda negociada com terceiro.

É necessária a averbação do contrato de locação no competente serviço de registro de imóveis para que o locatário tenha o direito de preferência de compra e venda do imóvel locado.

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, 14 de julho de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Jose Maria Lisboa Montalvao interpôs recurso de apelação (f. 599-609) em face da sentença (f. 595/596) proferida por Flávio Saad Perón, Juiz da 2ª Vara Cível, que na ação de preempção proposta contra o Espólio de Maria Vitório Valente, julgou improcedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 599-609), alega preliminar de nulidade do processo, em razão da irregularidade da representação processual do Espólio de Maria Valente, uma vez que o inventariante não prestou compromisso e não juntou os documentos exigidos pelo respectivo juízo.

No mérito, sustenta que o apelado não observou o seu direito de preempção na aquisição do imóvel situado na Rua 15 de novembro, nº 13, Centro, Campo Grande-MS, mesmo sendo locatário do imóvel em questão.

Defende que não foi devidamente notificado sobre a venda do bem locado, porquanto o bem lhe foi oferecido por valor excessivo (R$ 515.000,00 – quinhentos e quinze mil reais), notadamente porque ocorreu a alienação do imóvel para terceiro (Devair Belisse) por valor bem menor: R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

O apelado apresentou contrarrazões (f. 647-651) pugnando pelo não provimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Jose Maria Lisboa Montalvao interpôs recurso de apelação (f. 599-609) em face da sentença (f. 595/596) proferida por Flávio Saad Perón, Juiz da 2ª Vara Cível, que na ação de preempção proposta contra o Espólio de Maria Vitório Valente, julgou improcedentes os pedidos.

Confira-se parte da sentença de f. 596 (frente e verso):

> *"Destaca-se, ademais, que inexistindo requisito indispensável e hábil a garantir a retomada do bem pelo locatário através de seu direito de preferência, cai por terra o argumento levantado por este quanto à possível negociação entabulada com a Sra. Maria Vitório Valente para aquisição do imóvel, até mesmo porque, embora tenha ajuizado ação de consignação em pagamento, realizou um único depósito, permanecendo até a presente data no imóvel locado sem o pagamento de qualquer contraprestação, o que não se pode admitir.*
>
> *Da mesma forma não prospera o pedido de indenização pelas benfeitorias realizadas. Isso porque o contrato de locação (f. 18-19) prevê em sua cláusula 2ª, que a realização de qualquer modificação ou transformação no imóvel necessita de autorização escrita do locador, o que não se encontra nos autos. Assim, inviável a respectiva indenização.*
>
> *Isto posto, julga-se improcedente a presente ação de preempção, nos termos do art. 269, I, do CPC.*
>
> *Condena-se, ainda, o requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitra-se em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com as advertências da Lei 1.060/50."*

Em razões recursais, o apelante aventa preliminar de nulidade do processo e, no mérito, entende que faz jus a procedência do pedido de preferência na aquisição do bem locado, notadamente porque ele foi vendido para terceiro por valor menor (R$ 150.000,00 - cento e cinquenta mil reais) que o montante enviado na notificação extrajudicial (R$ 515.000,00 – quinhentos e quinze mil reais).

Por ordem de prejudicialidade, examino a preliminar.

Da preliminar de nulidade do processo

O recorrente aventa preliminar de nulidade do processo em razão de suposta irregularidade da representação processual do Espólio de Maria Valente nos autos do inventário (processo nº 0061433-46.2010 – f. 535-538), uma vez que o inventariante não teria prestado compromisso e não juntou os documentos exigidos pelo respectivo juízo nos autos do inventário.

Ocorre que folheando os autos percebe-se claramente que foi prestado termo de compromisso de inventariante por Norival Vitório Valente, consoante documento de f. 631.

Em consulta ao sistema SAJ pude perceber que o processo de inventário encontra-se suspenso, porém, tal não se deu por conta de irregularidade de representação do espólio, como quer fazer crer o recorrente, mas sim porque não houve a apresentação de primeiras declarações no período legal, tendo o magistrado proferido a seguinte decisão: "Aguarde-se em arquivo provisório nova manifestação dos interessados."

Ainda que não houvesse o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, nos termos do inciso II do art. 1.797 do Código Civil.

Confira-se:

> *"Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:*
>
> *(...)*
>
> *II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e se houver mais de um nessas condições, ao mais velho".*

Logo, afasto a preliminar e passo ao exame do mérito.

Do mérito.

Irresignado com a venda do bem imóvel por ele locado, o autor ajuizou a presente ação de preempção, buscando garantir seu direito de preferência a aquisição do bem.

A causa de pedir do apelante repousa na argumentação de que que o apelado não observou o seu direito de preempção na aquisição do imóvel situado na Rua 15 de novembro, nº 13, Centro, Campo Grande-MS, mesmo sendo locatário do imóvel em questão, porque não foi devidamente notificado pela parte contrária, que o alienou para Devair Belisse (terceiro adquirente) pelo valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

No ponto, curial observar que incumbe ao autor a comprovação do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC:

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;"*

A doutrina leciona se tratar a norma acima de regra de julgamento, segundo a qual a autora, caso não logre êxito em demonstrar o alegado fato constitutivo de seu direito, terá seu pedido julgado improcedente.

Nesse sentido a lição de Marinoni:

> *"Como regra de julgamento, o ônus da prova destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa. Nessa acepção, o art. 333, CPC, é um indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre a legação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante,tendo o juiz de julgar improcedente o seu pedido, ocorrendo o contrário em relação às demais alegações de fato."* (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2011, p. 337)

Os ensinamentos de Fredie Didier Jr. vão ao encontro do entendimento acima:

> *"As regras do ônus da prova não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.*
>
> *O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição dos ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um non liquet em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória.*
>
> *Mas essa regras só devem ser aplicadas subsidiariamente, nos casos em que não foram produzidas provas suficientes para o esclarecimento das alegações de fato."* (Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Curso de direito processual civil. Vol. 2. Juspodivm: Bahia, 2009, p. 76)

Nesse contexto, uma vez que o requerente ajuíze uma pretensão, terá o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, sob pena de ver seu pedido julgado improcedente.

Na espécie, não restou comprovado pelo requerente os fatos constitutivos de seu direito.

Pois bem, apesar de o requerente alegar direito de preferência a aquisição do bem imóvel objeto da lide, uma vez que entabulou contrato de locação com o autor da herança, não há a comprovação de que fora realmente alijado de exercer o direito de preferência.

De fato, consta dos autos que o requerente foi devidamente notificado para exercer a preferência que ora reclama, para aquisição do bem no valor de R$ 515.000,00 (quinhentos e quinze mil reais) através da notificação extrajudicial, cuja cópia se encontra juntada aos autos à f. 261-262.

No ponto, é de se destacar que embora o requerente assegure que terceiro adquirente tenha contratado com herdeiro do autor da herança a compra do imóvel pelo importe de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), não logrou êxito em se desincumbir do ônus probatório, não tendo produzido qualquer prova a amparar sua alegação. Note-se que sequer juntou laudos atestando o valor do bem, tampouco prova documental da referida negociação ou ainda testemunhas a amparar sua tese.

Nesse contexto, não merece reforma a sentença que julgou improcedente o pedido, porquanto o recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório, não logrando êxito em demonstrar que faz jus a exercer direito de preferência pelo valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e não R$ 515.000,00 (quinhentos e quinze mil reais).

Não fosse o bastante, obsta a procedência do pedido do autor a ausência de averbação do contrato de locação no Registro de Imóveis, ato indispensável para que seja assegurado o direito de preferência, conforme estabelecido no art. 33 da Lei de Locações[1].

Nesse sentido:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE LOCAÇÃO - DIREITO DE PREFERÊNCIA - NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL - ART. 33, DA LEI Nº 8.245, DE 1991. Nos termos do art. 33*

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

da Lei nº 8.245, de 1991, é necessária a averbação do contrato de locação no competente Cartório de Registro de Imóveis para que o locatário tenha o direito de preferência de compra e venda do imóvel locado. (Precedente -STJ, AgRg na Medida Cautelar Nº 18.158 - MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 09/08/2011). Apelação Cível conhecida e não provida." (TJMG - Apelação Cível 1.0518.11.005051-6/001, Relator(a): Des.(a) Veiga de Oliveira, 10ª Câmara Cível, julgamento em 07/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014)

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE LOCAÇÃO - DIREITO DE PREFERÊNCIA - NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL - ART. 33, DA LEI Nº 8.245, DE 1991. Nos termos do art. 33 da Lei nº 8.245, de 1991, é necessária a averbação do contrato de locação no competente Cartório de Registro de Imóveis para que o locatário tenha o direito de preferência de compra e venda do imóvel locado. (Precedente -STJ, AgRg na Medida Cautelar Nº 18.158 - MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 09/08/2011). Apelação Cível conhecida e não provida." (TJMG - Apelação Cível 1.0518.11.005051-6/001, Relator(a): Des.(a) Veiga de Oliveira, 10ª Câmara Cível, julgamento em 07/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014)

Conclusão

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

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

Campo Grande, 14 de julho de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800216-49.2014.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA – AJUIZAMENTO APÓS O PRAZO DO ART. 1.048 DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

O prazo para oposição de embargos de terceiro é de 5 (cinco) dias, a contar da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, cuidando-se de execução. A demora para a expedição da carta de arrematação não dilata o prazo do art. 1.048, que será de cinco dias após a arrematação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de agosto de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Marly Sandra de Souza Freitas interpôs apelação em face da sentença proferida por Daniela Endrice Rizzo, juíza da 1ª vara, nos embargos de terceiro opostos em desfavor de Nelson Moacir Alves Barroso, extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, em razão da sua intempestividade.

Em razões recursais (f. 26-36), alega que "*a extinção do processo sem julgamento do mérito não deve prosperar, pois conforme carta de arrematação as folhas 290 dos autos principais processo 0001508-78.2009.8.12.0026/001, ela foi confeccionada verdadeiramente em data de 24 de abril de 2.014 e retirada pelo arrematante ou seu representante legal, pois pela assinatura não se consegue precisar quem retirou a carta, mais foi em 29 de Abril de 2.014, e o processo foi protocolado em data de 11 de Fevereiro de 2.014, portanto foi dentro do prazo legal*." (f. 30)

Obtempera que o imóvel objeto da demanda é bem de família, o único imóvel do casal, sendo impenhorável, de modo que deve ser julgado procedente seu pedido. Salienta que a presente ação tem por fim proteger sua meação. Aponta que em momento algum participou da empresa que originou o débito executado.

Remata requerendo o conhecimento e provimento do recurso para que haja "*a reforma total da sentença proferida em primeiro grau, tendo em vista que a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, merece reparo, vez que o imóvel residencial descrito nos autos, insere-se como*

residencial próprio da entidade familiar, posto que o direito pátrio vinculado ao principio da dignidade da pessoa humana defende o direito a habitação dos indivíduos, impedindo como consequência a penhora recaia sobre sua moradia." (f. 36)

Sem contrarrazões, consoante certidão de f. 41.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marly Sandra de Souza Freitas, objetivando a reforma da sentença proferida pela juíza da 1ª Vara de Bataguassu, que nos embargos de terceiro opostos em desfavor de Nelson Moacir Alves Barroso, extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, em razão da sua intempestividade.

Confira-se a parte dispositiva da sentença:

> *"Posto isso, rejeito liminarmente os presentes embargos à execução [de terceiro], o que faço com fundamento no artigo 267, VI c.c. artigo 1048, ambos do CPC. Sem custas e honorários advocatícios de sucumbência."* (f. 23)

A controvérsia inicial cinge-se em examinar se os embargos de terceiro foram opostos tempestivamente.

O artigo 1.048 do Código de Processo Civil dispõe:

> *"Art. 1.048 - Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta".*

Como se vê, o prazo para oposição de embargos de terceiro é de 5 (cinco) dias, a contar da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, cuidando-se de execução, como no caso dos autos.

Humberto Theodoro Jr. esclarece que o termo inicial de 5 (cinco) dias se conta da data da arrematação, não influindo na contagem do prazo a demora para a expedição da carta de arrematação, salientando que a antecipação da expedição da carta importa no abreviamento do prazo de cinco dias.

Confira-se:

> *"É de lembrar-se que, nas execuções forçadas, o retardamento da expedição da carta de arrematação, adjudicação ou remição não dilata o prazo do art. 1.048, que será sempre vencível no quinto dia após a lavratura do respectivo auto. Mas, se houver antecipação da carta, dar-se-á o abreviamento do prazo."* (Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. III – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 376)

No mesmo sentido o entendimento exposto no TJMG:

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO- PRAZO DE INTERPOSIÇÃO- EXTEMPORANEIDADE- EXTINÇÃO DO FEITO-Nos termos do preceito do artigo 1048 do CPC, os embargos de terceiro podem ser opostos a qualquer tempo no processo de*

> *conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco (5) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.* ***Conforme jurisprudência pacífica, o atraso na assinatura da carta de arrematação não dilata o prazo de embargos de terceiros, que devem ser interpostos dentro dos 5 dias que se seguem à arrematação, adjudicação ou remição."*** (TJMG - Apelação Cível 1.0105.08.268650-9/001, Relator(a): Des.(a) Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, julgamento em 19/03/2009, publicação da súmula em 07/04/2009) – destacado.

Em consonância com o posicionamento acima, decidiu-se no TJSP que o prazo de cinco dias para oposição dos embargos de terceiro se inicia com a arrematação e termina com o fim do lapso temporal de 5 (cinco) dias ou com a assinatura da respectiva carta, o que ocorrer antes.

Confira-se:

> *"Embargos de terceiro julgados extintos sem resolução do mérito porque intempestivos Inconformismo da embargante firme na tese de que eles são tempestivos porque opostos antes de expedida a carta de arrematação Acolhimento Inteligência do art. 1.048, do CPC Recurso provido. O prazo para oposição dos embargos de terceiro se inicia somente com a arrematação e termina com o evento que ocorrer primeiro, ou com o fim do lapso temporal de 5 (cinco) dias, ou com a assinatura da respectiva carta."* (TJSP - Erro! A referência de hiperlink não é válida. Apelação - 11ª Câmara de Direito Privado – Rel. Moura Ribeiro – j. em 09/08/2012)

Fixadas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

Em consulta ao sistema SAJ, pude verificar nos autos n. 0001508-78.2009.8.12.0026/01 a existência da carta de arrematação.

Confira-se seu teor:

> *"Carta de arrematação (...)*
>
> *Faz saber a todos os Órgãos do Poder Judiciários e Autoridades Administrativas que, perante este Juízo de Direito, processaram-se os atos e termos do feito acima indicado, resultando na adjudicação dos bens relacionados no auto que acompanha a apresente, importando, assim, na transferência de sua propriedade para o arrematante: José Juiz de Araújo, (...), referente ao imóvel urbano, medindo 12 metros na frente para a a avenida Campo Grande, por 40 metros da frente aos fundos, ou seja, 480,00 (quatrocentos e oitenta metros quadrados), correspondente a data nº 20 da quadra nº 112, situado nesta cidade e Comarca de Bataguassu-MS, devidamente matriculado no Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, sob o n 1074, em virtude do imóvel ter sido arrematado em leilão judicial em 09 de maio de 2013, no valor de R$ 250.000,00. (...) Eu, Francismar macedo Formiga, Analista Judiciário, o digitei, e eu, Osvaldo Kazuo Kubota, Escrivão o conferi e subscrevi. Bataguassu, 24 de abril de 2014."*

No presente processo, foi expedida a certidão de f. 21, referindo-se a data do auto de arrematação:

> *"CERTIFICO, para os devidos fins, em cumprimento ao item "1" do r. despacho de f. 15 dos autos, que, compulsando os autos, constata-se que o embargante protocolou a presente ação em data de 1 de fevereiro de 2014, e verificando os autos em apenso (1508.78.209/01- Cumprimento de Sentença), às fls. 180/181 daqueles autos, em data de 09/05/2013, foi juntada o auto de arrematação do bem imóvel penhorado, portanto, os embargos foram protocolados, quase um (01) ano após a arrematação, e observando o*

disposto no art. 1.048 do CPC, os presentes embargos, foram protocolados, fora do prazo legal, portanto, intempestivos, diante disso, torno os autos concluso para Deliberação." (f. 21)

Em resumo, percebe-se que:

a) em 9 de maio de 2013 o imóvel foi arrematado em leilão judicial, mesma data em que juntado o auto de arrematação ao cumprimento de sentença;

b) os embargos de terceiro foram protocolizados em 1º de fevereiro de 2014;

c) a carta de arrematação foi expedida em 24 de abril de 2014;

Verifica-se, pois, que os embargos de terceiro foram opostos quase 09 (nove) meses após a data da arrematação do bem, ou seja, em prazo muito superior aos 5 (cinco) dias previstos no art. 1.048 do CPC.

Como ressaltado pela doutrina e jurisprudência antes citada, a expedição da carta de arrematação só influenciariam no cômputo do prazo, se tivesse sido expedida antes dos cinco dias mencionados no art. 1048 do PC, o que não ocorreu, uma vez que ato ocorreu em 24.4.2014.

Por fim, nem se diga que a apelante não teve conhecimento da constrição e posterior arrematação do bem, haja vista que foi opostos embargos à arrematação por ela e o executado, Processo n. 0801416-28.2013.8.12.0026, cuja cópia da sentença de improcedência do pedido está acostada aos autos (f. 17-20).

A propósito, a jurisprudência no STJ exige que a contagem do prazo para ajuizamento dos embargos de terceiro leve em consideração a ciência acerca da constrição do bem, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.048 DO CPC. TERCEIRO-EMBARGANTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS ATOS DE APREENSÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ PELA IMPOSSIBILIDADE DO EMPREGO DE PRESUNÇÃO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir qual o termo inicial do prazo para ajuizamento de Embargos de Terceiro no caso concreto. Na decisão agravada, ficou assentado que, diante da conclusão do Tribunal a quo - de que a parte teve prévio conhecimento do trâmite do processo de Execução -, o acolhimento da pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. No Agravo Regimental, a parte sustenta, em síntese, que o mérito do Recurso Especial consiste em saber se é possível afirmar, com base na presunção, que o terceiro-embargante tinha ciência dos atos executórios, ou se, para isso, é imprescindível prova documental idônea (fl. 486).

3. Segundo a jurisprudência do STJ, a incidência do art. 1.048 do CPC pressupõe elevado grau de convicção de que o terceiro-embargante teve prévio conhecimento da turbação ou do esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. A propósito, destaca-se julgado da Segunda Turma, no qual se estabeleceu a necessidade de que fique provada a ciência inequívoca (AgRg no REsp 1.206.181/PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1°/12/2010).

4. Na mesma linha, encontra-se precedente da Quarta Turma, em que o voto condutor do acórdão afasta expressamente a admissibilidade do emprego de presunção para o reconhecimento acerca da prévia ciência do terceiro-embargante (REsp 678.375/GO, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ 26/2/2007, p. 596).

> *5. Apesar de admitir que esse rigorismo processual pode dar margem a condutas fraudulentas e dificultar a recuperação de créditos, curvo-me ao entendimento do STJ em favor do devedor e realinho minha posição original.*
>
> *6. Agravo Regimental provido."* (AgRg no AREsp 312.124/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 21/03/2014) – destacado.

No caso, é de ser mantida a sentença, porquanto há prova nos que a terceira embargante teve prévia ciência do ato de constrição do bem e mesmo assim quedou-se inerte e deixou esvair o prazo do art. 1.048 do CPC, ajuizando os embargos de terceiro em data posterior aos cinco dias após a realização da arrematação.

Conclusão

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

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

Campo Grande, 05 de agosto de 2015.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0804567-74.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA DE PRODUTO PELA INTERNET – NÃO RECEBIMENTO – RISCO DA ATIVIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL PURO – QUANTIFICAÇÃO – MANTIDA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DA CITAÇÃO – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – DEVIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O fornecedor de serviços responde objetivamente pela reparação de danos causados aos consumidores por serviços defeituosos (art. 14, do CDC).

Comprovado que o produto adquirido via internet, quitado, não foi entregue ao consumidor, é evidente a angústia e o desconforto causado, gerando dano moral puro, que se opera por força da simples ofensa à honra subjetiva da parte lesada.

A fixação do valor arbitrado a título de dano dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

Tratando-se de descumprimento contratual os juros de mora fluem a partir da citação, com base nos artigos 405, do Código Civil e 219, do CPC.

O consumidor faz jus à devolução do valor pago por produto que não foi entregue, nos termos do art. 42, do CDC.

Havendo sucumbência mínima de uma das partes, a outra responderá pela integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, consoante disposto no parágrafo único do art. 21, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de agosto de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A interpôs Apelação em face da sentença proferida por Daniela Vieira Tardin, Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais proposta por Marcio Massami Oshiro, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar a requerida a restituir à requerente o valor de R$ 829,00 (oitocentos e vinte e nove reais), correspondente à aquisição do produto descrito nos autos, de forma simples, acrescido de atualização monetária pelo INPC/IBGE e acrescido de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, desde o efetivo desembolso e, após a citação, a aplicação de juros de mora de 1% ao mês, bem como condenar a requerida ao pagamento de R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de reparação por danos morais, atualizado pelo INPC e acrescido de juros legais de 1% ao mês, a partir da citação até a data do efetivo pagamento.

Em razões recursais (f. 141-158), alega que o conjunto probatório dos autos ratifica o fato devidamente elucidado, que trilha no sentido de que não houve a propalada conduta ilícita, nem tampouco a comprovação do alegado dano moral.

Ressalta que se dispôs a solucionar o problema do apelado, "oferecendo reembolso ou vale troca, mas este último escolheu esperar nova disponibilidade do produto em estoque."

Sustenta que o atraso na entrega da mercadoria não caracteriza lesão de ordem personalíssima, abalo moral ou afronta à psique do cliente, sendo que, no máximo, configurar-se-ia "descumprimento de cláusula contratual", que não conclama reparação pecuniária.

Aponta que o valor do dano moral é exacerbado e não atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser reduzido em caso de eventual manutenção da condenação.

Enfatiza que os juros de mora deve incidir a partir da prolação da sentença.

Afirma que *"manifesta sua aquiescência com a parte dispositiva da sentença que determina a restituição do valor pago pelo produto."*

Pugna pela redistribuição dos ônus da sucumbência.

Requer o conhecimento e o provimento do apelo para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial. Caso contrário, pugna pela redução do *quantum* indenizatório, alteração do termo inicial de incidência dos juros de mora e redistribuição dos ônus sucumbenciais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 165-176), requerendo o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A, em face da sentença proferida pela Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais proposta por Marcio Massami Oshiro, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar a requerida a restituir à requerente o valor de R$ 829,00 (oitocentos e vinte e nove reais), correspondente à aquisição do produto descrito nos autos, de forma simples, acrescido de atualização monetária pelo INPC/IBGE e acrescido de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, desde o efetivo desembolso e, após a citação, a aplicação de juros de mora de 1% ao mês, bem como condenar a requerida ao pagamento de R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de reparação por danos morais, atualizado pelo INPC e acrescido de juros legais de 1% ao mês, a partir da citação até a data do efetivo pagamento.

Confira a parte dispositiva da sentença:

> *"Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido contido nesta ação indenizatória que Márcio Massami Oshiro move em face de Nova Pontocom Comércio Eletrônico S/A, para condenar a parte requerida a restituir à requerente os valores recebidos da autora referentes à aquisição dos produtos relacionados na nota fiscal acostada aos autos à f. 27, no montante de R$829,00 (oitocentos e vinte e nove reais), de forma simples, cujo valor deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE e acrescido de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, desde o efetivo desembolso, e após a citação, pela aplicação de juros de mora a 1% ao mês, conforme o artigo 406, do Código Civil, c/c artigo 161, 1, do Código Tributário Nacional. Condena-se, ainda, a empresa requerida ao pagamento de R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de reparação por danos morais, valor este a ser atualizado a partir da data da sentença pelo INPC/IBGE e acrescido de juros legais no patamar de 1% ao mês, a partir da citação, até a data do efetivo pagamento.*
>
> *Como corolário natural da sucumbência quase integral (a parte autora somente decaiu quando ao pedido de restituição em dobro do valor despendido, que foi deferido de forma simples), condeno a empresa requerida ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que, nos termos do artigo 20, § 3º do CPC, fixo em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.*
>
> *Com fundamento no artigo 269, I do CPC, decreto a extinção do processo, em sua fase de conhecimento."*

Em razões recursais, a requerida pugna pela reforma da sentença alegando: a) ausência de conduta ilícita capaz de gerar a responsabilidade civil; b) inexistência de dano moral; c) redução do *quantum* indenizatório; d) incidência dos juros de mora a partir da prolação da sentença; e) improcedência do pedido de restituição do valor pago; f) redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Pois bem.

Da análise dos autos, constata-se que em 06/05/2013, o requerente, planejando presentear a filha de sete anos de idade, adquiriu junto à requerida um aparelho Tablet Motorola Xoom 2 Media Edition MZ607, com tela 8.2, 32 GB, câmera 5MP, Webcam 1.3MP, Wi-Fi, Bluetooth, Micro HDMI e Android 3.2, no valor de R$ 829,00 (oitocentos e vinte e nove reais), pago em oito prestações mensais de R$ 103,66 (cento e três reais e sessenta e seis centavos), conforme pedido n.º 27079866 (f. 30), com prazo de entrega até 21/05/2013. Aponta que em 13/05/2013, recebeu um e-mail da recorrente informando que ocorreria um atraso de 3 (três) dias úteis na entrega. Esclarece que em 22/05/2013 entrou no "chat" da empresa para obter informações, e recebeu a certeza de que receberia o produto (f. 34-36), o qual não foi entregue, causando dor íntima e lesão irreparável, diante da expectativa frustrada em presentear a filha. Disse que sentiu-se um *"verdadeiro lixo", (...) "pois comprou um produto com 19 (dezenove) dias de antecedência, sendo certo que os anúncios de cumprimento de prazo seriam devidamente cumpridos, e até o presente momento nada recebeu, tão menos o valor da compra."* Em razão de tais fatos, ajuizou a presente demanda, a qual foi julgada parcialmente procedente, consoante parte dispositiva supratranscrita.

- Da responsabilidade civil

É evidente que a relação instaurada entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Consequência disso é a natureza objetiva da responsabilidade, vale dizer, não é necessário indagar se agiu com culpa ao praticar o evento danoso, bastando, apenas, verificar se daquele ato resultou algum dano ao cliente.

Nesse sentido, confira-se as disposições do art. 14, do CDC:

> *"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.*

§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 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.

§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

No mesmo sentido são as disposições da primeira parte do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil.[1]

Vale ainda destacar que a doutrina consumerista defende que o CDC é lei principiológica, trazendo em seu bojo, um modelo que inexistia no ordenamento jurídico nacional, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, podendo inclusive interagir com outras normas, num verdadeiro "Diálogo das Fontes". Diálogo este, que permite uma relação de convivência, harmonia e coordenação, entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo como norte os princípios da Constituição Federal, que objetivando a defesa do consumidor e da dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos para o Código e Defesa do Consumidor, Código Civil e outras leis infraconstitucionais.

É sabido, que para configurar a responsabilidade civil é necessária a presença dos seguintes requisitos: o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos. Inexistindo um deles, a improcedência do pedido de indenização é medida que se impõe.

Da análise dos autos, o dano efetivamente restou caracterizado, considerando-se que o recorrido, em 06/05/2013, adquiriu um *tablet* junto à recorrente para presentear sua filha no dia 25/05/2013, data do seu aniversário (certidão de nascimento de f. 26). Contudo, é incontroverso que tal produto nunca foi entregue pelo fornecedor.

Com efeito, não há que se falar que o evento descrito tratou-se de mero aborrecimento, porquanto o recorrido teve frustrada a expectativa de presentear a filha com o produto por ela almejado.

A apelante, deve suportar os danos decorrentes da falha na entrega do produto adquirido pelo recorrido, mormente considerando a inexistência de qualquer excludente de responsabilidade.

Nesse sentido:

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***

1 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". (grifamos)

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* (TJMS; Apelação - Nº 0824503-88.2013.8.12.0001 - Campo Grande; Relator Des. Dorival Renato Pavan; 4ª Câmara Cível; julgado em 24/03/2015 – destaquei).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZATÓRIA – ***COMPRA/VENDA PELA INTERNET – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MERCADORIA NÃO ENTREGUE. DANO MORAL CONFIGURADO*** *– VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO.* ***A relação entre a apelante e a apelado é de consumo, conforme dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, respondendo a apelante de forma objetiva pelos danos causados ao autor decorrente de defeitos na prestação do serviço. Dano moral comprovado. "In casu", o simples descumprimento contratual por parte do réu, com a frustração da expectativa do autor quanto à aquisição da mercadoria, é suficiente para gerar abalo moral indenizável.*** *O valor a ser fixado para a reparação de danos morais não pode implicar ônus excessivo ao ofensor, nem enriquecimento sem causa ao ofendido, deve ainda representar reprimenda suficiente para fins da função repressivo-pedagógica que a sanção deve encerrar, sem se afastar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto. Valor da Indenização reduzido para R$5.000,00 (cinco mil reais), compatíveis com dano moral sofrido. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido.* (TJMS; Apelação - Nº 0803582-11.2013.8.12.0001 - Campo Grande; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski; julgado em 03.03.2015 – destaquei)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – ***COMPRA REALIZADA PELA INTERNET – PRODUTO NÃO ENTREGUE*** *– DANO MATERIAL – COMPROVAÇÃO –* ***DANO MORAL CARACTERIZADO*** *– QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO. É parte legítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória a empresa fornecedora do produto que não realizou a entrega das mercadorias compradas pelo consumidor, respondendo assim, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à má prestação dos serviços.* ***Presentes os pressupostos para indenização por dano moral consistentes na conduta ilícita do agente, dano causado e nexo de causalidade, advém a obrigação de indenizar. Constatada a falha na prestação do serviço, consubstanciada na não entrega dos produtos adquiridos pelo consumidor na internet, a fornecedora deve responder pelos danos experimentados pelo autor.*** *Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.* (TJMS; Apelação – Nº 0800413-06.2011.8.12.0027 – Batayporã; 3ª Câmara Cível; Relator Des. Eduardo Machado Rocha; julgado em 03.06.2014 – destaquei)

- Do dano moral

Constata-se que o fato exposto nos autos caracteriza o denominado dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre independentemente da comprovação de prejuízos.

Segundo Maria Helena Diniz[2], danos morais *"vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo"*.

2 DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**,7º Vol., Saraiva, 14ª ed., São Paulo, 2000, p. 80.

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

É inegável que o não recebimento de um produto adquirido via *internet*, devidamente pago, gera desassossego, *stress,* trauma justificador de indenização a título de dano moral, mormente considerando o fato de que tal produto seria para presentear a filha do recorrido.

Desse modo, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral, o qual se opera por força da simples violação.

A respeito disso, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[3]:

> *"Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum."***.**

- Do valor do dano moral

A respeito da quantificação do dano, a apelante afirma que o valor fixado a título de danos morais foi arbitrado de forma elevada e desproporcional, vez que o valor da indenização deve atender as peculiaridades do caso concreto, como a repercussão econômica do dano, a dor experimentada pela vítima e o grau de dolo ou culpa do ofensor.

Em observância ao princípio da reparação do dano equivalente em dinheiro, a indenização deve ser, tanto quanto possível, proporcional ao interesse ofendido.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, preconiza algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*

3 CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 116.

> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."*

A fixação do dano moral não segue método prático e objetivo, mas, fica ao arbítrio do julgador a análise de circunstâncias fáticas que constam dos autos, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, não sendo tão baixo a ponto de não servir de marco educador para o lesante, evitando novas condutas no mesmo sentido, nem tão elevado a ponto de valer como fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

Considerando tais fatos, aliada a condição socioeconômica das partes, tenho que o valor arbitrado em R$ 7.000,00 (sete mil reais) pelo juiz *a quo* é proporcional e razoável, devendo ser mantido.

- Do termo inicial dos juros de mora

A respeito do termo inicial dos juros de mora, em se tratando de responsabilidade contratual, entendo que deverão incidir a partir da citação do requerido, nos termos do art. 219, do CPC[4] e do art. 405, do Código Civil[5], conforme decidido pela juíza *a quo*.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. CITAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1.* ***Tratando-se de responsabilidade contratual, é pacífico nesta Corte, que os juros moratórios incidem desde a citação do devedor, conforme previsto no artigo 405 do Código Civil. 2. Agravo regimental improvido*** (STJ; AgRg no AREsp 439065 / RJ; Quarta Turma; Ministro RAUL ARAÚJO; julgado em 12/02/2015 – destaquei).

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PROGEMIX LTDA – SALDO RESIDUAL DEVIDO A PARTIR DA DATA NA QUAL A CESSÃO DE DIREITOS FOI FIRMADA – EMPRESA AUTORA QUE ANUIU EXPRESSAMENTE COM A AVENÇA HAVIDA ENTRE CEDENTE E CESSIONÁRIO – JUROS DE MORA – FLUÊNCIA DA CITAÇÃO – DÉBITO COBRADO QUE NÃO GOZA DE LIQUIDEZ E CERTEZA – INTELIGÊNCIA DO ART. 219, CAPUT, DO CPC – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Existindo no contrato particular de transferência e cessão de direitos cláusula no sentido de que o cessionário somente seria responsável pelo saldo residual a partir da data em que o negócio jurídico foi firmado, tendo a Progemix - Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda. expressamente anuído com os termos da pactuação, descabe falar em responsabilidade do réu pela integralidade de tal encargo. II –* ***Em se tratanto de dívida que não goza de liquidez e certeza, necessitando de apuração, os juros de mora devem fluir a partir da citação, consoante o disposto no art. 219, caput, do CPC.*** (TJMS; Apelação - Nº 0051849-81.2012.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; julgado em 11/11/2014 – destaquei)

- Da restituição do valor pago

Com relação à repetição do indébito, tenho que também não assiste razão à recorrente, porquanto demonstrado o descumprimento contratual, deve ser restituído ao requerente o valor pago pelo produto não recebido, nos termos do art. 42 do CDC:

> *"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*

4 Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

5 Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

> *Parágrafo único.* ***O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito****, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."* Destaquei.

Contudo, como bem decidido pelo magistrado, referida restituição deve ser de forma simples, diante da ausência de má-fé da requerida, ora recorrente.

- Dos ônus sucumbenciais

Os ônus sucumbenciais não merecem alteração, porquanto a requerente foi vencedora na maioria dos pedidos, decaindo tão somente quanto ao pedido de restituição em dobro do valor pago, de maneira que deve incidir o regramento do parágrafo único do art. 21 do CPC:

> *"Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários."*

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] mencionam:

> *Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de "parte mínima do pedido" dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.*

Logo, desnecessária a reforma da sentença quanto para redistribuir os ônus sucumbenciais.

Dispositivo

Diante do exposto, 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. 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, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 05 de agosto de 2015.

***

1 NERY. Nelson Júnior e Rosa Maria. **Código de Processo Civil e Legislação Extravagante.** 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, P. 247.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0001708-87.2006.8.12.0027 - Batayporã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – CIRURGIA DE HISTERECTOMIA – PROBLEMAS NO URETER – ERRO MÉDICO – NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

No caso de alegação de erro médico é necessária a comprovação de ter havido negligência, imprudência ou imperícia do profissional liberal na conduta adotada para que o paciente faça jus à indenização pleiteada a título de danos, vez que a responsabilidade, no caso, é subjetiva.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Aparecida da Costa Masias contra sentença (fls. 815-823) que julgou improcedente a ação indenizatória por danos morais e materiais ajuizada em desfavor da Santa Casa de Nova Andradina, de José Roberto Gomes Ribeiro e de Cláudia Figueredo Pedroso.

A apelante alega, em suas razões recursais, que:

> *A apelante somente apresentou o problema, mencionado anteriormente, após ter sido submetida a primeira cirurgia realizada pelos apelados. Não deixando dúvidas que ocorreu erro médico, ocasionando a obstrução do ureter esquerdo, impedindo que a urina chegasse a bexiga; fato esse que gerou uma grave infecção na apelante, e se não fosse a intervenção da equipe médica da Santa Casa de Campo Grande, sem dúvida a apelante teria ido a óbito (f. 829).*
>
> *Os documentos fornecidos pela Santa Casa de Campo Grande, aonde foi realizada a cirurgia corretiva, comprovam que a segunda intervenção cirúrgica foi obrigatória, o que é suficiente para provar a culpa dos apelados, responsáveis pela primeira cirurgia realizada em dezembro de 2003. Sendo assim, deve os apelados reparar os danos sofridos pela apelante, que teve seu abdômen totalmente deformado por várias infecções, como também ficou impossibilitada de realizar suas atividades diárias, em face do erro médico (f. 829).*

> *Está provado nos autos, por meio da farta documentação existente, que a apelante foi transferida para a Santa Casa de Campo Grande, para reimplantar o ureter, razão suficiente para afirmar que houve negligência ou imperícia dos apelados, quando cortaram o ureter da apelante durante a realização da primeira cirurgia (f. 829).*
>
> *O erro médico cometido produziu várias infecções, que quase levaram a apelante a óbito; o que felizmente não aconteceu, haja vista, que a equipe médica da Santa Casa de Campo Grande, realizou uma intervenção cirúrgica e reconstruiu o ureter danificado (f. 830).*

Ao final, requer "(...) *o provimento do recurso de apelação, para reformar a sentença de primeiro grau, e consequentemente condenar os apelados, nos termos da petição inicial.*" (f. 831).

José Roberto Gomes Ribeiro, ora apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença (fls. 835-836).

A apelada Cláudia Figueredo Pedroso, devidamente intimada, apresentou contrarrazões às fls. 843-847, requerendo o improvimento do recurso e a manutenção da sentença.

A Santa Casa de Nova Andradina, ora apelada, apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença e, por conseguinte, o improvimento do recurso (fls. 849-852).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelação cível interposta por Maria Aparecida da Costa Masias contra sentença (fls. 815-823) que julgou improcedente a ação indenizatória por danos morais e materiais ajuizada em desfavor da Santa Casa de Nova Andradina, de José Roberto Gomes Ribeiro e de Cláudia Figueredo Pedroso.

A sentença, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *(...) Pois bem, no mérito, denoto que a requerente de fato se submeteu a cirurgia de histerectomia abdominal, em 09/12/03, no Hospital Guiomar Soares Andrade, na cidade de Nova Andradina/MS.*
>
> *Ocorre que a requerente assegurou ter sido vítima de erro médico que ocasionou a obstrução de seu ureter esquerdo, de maneira que a urina atingiu a bexiga, lhe acarretando diversos problemas, que culminaram em outras cirurgias corretivas para reparar o erro médico.*
>
> *Entretanto, tal fato não se confirmou, pois o Dr. Régis Alexander Macerou, médico que fez a segunda cirurgia na requerente, em Campo Grande), realçou (fls. 474-475) ter realizado o acompanhamento da requerente na Santa Casa de Campo Grande, porém em nenhum momento atestou que a nova cirurgia fora realizada em razão da existência de erro médico. Contou também que a obstrução urinária após a cirurgia de histerectomia não é caso excepcional, podendo acontecer por causa de fibrose, angulação do ureter ou por cálculo renal. Vejamos:*
>
> *Aliado a isso, o perito judicial concluiu inexistir elementos suficientes para afirmar se houve erro médico (fl. 735 – item 4). Além disso, falou que a causa da interrupção do fluxo urinário se deu em razão de um cálculo ureteral, ou seja, tal obstrução não tem*

ligação com o aventado erro médico.

Também certificou que o quadro depressivo da requerente não tem nexo de causalidade exclusivamente relacionado ao procedimento cirúrgico (fl. 733- item b).

Nessa toada, não restou demonstrado o erro médico (CPC, art. 333, I), mas tão somente o bloqueio da via urinária que foi causado por um cálculo ureteral.

Nesse passo, ausente a prova da culpa dos médicos (imprudência, negligência ou imperícia) resta excluída a responsabilidade objetiva do hospital, tendo em vista a ausência de nexo causal entre o dano mencionado e a atuação dos referidos profissionais.

Deixo de condenar a requerente em má-fé, porquanto apenas buscou um direito que entendeu possuir, sem atentar contra as regras jurídicas em vigor.

Mantenho a os benefícios da justiça gratuita, por ser pobre na acepção jurídica do termo.

Ex positis, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente os pedidos da exordial. Isento a requerente do pagamento de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da justiça gratuita (fls. 815-823).

A ora apelante insurge-se contra a noticiada sentença, alegando, em suma, que foi comprovado nos autos o erro médico ocorrido na primeira cirurgia realizada na Santa Casa de Nova Andradina para a retirada do seu útero, ocasionando-lhe sérios problemas de obstrução do ureter esquerdo, impedindo que a urina chegasse na bexiga, tendo que ser submetida a cirurgia corretiva na Santa Casa de Campo Grande, razão pela qual deve ser indenizada.

Nego provimento ao recurso.

De pronto, insta salientar, que a causa de pedir reside na suposta negligência dos médicos ora apelados na realização da cirurgia de retirada do útero que ocasionou o problema de obstrução do ureter.

Na hipótese dos autos, não olvidando a evidente dor suportada pela apelante em razão da lesão que sofreu no ureter e na bexiga, tenho que a sentença que julgou improcedente o pedido inicial não merece reforma.

Com efeito, quando se aprecia a lisura técnica do atendimento realizado por profissionais médicos, a perícia judicial mostra-se fundamental para auxiliar o julgador na tomada da decisão.

Nesse passo, a prova pericial produzida às fls. 734-735, constatou que não existir elementos suficientes para afirmar se houve erro médico. Confira-se:

(...) 12. O exame pericial atual aponta um abdome operado, com bom resultado. A análise do status quo ante ante só é possível através das fotos juntadas aos autos, que por sua vez dão a entender a existência de uma hérnia incisional de grande volume. Assim como as perfurações acidentais de ureter, as hérnias incionais são fatos previstos embora não desejáveis no universo cirúrgico, não implicando necessariamente em erro médico (negligencia, imperícia ou imprudência)

4. (...) não há elementos suficientes para afirmar a ocorrência de erro médico (fls. 734- 735).

Anote-se, ademais, no depoimento do médico, Dr. Regis Alexsander Macerou, que fez a segunda cirurgia na Santa Casa de Campo Grande em nenhum momento afirmou ter existido erro médico. Confira-se:

> *(...) que a paciente autora foi encaminhada pelo Dr. Sandro de Nova Andradina/MS, urologista, com ciência do Dr. José Roberto, porque segundo afirmou a autora havia realizado uma histerectomia, apresentando quadro de dores, não estava com a função urinária normalizada, e portanto, requereu os bons ofícios do depoente, que prontamente se dispôs a receber a paciente. Examinada na Santa Casa, o quadro era de indicação cirúrgica, porque tudo indicava um bloqueio da via urinária, o que pode ter graves consequências, inclusive quadro inflamatório. Na mesma manhã, foi realizada a cirurgia, realizando incisão próxima da incisão anterior, embora maior, que possibilite chegar a via urinária. Foi constatado visualmente a obstrução, o quadro inflamatório, e a necessidade de realizar um desvio, o que o procedimento padrão para tais casos, a colocação de um implante cirúrgico duplo J, refazendo a ligação do ureter com a bexiga. Nesses casos, não se retira o foco infeccioso, no caso parte da via urinária, mas se faz uma ligação nova, aplicando-se medicamentos que regridam o caso, fechando-se a parede de forma mais rápida, deixando um dreno, para saída de urina, secreções, sangue, etc. A paciente logo em seguida recebeu alta (alguns dias depois), e mais tarde foi retirado o dreno, e o duplo J. Não lembra especificamente de ter lembrado do duplo J, pois o procedimento é padrão, mas lembra do retorno da paciente para exame, e portanto, o duplo J deve ter sido retirado. Esclarece também, que não é caso excepcional, a obstrução urinária após a cirurgia de histerectomia, o que pode acontecer por fibrose, angulação do ureter, ou por cálculo renal. O dreno é retirado no hospital antes da alta e, o duplo J é retirado cerca de 30 (trinta) dias depois, pela via urinária, e é o que segura os pontos da nova cirurgia realizada. A tela mencionada na inicial não foi obra do depoente, mas pode acontecer a necessidade pelo enfraquecimento da parede pelo processo infeccioso (...) (f. 475)*

Ora, a decisão judicial deve ser embasada nas provas trazidas aos autos, pois não cabe ao julgador avaliar as questões científicas envolvidas para decidir qual o melhor procedimento médico a ser adotado para tratar o paciente. Ao magistrado cabe verificar se, no caso concreto, os profissionais da medicina foram diligentes nos procedimentos adotados para o tratamento do paciente. Por isso, é imperioso a quem alega ter sofrido o dano, não só comprovar sua existência, mas também sua decorrência de conduta dolosa ou culposa de outrem.

Assim, não comprovado o nexo causal entre a atuação dos médicos apelados e a lesão sofrida pela apelante, não se pode imputar aos mesmos, tampouco à Santa Casa de Nova Andradina também recorrida, a obrigação de reparar o dano, pois, repito, não havendo a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do profissional médico e a lesão sobrevinda, afasta-se o dever de indenizar, seja moral ou materialmente.

Veja-se, diante de caso análogo, o entendimento desta 1ª Câmara Cível sobre o tema:

> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Não constatada falha na prestação do serviço médico, considera-se o fato danoso como ocorrido em razão de circunstâncias extrínsecas ao procedimento adotado. Havendo a quebra do nexo de causalidade, afasta-se o dever reparatório.*[2]

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Maria Aparecida da Costa Masias, mantendo incólume a sentença ora combatida.

2 23 de julho de 2013 1ª Câmara Cível Apelação - Nº 0809785-20.2012.8.12.0002 - Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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. Sérgio Fernandes Martins

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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0062098-28.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REDIBITÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO FORNECEDOR – AFASTADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E FORNECEDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DANOS MATERIAIS – RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO OU QUANTIA EQUIVALENTE – DECISÃO MANTIDA – DANOS MORAIS – COMPROVADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R$ 10.000,00 – RAZOABILIDADE – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA – DATA DA CITAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a responsabilidade entre fabricante e fornecedor é solidária.

Não há porque minorar o montante fixado a título de danos morais quando arbitrado em observância aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tratando-se de responsabilidade contratual, a incidência dos juros de mora inicia-se na data da citação dos réus no processo.

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, afastar a preliminar e negar provimento ao retido, no mérito, dar parcial provimento recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por EnzoVeículos Ltda e Fiat Automóveis S.A. contra a sentença (fls. 562-574) que julgou procedente a ação redibitória cumulada com indenizatória promovida por Jezuino Batista Filho.

A apelante Fiat Automóveis alega, em síntese, que:

> *(...) imediatamente após a manifestação das partes sobre o laudo pericial, a Apelante foi surpreendida com a prolação da sentença apelada, sem que tenha havido qualquer pronunciamento acerca dos quesitos de esclarecimento que formulou na fl. 528. (f. 593)*

> *(...) como é direito das partes a obtenção de resposta do Judiciário acerca dos pleitos formulados, ainda que seja negativa, e, como a sentença apelada julgou a lide sem qualquer manifestação acerca de tal ponto, está clara a sua nulidade por cerceamento de defesa. (f. 593)*
>
> *(...) em todas as oportunidades em que o Apelado deixou o veículo objeto da lide no estabelecimento da concessionária corré para avaliação dos inconvenientes por ele alegados, os reparos pertinentes foram realizados dentro do prazo de 30 (trinta) dias previso no art. 18, §1º, inciso I do CDC. (f. 595)*
>
> *Por tal razão, ao contrário do que entendeu a sentença apelada, impõe-se a improcedência do pedido de substituição do veículo formulado pelo Apelado (...). (f. 595)*
>
> *(...) o veículo não possuía vício algum, mas era, na verdade, usado de modo excessivo pelo consumidor. (f. 598)*
>
> *(...) não há como prosperar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, porque restou sobejamente evidenciado que o veículo objeto da lide não possui qualquer vício redibitório e/ou de fabricação. (f. 603)*
>
> *Na eventualidade de assim não se entender, impõe-se ao menos que, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a indenização arbitrada seja minorada, para que, nos exatos termos do art. 944, caput, do CC/02, não ultrapasse a extensão dos danos experimentados pelo Apelado (...). (fls. 604-605)*
>
> *(...) os juros de mora incidem a partir da citação da Apelante e da concessionária corré, e não do suposto evento danoso, mesmo porque a regra adotada pela r. sentença só tem aplicabilidade para relações não contratuais. (f. 606)*

Ao final, requer "preliminarmente, que seja dado provimento ao presente recurso, para declarar a nulidade da sentença apelada por cerceamento do seu direito de defesa, em razão da ausência de pronunciamento acerca dos quesitos de esclarecimento formulados na fl. 528. (...) na hipótese de a preliminar ser superada, que seja dado provimento ao presente recurso, para reformar a sentença apelada e julgar totalmente improcedentes os pleitos formulados na petição inicial. Na hipótese de ser mantida a condenação consistente na imposição à Apelante da obrigação de entregar ao Apelado outro veículo, requer que se registre que não se tratará de veículo zero quilometro, mas de um usado 2008/2009, da mesma marca e do mesmo modelo daquele objeto da lide (...). Já na eventualidade de ser mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, a Apelante requer, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que a indenização arbitrada seja minorada, para que, nos exatos termos do art. 944, caput, do CC/02, não ultrapasse a extensão dos danos experimentados pelo Apelado (...). Outrossim, a Apelante requer seja retificado o termo inicial de incidência dos juros de mora, estabelecendo-o como a data da última citação da Apelante e da concessionária corré, sob pena de violação ao art. 219 do CPC e 405 do CC." (fls. 607-608)

A recorrente Enzo Veículos Ltda, em suas razões recursais, alega, em síntese, que:

> *Requer a apelante a apreciação por este E. Tribunal do agravo retido interposto nos autos nas fls. 341-346, contra o despacho saneador que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da concessionária ora apelante o que culminou com a condenação solidária proferida em sentença da qual tempestivamente se recorre. (fls. 615-616)*
>
> *(...) havendo claras dúvidas com relação a origem do defeito (já que o perito não foi categórico ao afirmar que a origem seria na fabricação do bem, deixando claro que também poderia ser oriundo de falha na utilização), a d. juíza minimamente deveria ter*

intimado o perito para responder as perguntas de esclarecimentos elaboradas por ambas as requeridas e não o fez, acabando por cercear o direito de defesa da apelante. (f. 621)

(...) além de não haver nada nos autos que demonstre ter a apelante cometido qualquer ilícito, restou demonstrado que o veículo sub judice encontra-se totalmente apto ao fim a que se destina (...). (f. 626)

Mesmo que a frustração em relação ao produto tenha existido por parte do apelado, tal fato não alcança o patamar de autêntico dano moral indenizável, de lesão a atributo de personalidade do consumidor.

(...) a quantia fixada nos presentes autos foi extremamente elevada e por certo está a causar um enriquecimento ilícito ao apelado. (f. 629)

Ao final, requer "a Vossas Excelências que: a) se dignem a analisar, preliminarmente, a insurgência contida no agravo retido interposto, para o fim de reformar a r. sentença acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva nele arguida e extinguir o feito sem o julgamento de seu mérito. B) (...) requer a cassação da sentença em razão do cerceamento do direito de defesa da apelante, determinando a volta dos autos a vara de origem para que as perguntas de esclarecimento acerca da perícia possam ser respondidas, em observância à garantia constitucional do devido processo legal. C) (...) que a sentença de mérito seja reformada para o fim de ser julgada totalmente improcedente a presente ação ante as razões expostas. D) (...) que a sentença seja reformada para o fim de minorar o valor imposto a título de indenização por danos morais para a importância de R$ 5.000,00, em atenção ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade." (fls. 631-632)

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 639-644.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por EnzoVeículos Ltda e Fiat Automóveis S.A. contra a sentença (fls. 562-574) que julgou procedente a ação redibitória cumulada com indenizatória promovida por Jezuino Batista Filho.

A sentença combatida, no que interessa ao julgamento do presente apelo, restou vertida nos seguintes moldes:

(...) as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedora de produtos e serviços, na forma dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, de modo que ao presente litígio serão aplicadas as disposições da Lei nº 8.078/90 a fim de garantir o equilíbrio processual das partes. (f. 564)

(...) às requeridas coube comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o que não restou cumprido, pois os documentos acostados aos autos não demonstram as condições reais de uso do veículo por ocasião da celebração do contrato. (f. 564)

(...) diversos problemas foram reparados pelas requeridas, conforme observou o perito no laudo acostado às fls. 484/505, mas o considerável nível de vibração e trepidação "advinda do conjunto powertrain motor/transmissão, ao se arrancar de ladeiras e rampas com diferentes angulações" (fl. 504), persistiu desde a aquisição do bem e tem como causa provável um vício de fabricação. (f. 566)

> *(...) uma vez demonstrado, a contento, que o produto adquirido pelo requerente, com manifesto intento de facilitar sua locomoção, não esteve apto a esse desiderato, as requeridas devem ser condenadas solidariamente a substituir o produto "por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso" (artigo 18, §1º, I, do CDC)*
>
> *E no mesmo sentido deve ser acolhida a pretensão de indenização por danos morais formulada na inicial, pois presente, na hipótese em comento, danos extrapatrimoniais que superaram os meros aborrecimentos e desgastes do dia a dia. (f, 569)*
>
> *(...) julgo procedentes os pedidos formulados por requerente, para o fim de: a) condenar as requeridas Enzo Veículos Ltda e Fiat Automóveis S/A na obrigação de fazer consistente em substituir o veículo Fiat Linea Dualogic (...) por outro veículo novo (zero quilômetro), do mesmo modelo e com, no mínimo, os mesmos opcionais e acessórios, permitida a substituição por outro da mesma categoria e padrão apenas se o modelo citado não estiver mais em fabricação no momento do cumprimento desta obrigação, no prazo de trinta dias a contar da intimação pessoal após o trânsito em julgado desta sentença, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), limitada ao valor da causa, em caso de descumprimento, permitida a conversão em perdas e danos se não houver o cumprimento da obrigação após o limite estabelecido (artigos 461, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil); b) condenar as requeridas Enzo Veículos Ltda e Fiat Automóveis S/A ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do demandante, a título de danos morais, corrigidos pelo IGPM a partir da prolação desta sentença e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a fluir de 18/12/2008. (f. 573)*

As apelantes sustentam em suas razões recursais que "(i) (...) imediatamente após a manifestação das partes sobre o laudo pericial, a Apelante foi surpreendida com a prolação da sentença apelada, sem que tenha havido qualquer pronunciamento acerca dos quesitos de esclarecimento que formulou na fl. 528. (f. 593); (ii) (...) como é direito das partes a obtenção de resposta do Judiciário acerca dos pleitos formulados, ainda que seja negativa, e, como a sentença apelada julgou a lide sem qualquer manifestação acerca de tal ponto, está clara a sua nulidade por cerceamento de defesa. (f. 593); (iii) (...) em todas as oportunidades em que o Apelado deixou o veículo objeto da lide no estabelecimento da concessionária corré para avaliação dos inconvenientes por ele alegados, os reparos pertinentes foram realizados dentro do prazo de 30 (trinta) dias previso no art. 18, §1º, inciso I do CDC. (f. 595); (iv) Por tal razão, ao contrário do que entendeu a sentença apelada, impõe-se a improcedência do pedido de substituição do veículo formulado pelo Apelado (...). (f. 595); (v) (...) o veículo não possuía vício algum, mas era, na verdade, usado de modo excessivo pelo consumidor. (f. 598); (vi) (...) não há como prosperar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, porque restou sobejamente evidenciado que o veículo objeto da lide não possui qualquer vício redibitório e/ou de fabricação. (f. 603); (vii) Na eventualidade de assim não se entender, impõe-se ao menos que, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a indenização arbitrada seja minorada, para que, nos exatos termos do art. 944, caput, do CC/02, não ultrapasse a extensão dos danos experimentados pelo Apelado (...). (fls. 604-605); (viii) (...) os juros de mora incidem a partir da citação da Apelante e da concessionária corré, e não do suposto evento danoso, mesmo porque a regra adotada pela r. sentença só tem aplicabilidade para relações não contratuais. (f. 606).

Do agravo retido interposto por Enzo Veículos Ltda.

Preliminarmente, passo à análise do agravo retido interposto pela ora agravante às fls. 341-346.

Razão não assiste à recorrente.

Com efeito, demonstrado amplamente no conjunto probatório carreado aos autos a ocorrência de vício redibitório do produto, a responsabilidade pelos vícios é solidária entre o fabricante e o fornecedor do produto, no caso, o veículo em questão.

Não é outro o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, conforme infere-se do julgado que segue:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. VERIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA/STJ. VÍCIO DO PRODUTO. FABRICANTE E VENDEDOR DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AFASTAMENTO. CULPA EXCLUSIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. NÃO PROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem concluiu pela ocorrência de dano por vício do produto e a revisão do entendimento adotado esbarra no óbice do enunciado 7 da Súmula/STJ. 2.* **O vício do produto acarreta responsabilidade solidária do fornecedor e do fabricante.** *3. Afasta-se a responsabilidade do fabricante e do vendedor somente nos casos em que comprovada a culpa exclusiva do consumidor. 4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.*[1] (Grifo nosso)

Nego, portanto, provimento ao agravo retido interposto por Enzo Veículos Ltda.

Em razão do entrelace das questões e pontos levantados pelas empresas apelantes, julgo conjuntamente os recursos interpostos. Em primeiro lugar, analiso a preliminar de cerceamento de defesa levantada pelas recorrentes.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Alegam em suas razões que o laudo pericial (fls. 484-505) restou inconclusivo quanto à origem do defeito constante no automóvel adquirido pelo ora apelado.

Não obstante, como bem consignado na sentença combatida, "nessa primeira revisão com apenas 27 (vinte e sete) dias de uso e rodados aproximadamente 3.500 km foram constatados problemas anormais em um veículo novo e já estavam presente as reclamações referentes ao sistema de câmbio e embreagem, assim como na suspensão do automóvel." (f. 565)

Ora, tendo o veículo apresentado problemas com menos de 1 (um) mês de uso, por certo esses vícios são originais de fábrica, não havendo falar em mau uso do automóvel pelo condutor, porquanto havia percorrido apenas 3.500 km aproximadamente.

Afasto, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito.

Quanto ao mérito, alegam as recorrentes, inicialmente, que não restou demonstrado que as mesmas tenham cometido algum ilícito.

Não obstante, as apelantes é quem deveriam ter se desincumbido de seu ônus probatório, ou seja, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelado, porquanto, presente a relação consumerista, o magistrado de piso acertadamente aplicou o instituto da inversão do ônus da prova.

Na hipótese, incide o inciso II, do art. 333 do CPC, o qual dispõe que:

> *O ônus da prova incumbe:*
>
> *(...)*

1 AgRg no AREsp 400983 / PB. Relator Min. Maria Isabel Galotti. Julgamento 7.8.2014.

> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Evidenciado, no caso, como visto, que a parte não se desincumbiu do seu ônus probatório, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

No que diz respeito aos danos morais, igualmente não há falar em reforma da decisão atacada, porquanto resta caracterizado que os fatos suportados pelo apelado não constituem mero aborrecimento ou dissabor cotidianos, ultrapassando os limites da aceitabilidade.

Conforme bem salientado pelo juízo singular "não se podem ser ignoradas todas as vezes em que o requerente teve de interromper seus afazeres para se deslocar até a concessionária requerida, ficar dias sem o veículo e receber o bem da de volta sem que todos os problemas fossem integralmente solucionados". (f. 571)

Configurado o dano moral, a sentença que fixou a indenização devida em R$ 10.000,00 (dez mil reais) deve ser mantida por ser o montante estabelecido justo e adequado ao caso concreto.

Outrossim, tratando-se a hipótese em exame daquelas que envolvem responsabilidade contratual, é remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os juros moratórios incidirão a partir da citação e não do evento causador do dano.

Nesse sentido, confira-se os julgados abaixo transcritos:

> *Embargos declaratórios. Recurso especial. Responsabilidade civil. Hospital. Danos morais e materiais. Juros e Correção monetária. Pensão mensal vitalícia. Omissão. Acolhimento parcial. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em casos de devolução de valores pagos parceladamente, a correção monetária incide sobre as prestações vencidas a partir da data em que deveriam ter sido pagas e não o foram. 2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros incidirão a partir da citação. 3. Quanto à data do início do pensionamento no valor de um salário-mínimo, deve retroagir à data do evento danoso. 4. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos para aclarar o acórdão e suprir as omissões.*[2]

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PURO. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. 1. - É assente neste Tribunal o entendimento de que os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso em casos de responsabilidade extracontratual, hipótese observada no caso em tela, nos termos da Súmula 54/STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". Na responsabilidade extracontratual, abrangente do dano moral puro, a mora se dá no momento da prática do ato ilícito e a demora na reparação do prejuízo corre desde então, isto é, desde a data do fato, com a incidência dos juros moratórios previstos na Lei. 2. - O fato de, no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrismo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios. 3. - Recurso Especial improvido.*[3]

2 EDcl no REsp 400843 / RS. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento 9.8.2007.

3 REsp 1132866 / SP. Relator Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento 23.11.2011.

Ante o exposto, como afirmado, dou parcial provimento aos recursos interpostos por Enzo Veículos Ltda e Fiat Automóveis S.A., apenas para determinar que os juros moratórios incidam a partir da data da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao retido, no mérito, deram parcial provimento recurso, nos termos do voto do relator.

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. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0822853-06.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – PARTILHA HOMOLOGADA – ESPÓLIO – PARTE ILEGÍTIMA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Com a homologação da partilha, o espólio, cuja representação incumbe ao inventariante, não mais possui capacidade processual para figurar em juízo.

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, 1 de setembro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Izabel Pinho de Oliveira Souza e outro contra sentença (fls. 67-69) que extinguiu, sem resolução do mérito, a ação de adjudicação compulsória ajuizada em desfavor de Manoel Corrêa do Nascimento Filho (Espólio).

Os apelantes alegam, em suas razões recursais, que:

> *(...) o magistrado a quo agiu de forma equivocada ao entender que, no caso em apreço, estaria presente a ilegitimidade passiva do espólio do Sr. Manoel Corrêa do Nascimento Filho, (...) (f. 76).*
>
> *Ora, o ordenamento jurídico pátrio, quando da análise do artigo 1.784, do Código Civil Brasileiro, demonstra claramente que aberta a sucessão, a herança já se transmite a quem de direito, (...) (f. 77).*
>
> *Portanto, os herdeiros do de cujus passam a ter a posse indireta dos bens, podendo realizar os atos que seriam inerentes ao seu desejo, uma vez que o os herdeiros possuem o todo da herança na abertura da sucessão, que ocorre com o falecimento do de cujus (f. 77).*
>
> *Assim sendo, todos os herdeiros concordaram em vender o imóvel aos apelantes, sendo possível a efetivação desse contrato, conforme os argumentos aqui expostos até o momento (f. 78).*

> *Outro lapso ocorrido na prolação da r. sentença do magistrado a quo foi de entender que o processo de inventário havia findado, unicamente com a homologação da partilha aquele processo e juízo. É cediço que o processo de inventário se finda com a homologação da partilha, seja judicial ou extrajudicial, pelo magistrado, com referida sentença homologatória de partilha (f. 78).*
>
> *Desta feita, por não ter findado o curso do processo de inventário, no qual o magistrado aguarda por mais de 04 (quatro) anos pela apresentação da documentação comprobatória de negativa de tributos no nome do de cujus, bem como a apresentação dos referidos documentos pelos requerentes junto da inicial deste processo, inegável é a legitimidade do espólio em figurar como polo passivo da presente demanda (f. 79).*

Ao final, requerem "(...) *seja conhecido e provido o presente recurso para; a) Julgar desde logo a lide, considerando que a causa versa sobre questão exclusivamente de direito nos termos na petição inicial (art. 516, § 3, CPC; b) Caso não seja o entendimento deste Egrégio Tribunal, requer a reforma da sentença recorrida reconhecendo-se a legitimidade passiva do espólio na pessoa do inventariante determinando-se o trâmite do processo.*" (f. 80).

O apelado, devidamente intimado, deixou de apresentar contrarrazões (f. 87).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Izabel Pinho de Oliveira Souza e outro contra sentença (fls. 67-69) que extinguiu, sem resolução do mérito, a ação de adjudicação compulsória ajuizada em desfavor de Manoel Corrêa do Nascimento Filho (Espólio).

A sentença combatida, naquilo que interessa ao julgamento do presente recurso, restou vertida nos seguintes moldes:

> *Conforme dito na inicial, o negócio de onde deriva a obrigação de fazer pretendida pelos Autores foi entabulado com os herdeiros de Manoel Correa do Nascimento Filho, e não com o falecido. (f. 68)*
>
> *Assim, resta evidente que a pretensão foi direcionada contra parte ilegítima, pois o espólio de Manoel Correa do Nascimento Filho somente teria obrigação de cumprir o ato de transferência do lote de terreno se o próprio inventariado, ainda em vida, o tivesse negociado com os requerentes, o que não é o caso. (f. 68)*
>
> *Aos herdeiros, cada qual segundo o próprio quinhão e porção de propriedade sobre o dito imóvel, é que cumpre o dever de outorgar aos autores as respectivas proporções de titularidade. (f. 68)*
>
> *Portanto, ainda que a hipótese fosse de contrato firmado com o falecido, a ilegitimidade do ora demandado se faria presente. (f. 69)*

Posto isso, considerando que o negócio de compra e venda do lote de terreno mencionado na inicial não foi entabulado com o inventariado Manoel Correa do Nascimento Filho, mas sim com seus herdeiros, quando em trâmite o processo de inventário daquele falecido, nos autos sob nº 0010902-05.2000.8.12.0001, acolho a preliminar trazida na contestação e reconheço e declaro a ilegitimidade passiva do Espólio de Manoel Correa do Nascimento Filho para responder pelo pedido de adjudicação compulsória de bem imóvel apresentado pelos adquirentes/Autores, José Martins de Souza e Maria Izabel Pinho de Oliveira Souza, e

declaro a extinção desta ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Por consequência, deixo de analisar as demais arguições existentes nos autos. (f. 69)

Da análise do processo verifico não merecer reforma a sentença proferida pelo magistrado singular, juiz Maurício Pedra Uski, que declarou a ilegitimidade passiva do Espólio de Manoel Correa do Nascimento Filho para responder pelo pedido de adjudicação compulsória de bem imóvel.

Nego, portanto, provimento ao recurso de apelação cível.

Com efeito, conforme depura-se do instrumento de compra e venda de fls. 12-14, os apelantes celebraram o negócio epigrafado com os herdeiros do Espólio apelado e não com quem de direito.

Ademais, compulsando os autos de inventário e partilha n. 0010902-05.2000.8.12.0001, verifica-se que a sentença de homologação de partilha foi proferida em 5.4.2010, o que permite concluir que, após esta data, o Espólio passou a ser parte ilegítima para figurar em processo que diz respeito aos bens partilhados.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMPUGNAÇÃO AO INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO, PARTE IMPUGNADA, CORRETAMENTE RECONHECIDA NA SENTENÇA RECORRIDA – ESPÓLIO QUE DEIXOU DE EXISTIR QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA FEITA NO INVENTÁRIO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *O espólio é figura jurídica que deixa de existir quando homologada a partilha dos bens, não possuindo legitimidade para figurar no polo ativo do incidente de cumprimento da sentença após findo o inventário.*[1]
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – PRETENSÃO DO ESPÓLIO, POR MEIO DE INVENTARIANTE, À EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA VENDA DE BEM – PARTILHA HOMOLOGADA ANTERIORMENTE – ILEGITIMIDADE DO INVENTARIANTE PARA POSTULAR EM NOME DO ESPÓLIO APÓS A HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA – JUSTIÇA GRATUITA –CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU – MANTIDA A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO.*
>
> *Encerrado o inventário, o espólio, cuja representação incumbe ao inventariante, não mais possui capacidade processual para postular em juízo.*
>
> *Após a homologação da partilha, os herdeiros devem postular em nome próprio.*
>
> *Mantém-se decisão prolatada em recurso de apelação, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe, que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.*[2]

Ora, na época da propositura da ação de adjudicação – consigne-se que a inicial não possui data expressa, sendo que na procuração assinada consta o dia 24.5.2013 – a partilha já encontrava-se homologada, ou seja, os herdeiros é quem obtiveram, a partir de então, legitimidade para figurar nas ações envolvendo os bens deixados pelo *de cujus*.

1 Apelação n. 0801956-82.2014.8.12.0045. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 21.7.2015.

2 Agravo Regimental n. 4007108-51.2013.8.12.0000/50000. Relator Des. João Maria Lós. Julgamento 5.11.2013.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por José Martins de Souza e Maria Izabel Pinho de Oliveira, mantendo intacta 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. Sérgio Fernandes Martins

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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 01 de setembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800248-39.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PRAZO INFERIOR A METADE EXIGIDA PELA LEI ANTERIOR – PRAZO DA NOVA LEI – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO DEMONSTRADA – FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL CONHECIDO DE OFICIO – PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIAL.

1. Não é possível o aproveitamento do tempo de sete anos de posse do imóvel anterior a entrada em vigor Código Civil/2012, porque este tempo é inferior a metade do prazo previsto na Lei anterior (vinte anos) e o novo Código trouxe prazo reduzido (quinze anos), regra prevista no artigo 2.028. Assim, observa-se as regras trazidas na nova Lei, a fim de aplicar por inteiro os novos prazos (quinze ou dez anos) a contar de sua vigência. 2. Para a aquisição por usucapião extraordinário é necessário a posse pelo prazo de 15 (quinze) anos, ainda que incompletos. 3. Não demonstrado nenhum dos requisitos para a redução do prazo previsto no parágrafo único do art. 1.238, vez que as partes não residiram no imóvel nem realizaram investimentos de caráter produtivo, carece o pedido de pressuposto indispensável, o que é declarado de ofício, acarretando com isso extinção do processo, sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de julho de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Dilce de Oliveira Machado e Vilmar Machado interpuseram recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de usucapião que movem em desfavor de Alda Olívia de Oliveira e Silva, Daniel Olsen, Dilma Silva de Siqueira, Dilva de Oliveira e Silva, Dirce Olsen, Eldemar Olsen, Eldemir Olsen, Esmeralda de Oliveira Lima, Esmeralda Josefina Olsen Mesa, Izabel Cristina Asumpção, Ítalo Renan Leandro da Silva, Lauro Olsen, Lavir Olsen, Luciene Olsen, Maria de Oliveira leandro, Mauro Olsen, Nelson de Matos Olsen, Nilson de Oliveira e Silva, Radir de Matos Olsen, Valta de Matos Olsene Wilson Oliveira e Silva, na qual foi julgado improcedente o pedido. Sustentam que embora o juízo *a quo* tenha aplicado o prazo previsto no novo Código Civil, a posse mansa e pacífica do imóvel usucapiendo iniciou em 1996, não podendo este prazo ser simplesmente "deixado de lado". Nesse diapasão, entendem que deve ser aplicada a regra prevista no art. 1.238 do Código Civil, estando preenchido o prazo para a

declaração da prescrição aquisitiva. Asseveram ainda que, mesmo que fosse considerado como termo inicial da posse a data da entrada em vigor do novo Código Civil, o pedido deveria ter sido julgado procedente, em razão da aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 1.238 do CC. Aduzem terem realizado várias benfeitorias no imóvel, como construção de muro e zelo do terreno para futura construção. Assim, entendem terem preenchidos todos os requisitos para a procedência do pedido. Pugnam pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 252-257). A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 268-273).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dilce de Oliveira Machado e Vilmar Machado, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de usucapião promovida contra Dilma Silva de Siqueira e outros, julgada improcedente.

De acordo com o juízo *"ad quo"* a prova produzida não demonstra a ocorrência da prescrição aquisitiva do direito a usucapião do imóvel descrito na inicial, daí porque declarou improcedente o pedido.

Fundamenta inclusive que como a posse iniciou-se 07 anos antes do novo CC., ou seja, menos da metade do prazo de 20 (vinte) anos estabelecido pela lei anterior, aplica-se as regras do novo Código Civil, iniciando-se com isso a contagem do prazo de 15 (quinze) anos a partir da sua entrada em vigor em 11/01/2003.

Com efeito, estatui o artigo 2.028 do Código Civil:

> *"Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".*

A meu juízo o julgador singelo tem razão em parte. Explico*:*

Analisando a prova produzida no decorrer da instrução, realmente não há como dizer que ocorreu a prescrição aquisitiva, posto que dos depoimentos testemunhais não há dúvidas quanto o início da posse (meados de 1996) até a entrada em vigor do CC/2002 (11.1.2003), onde transcorridos sete anos, menos da metade dos 20 (vinte) anos exigidos pela Lei anterior.

Diante disso, o correto é aplicar a nova regra e inicia-se a contagem a partir da sua entrada em vigor.

Nesse sentido, lição trazida por Francisco Eduardo Loureiro:

> *"No caso de prazo reduzido com porção igual ou inferior à metade consumado na antiga lei,* ***aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir de sua vigência****".* (Código Civil Comentado. Barueri: Manole. 2014. P. 1.132). Grifei.

Portanto, correta a contagem feita pelo juízo singular no que tange ao início da posse a partir da vigência da nova lei.

De outro norte, o disposto no parágrafo único do artigo 1.238 do CC reduz do prazo da usucapião de 15 (quinze) anos para dez anos nos casos em que nele for realizado obras:

> *"Art. 1.238.*
>
> *(...)*
>
> *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.". (Grifei).*

Acerca disso, decidiu o juízo singular que (f. 235):

> *"(...) A parte autora afirmou na inicial que adquiriu o imóvel urbano objeto do litigio através de contrato verbal celebrado no ano de 196. Em nenhum momento no decorrer do processo afirmou ou produziu provadas de que estabeleceu no imóvel sua moradia ou realizou obras de caráter produtivo, por isso, o prazo a ser considerando para a declaração da prescrição aquisitiva será de 20 anos ou de 15 anos.".*

Pois bem.

O legislador, em tal caso, encurta o prazo de usucapião, como estimulo a conduta socialmente relevante do possuidor. Para fins processuais é necessário preencher dois requisitos: quantitativo temporal (posse por 10 anos) e qualificativos (*animus domini*, constituição de moradia ou proveito produtivo do imóvel), todos previstos pelo artigo 1238, parágrafo único, do CC.

Todavia, da análise do conjunto probatório, entendo que os apelantes não lograram êxito em comprovar que realizaram investimentos (obras ou serviços) de caráter produtivo no local, e tampouco fizeram do imóvel sua moradia. Portanto, não atenderam a função social da posse para que tivessem o direito de redução do prazo de usucapião.

Neste sentido, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PRELIMINAR E INTEMPESTIVIDADE RECURSAL – TERMO INICIAL DA INTIMAÇÃO PESSOAL A DEFENSORIA PÚBLICA E COM PRAZO EM DOBRO – RECURSOS CONHECIDOS – MÉRITO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA ESPECIAL – ESTABELECIMENTO DE MORADIA – REDUÇÃO DE PRAZO – ART. 1.238 PARÁGRAFO ÚNICO CC/2002 – REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.029 – ACRÉSCIMO DE DOIS ANOS ÀS DEMANDAS AJUIZADAS NO PRIMEIRO BIÊNIO DE VIGÊNCIA DO ATUAL CC INDEPENDENTEMENTE DO PRAZO TRANSCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC DE 1916 – REGRAS QUE DIGNIFICAM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CC – CÔMPUTO DO PRAZO EM CURSO DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL – APLICAÇÃO DO PRAZO NO CC ANTERIOR QUANDO TRANSCORRIDO MAIS DA METADE DO PRAZO DURANTE A VIGÊNCIA DAQUELE – ART. 2.028 DO ATUAL CC – REQUISITOS CUMPRIDOS – PROVA DO INÍCIO DA POSSE MANSA E PACÍFICA COM ANIMUS DOMINI – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS COM O PARECER DA PGJ. I - O prazo para a interposição de recurso pela parte assistida pela Defensoria Pública, corre a partir da respectiva intimação pessoal daquela e não da intimação via diário oficial, cujo prazo deve ser computado em dobro, à luz do que preconizam os arts. 5º, §5º da Lei 1.060/50 e 128 da Lei 80/94.* ***II - A redução do lapso temporal promovida pelo art. 1.238, parágrafo único, aliada à regra específica de transição eleita pelo***

> ***legislador ordinário (art. 2.029 do Código Civil), agasalham e dignificam a função social da propriedade, cujo exercício pelo possuidor do imóvel acarreta consequências jurídicas diferenciadas, se comparadas àquelas decorrentes da posse desqualificada, sem destinação social necessária, como a prevista no caput do art. 1.238 e do art. 550 do CC de 1916. Precedentes do STJ.***
>
> *III - A conclusão, portanto, na interpretação da referida regra de transição estampada no art. 2.029 do CC é no sentido de que os prazos para a usucapião extraordinária especial sofrerão, até dois anos após a entrada em vigor do novo CC, um acréscimo de dois anos, pouco importando o tempo transcorrido durante a vigência do CC de 1916. IV - É possível a declaração de usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, com respaldo no art. 462 do CPC, notadamente com vistas à economia processual, a fim de que a tutela jurisdicional a ser entregue não seja uma mera resposta a formulações teóricas, com desprezo às circunstância fáticas que permeiam os autos. Precedentes do STJ. V - Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.". (*Apelação - Nº 0003677-26.2003.8.12.0001 - Campo Grande, 26/03/15. Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson). Grifei.

Diante de tais circunstâncias, a redução do prazo de prescrição aquisitiva, consoante prevê o citado parágrafo único, é impossível.

Por fim, entendo que a sentença ora recorrida, como dito inicialmente, merece ser reformada na parte em que, diante da falta da comprovação da prescrição aquisitiva, portanto ausência de demonstração pressuposto processual, torna os apelantes carecedores de ação, fato que obriga a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Diante disso, é oportuno consignar que a sentença que afasta o pedido declaratório de usucapião apenas por falta de requisito temporal não impede o posterior ajuizamento de nova demanda referente ao mesmo bem, por se tratar de relação continuativa o artigo 471, I, do CPC, o que permite revisão em razão da modificação no estado de fato e de direito posto que a causa de pedir é diversa.

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COISAS. BENS IMÓVEIS. USUCAPIÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS Á DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO.* ***INEXISTÊNCIA, TODAVIA, DE COISA JULGADA MATERIAL, TENDO EM VISTA O POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA. APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA DECLARADA. UNÂNIME****. (Apelação Cível Nº 70049600216, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 02/05/2013).".* (TJ-RS - AC: 70049600216 RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Data de Julgamento: 02/05/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2013). Grifei.

Assim, como a questão envolvendo pressuposto processual é de ordem pública, podendo portanto ser conhecida e decidida a qualquer tempo e de ofício, entendo que o caso é de reforma parcial da sentença ora recorrida para que ante a falta de demonstração do prazo necessário a usucapião, o processo seja declarado extinto, sem julgamento de mérito, propiciando que em ocorrendo o prazo legal oportunamente nova ação seja apresentada.

Ante o exposto, conheço e provejo em parte o presente recurso de apelação, reformando parcialmente a sentença ora recorrida para declarar extinto o processo, sem julgamento de mérito, mantendo seus demais termos.

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. 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, 21 de julho de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0815038-55.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO SEGURO DPVAT – SEGURADORA – DESPESAS MÉDICAS COMPROVADAS – REEMBOLSO DEVIDO – JUROS DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O EVENTO DANOSO E/OU DESEMBOLSO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verificando-se que a autora/apelada apresentou documentação suficiente para comprovação das despesas médicas, o seu reembolso é medida que se impõe.

2. Independentemente da natureza indenização (invalidez ou reembolso) os juros de mora incidirão desde a citação.

3. No que tange à correção monetária, aludido encargo deve ser a partir do evento danoso e não do ajuizamento da ação, como quer fazer crer a apelada.

APELAÇÃO CÍVEL – AUTORA – SEGURO OBRIGATÓRIO – INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE DO MEMBRO INFERIOR DIREITO – REPERCUSSÃO MÉDIA – APLICAÇÃO DA TABELA PREVISTA NA LEI N. 11.945/2009 NO PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ainda que o perito tenha quantificado a perda funcional do membro inferior em 30%, não se pode negar que a repercussão desse percentual na vida da autora não se enquadra como de natureza leve, principalmente se levarmos em consideração que a repercussão leve encontra-se delimitada em até 25% (art. 3º, § 1º, II, da Lei 6.194/74). Ademais, constou do laudo que a autora sofre de dores, hipotrofia muscular e diminuição de força, o que condiz mais com lesão de repercussão média. Consequentemente, verificando-se que de acordo com a tabela incluída pela Lei 11.945/2009, o percentual de perda funcional completa de um dos membros inferiores corresponde a 70% de R$ 13.500,00, e ainda, que a autora apresenta invalidez parcial permanente de média repercussão – 50%, tem-se que fará jus a R$ 4.725,00 (70% x R$ 13.500,00 x 50%).

2. O pedido de majoração para R$ 1.500,00 não se mostra razoável, se considerada a inexistência de complexidade em relação à matéria e o pequeno valor econômico envolvido na condenação. Daí que, nos termos do art. 20, § 3º e 4º, do CPC, há que serem majorados os honorários advocatícios para o montante de R$ 800,00.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de setembro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança que lhe move Graciele Cristina Batista. Sustenta que não merece ser mantida a condenação de complementação de indenização, relativa ao reembolso de DAMS, proferida pelo juízo singular, sendo imperiosa sua reforma para fins de exonerar a ora recorrente de qualquer obrigação indenizatória, visto que inexistentes documentos hábeis a comprovar o alegado. Aduz, ainda, que a correção monetária do valor devido deverá ocorrer à partir da propositura da ação, bem como os juros de mora sejam aplicados desde a citação. Ao final, pugna pelo provimento do apelo.

Por sua vez, a autora interpõe recurso de apelação pleiteando pela majoração do *quantum* indenizatório para o valor de R$ 4.725,00. Requer, ainda, a majoração da verba honorária.

Os recorridos apresentaram contrarrazões (f.163-168 e f.169-179|), pugnando pelo improvimento do recurso da parte adversa.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S.A, objetivando a reforma da sentença que julgou totalmente procedentes os pedidos formulados por Graciele Cristina Batista na presente ação de cobrança. Graciele Cristina Batista também interpôs recurso de apelação, objetivando a majoração do valor da indenização por invalidez para o montante de R$ 4.725,00.

Do recurso interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat SA.

Sustenta a apelante que em relação ao pedido de reembolso de despesas médicas e suplementares, não merece ser mantida a condenação, tendo em vista a inexistência de documentos hábeis a comprovar o alegado.

Pois bem, ao apreciar o pedido da autora de reembolso, o juiz *a quo* fez a seguinte exposição:

> *"(...) Compulsando detidamente os autos, verifico que a parte autora logrou êxito em demonstrar gastos na quantia de R$ 600,0 (seiscentos reais), conforme documentos de fls. 50 e 51, fazendo jus ao recebimento de tal verba, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei 6.194/74.Em que pese a impugnação da ré com relação ao recibo de fls. 51 sob o argumento de inexistência do nexo entre o acidente e as despesas médicas apresentadas em razão da ausência de prescrição médica, tenho que não merece prosperar. Pois bem. É possível extrair dos autos a necessidade da realização de fisioterapia, uma vez que foram prescritas também quando a autora se encontrava internada, consoante documento de fls. 29. Assim, deve ser acatado integralmente o seu pleito." (f.126-127)*

Frise-se que apesar da sentença ter-se referido expressamente ao documento de f.29, para validação do recebido de sessões de fisioterapia, não houve por parte da recorrente qualquer insurgência em relação àquele documento, limitando-se a afirmar que o recibo emitido no valor de R$ 500,00 fora produzido manualmente, sem caráter fiscal.

Com efeito, embora o documento de f. 29 não esteja datado, este vem acompanhando a documentação expedida pela Santa Casa, por ocasião do acidente de trânsito no qual se envolveu a autora. Portanto, como o prontuário médico não foi impugnado, agiu com acerto o juiz ao concluir que o documento de f. 29 corroboraria a necessidade de fisioterapia, cujo valor é objeto de reembolso (f. 51).

Já no que se refere ao valor de R$ 100,00, referente a locação de uma cadeira de rodas, a nota fiscal de f. 50 foi emitida em 07/01/2013, ou seja, pouco mais de um mês após o acidente (03/12/2012), o que é plenamente justificável, uma vez que a apelada sofreu fratura na tíbia, fíbula, pilão tibial e trauma no tornozelo, necessitando ser submetida a procedimentos médicos-cirúrgicos, com aplicação de placas e parafusos, ensejando na impossibilidade de sua locomoção.

Portanto, não merece reparos a sentença que condenou a seguradora ao ressarcimento da quantia de R$ 600,00, a título de restituição de despesas médicas.

No mais, insurge-se a apelante quanto a correção monetária, alegando que ao contrário do que restou fixado na sentença, aludido encargo deve ser aplicado desde a propositura da ação, enquanto que os juros de mora são devidos desde a citação.

Confira o dispositivo da sentença recorrida:

> *"(...) Ante o exposto, com resolução do mérito, nos termo do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido para o fim de condenar a ré a pagar à autora a indenização correspondente a R$ 2.835,0 (dois mil oitocentos e trinta e cinco reais), computando-se a correção monetária com base no IGPM-FGV a partir do evento danoso (03.12.2012) e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (01.07.2013). Condeno, ainda, ao pagamento da quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais) referente as despesas com a assistência médica devidamente comprovadas, que deverá ser corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora a razão de 1% ao mês, contados do efetivo desembolso."*

Note-se que em relação aos juros de mora, o juiz *a quo* fez uma diferenciação quanto ao momento da sua incidência em se tratando de valor indenizatório e reembolso de despesas.

Pois bem, em relação aos juros de mora, venho firmando entendimento no sentido de que estes são devidos no percentual de 1% a contar da citação, nos termos da súmula 426 do STJ, *"Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação."*

Vale ressaltar que ao sumular a matéria, a Corte Superior não fez qualquer diferenciação em indenização resultante de invalidez ou ressarcimento de despesas médicas.

No mesmo sentido, vem se firmando a jurisprudência:

> *"SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT)* ***REEMBOLSO DE DESPESAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR*** *- PROVA DO ACIDENTE E DO DESEMBOLSO REFORMA DA SENTENÇA - REEMBOLSO DEFERIDO EM PARTE DO VALOR POSTULADO LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO TETO LEGAL DE 8 SALÁRIOS MÍNIMOS VIGENTES À ÉPOCA DO DESEMBOLSO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DE ENTÃO* ***JUROS DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO*** *AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE SUCUMBÊNCIA DA RÉ, PELO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE REFORMA DA SENTENÇA. - Apelação provida em parte."* (TJ-SP - APL: 90506542320098260000 SP 9050654-23.2009.8.26.0000, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 27/03/2013, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/04/2013) destaquei.

> *"SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E SUPLRES. CESSÃO DE CRÉDITO À ENTIDADE HOSPITALAR. COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS. INDENIZAÇÃO QUE SÓ ENCONTRA LIMITE NO ART. 3º, LETRA C DA LEI N. 6.194/1974. INAPLICABILIDADE DE REGRAMENTOS INFRALEGAIS, DE TABELAMENTO DOS SERVIÇOS. JUROS DE MORA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO PAGAMENTO A MENOS. HONORÁRIOS OBEDIENTES AO MÍNIMO PREVISTO NO § 3º DO ART. 20 DO CPC. APLICAÇÃO EX OFFICIO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Apresentada a documentação comprobatória das despesas médicas e suplres, faz jus a cessionária ao reembolso dos serviços prestados, limitada a indenização aos oito (8) salários mínimos previstos no art. 3º, letra c, da Lei n. 6.194/1974. O reembolso, portanto, deve ser integral, respeitado o limite estabelecido em lei, e não com base em resoluções do CNSP ou da SUSEP, ausente a outorga legal de poderes para expedição de tabelamento ou padronização dos valores dos serviços prestados pela entidade hospitalar."* (TJ-SC - AC: 485316 SC 2006.048531-6, Relator: Cesar Abreu, Data de Julgamento: 16/09/2010, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Chapecó)

Portanto, independente da natureza indenização (invalidez ou reembolso) os juros de mora incidirão desde a citação.

No que tange à correção monetária, a respeito do momento em que deva incidir, tenho exarado o entendimento de que deve ser a partir do evento danoso, e não do ajuizamento da ação, como quer fazer crer a apelada.

Como se sabe, a correção monetária não constitui parcela que se agrega ao principal, mas simplesmente recomposição do valor e poder aquisitivo deste. Trata-se, apenas, na verdade, de nova expressão numérica do valor monetário aviltado pela inflação. Quem recebe com correção monetária não recebe um "plus", mas apenas o que lhe é devido, em forma atualizada.

Nesse sentido julgou esta turma:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – FIXAÇÃO DO SEGURO COM BASE NOS PARÂMETROS ESTIPULADOS PELA LEI N. 11.482/07 – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO COM BASE EM RESOLUÇÕES DO CNSP E TABELAS DA SUSEP –* ***CORREÇÃO MONETÁRIA – A PARTIR DO EVENTO – SÚMULA N. 43/STJ*** *– CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ART. 475-J DO CPC) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) A correção monetária é um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ. Para a contagem do termo inicial de quinze dias, para o cumprimento da sentença, faz-se necessária a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, nos termos do art. 240 do CPC."* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.022915-7 - Campo Grande – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva – J. 17.09.2009) (Destaquei).

Em verdade, a correção monetária visa a corrigir, simplesmente, a expressão monetária da obrigação, preservando o seu valor intrínseco, o poder aquisitivo da moeda. Portanto, a correção monetária é devida desde a data do acidente, ou seja, do efetivo prejuízo, para preservar o poder de compra do valor da indenização e, consequentemente, evitar o enriquecimento ilícito ou sem causa da seguradora.

Feitas essas considerações, é de ser conhecido o recurso de apelação interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S.A e ser parcialmente provido apenas para determinar que os

juros de mora sejam aplicados desde a citação, independentemente da natureza indenizatória (invalidez ou reembolso despesas médicas).

Do recurso interposto por Graciele Cristina Batista

Insurge-se a apelante ao argumento de que em conformidade com o laudo pericial, a limitação de membro inferior direito (perna e tornozelo) é de repercussão moderada (50%), ensejando em uma indenização de R$ 4.725,00.

Razão assiste a apelante.

Pelo que se vislumbra do quesito nº 04, restou expressamente consignado pelo perito:

> *"As debilidades permanentes apresentadas podem ser consideradas de natureza total, de repercussão intensa, grave ou moderada?*
>
> *R-**Moderada**." destaquei.*
>
> *Embora a expressão moderada signifique não excessiva, vale destacar que em seu parecer, o perito fez constar que:*
>
> *"Diante do quadro clínico apresentado pela periciada, de:*
>
> ***- dor no terço distal da perna e tornozelo direitos,***
>
> ***- hipotrofia dos músculos do membro inferior direito,***
>
> ***- diminuição de força,***
>
> ***- limitação de movimentos de flexo-extensão do tornozelo direito;***
>
> *- sequelas de fatura exposta cominutiva de perna e tornozelo direitos;*
>
> *- lesões com nexo de causalidade compatível com acidente descrito na inicial;*
>
> *- é do parecer de que a mesma é portadora de incapacidade funcional parcial e permanente do membro inferior direito na proporção de 30% (trinta por cento)."* destaquei.

Ora, ainda que o perito tenha quantificado a perda funcional do membro inferior em 30%, não se pode negar que a repercussão desse percentual na vida da autora não se enquadra como de natureza leve, principalmente se levarmos em consideração que a repercussão leve encontra-se delimitada em até 25% (art. 3º, § 1º, II, da Lei 6.194/74). Ademais, constou do laudo que a autora sofre de dores, hipotrofia muscular e diminuição de força, o que condiz mais com lesão de repercussão média.

Com efeito, não estado o juiz adstrito à conclusão do laudo pericial (art. 436, do CPC), há que se aplicar ao caso em tela o inciso II, do parágrafo primeiro, da Lei 6.194/74, segundo o qual:

> *"(...) quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista no inciso I deste parágrafo, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) para as perdas de repercussão intensa, **50% (cinquenta por cento) para as de média repercussão,** 25% (vinte e cinco por cento) para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de 10% (dez por cento), nos casos de sequelas residuais." destaquei.*

Consequentemente, verificando-se que de acordo com a tabela incluída pela Lei 11.945/2009, o percentual de perda funcional completa de um dos membros inferiores corresponde a 70% de R$ 13.500,00, e ainda, que a autora apresenta invalidez parcial permanente de média repercussão – 50%, tem-se que a mesma fará jus a R$ 4.725,00 (70% x R$ 13.500,00 x 50%).

Já no que se refere ao pedido de majoração dos honorários advocatícios, estando a sucumbência regulamentada pelas normas que regem o processo civil, tem-se que, nos termos do § 4º do art. 20, do CPC:

> *"**Nas causas de pequeno valor**, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda 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**." destaquei.*

Portanto, considerando-se o valor da condenação inicialmente fixada em R$ 2.835,00 e elevada para R$ 4.725,00 em razão do acolhimento do apelo da autora, tem-se que ao fixar os honorários advocatícios em 10% sobre aludida quantia, o juiz *a quo* desconsiderou não só trabalho realizado pelo advogado, como também o tempo exigido para o seu serviço, uma vez que desde a propositura da ação até a sentença, decorreu mais da ano.

Por outro lado, o pedido de majoração para R$ 1.500,00 não se mostra razoável, se considerada a inexistência de complexidade em relação à matéria e o pequeno valor econômico envolvido na condenação. Daí que, nos termos do art. 20, § 3º e 4º, do CPC, há que serem majorados os honorários advocatícios para o montante de R$ 800,00.

Confira a jurisprudência:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO. 1. "Embora o julgador não esteja adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos para as hipóteses em que há condenação, deve ele se basear nos parâmetros descritos no art. 20, § 3º, 'a', 'b' e 'c', do CPC" (REsp 1.042.756/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 3/10/11). 2. Agravo regimental provido para fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre valor atualizado da causa."(*STJ - AgRg no AREsp: 291898 RS 2013/0025892-2, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 17/10/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 07/11/2013)

E ainda,

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE VERBA SUCUMBENCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. **Os honorários advocatícios devem ser fixados com base na natureza da matéria, na sua complexidade, no tempo despendido pelo procurador da parte, e, principalmente, de forma proporcional ao valor principal da condenação.** Inobstante o valor da condenação não seja considerável e, por conseqüência não o serem os honorários, deve-se ter presente que os honorários são acessórios da condenação e não um fim em si mesmo, não podendo os honorários advocatícios ser arbitrados em valor próximo ao montante da condenação a que foi beneficiada a parte autora da ação de conhecimento. Os honorários devem guardar proporcionalidade com o valor da condenação. Agravo De Instrumento A que se dá Provimento.* (Agravo de Instrumento Nº 70059824623, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 20/05/2014) frisei

Diante do exposto conheço do recurso de apelação interposto por por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S.A e dou-lhe parcial provimento apenas para determinar que os juros de mora

sejam aplicados desde a citação, independentemente da natureza indenizatória (invalidez ou reembolso despesas médicas). No mais, conheço do recurso de apelação interposto por Graciele Cristina Batista e dou-lhe parcial provimento para o fim de fixar a indenização decorrente de invalidez parcial permanente em R$ 4.725,00 e majorar os honorários advocatícios para R$ 800,00.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 08 de setembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0816045-48.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – APLICAÇÃO DA *PACTA SUNT SERVANDA* EM ATENÇÃO AO CDC – MITIGADO – ATRASO NA ENTREGA DA OBRA – RETENÇÃO DE VALORES PAGOS PELO COMPRADOR – INDEVIDA – DEVOLUÇÃO INTEGRAL – RECURSO IMPROVIDO.

A revisão contratual se justifica em razão das normas do Código de Defesa do Consumidor, que vedam a aplicação de cláusulas abusivas, as quais tornam o contrato excessivamente oneroso para o consumidor, o que é vedado pelo Novo Código Civil. Assim, com o advento das leis mencionadas, o princípio do *pacta sunt servanda*, indiscutivelmente, restou mitigado.

A pretensão de rescisão do contrato foi motivada pelo descumprimento do prazo de entrega da obra, ou seja, por culpa exclusiva das requeridas. Dessarte, ante a ausência de culpa ou desistência do contrato por parte da autora, não se mostra justo nem razoável que ela seja penalizada com a perda de parte dos valores dispendidos para aquisição do imóvel. Retenção que se mostra abusiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

MB Engenharia SPE 042 S/A e Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S.A interpuseram recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual, c/c restituição de valores e indenização por danos materiais e morais, que lhes move Nadir Conde Neves, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial. Sustentam, em síntese, que no momento da formalização do contrato a apelada teve plena ciência das condições contratadas, ou seja, assinou referido contrato o qual estipula corretamente a forma de pagamento, os valores, respectivos vencimentos condições para rescisão, não se desincumbindo do ônus de comprovar a existência do pretenso vício de vontade apto a invalidar o negócio entabulado. Portanto, quando da assinatura do contrato a autora tinha plena ciência dos percentuais de retenção dos valores pagos em caso de rescisão, os quais tem o condão de compensar a parte prejudicada no negócio. Aduzem que não há razão para se alegar ausência de boa-fé ou aplicação do Código do Consumidor para proteger os compradores que adquiriram imóvel e querem rescindir o contrato em desacordo com a obrigação assumida, o que viola o princípio do pacta sunt servanda. Afirmam que não se opõem à rescisão do contrato, no entanto, está deverá ocorrer de acordo com os termos do que foi entabulado, não havendo que se falar em abusividade da Cláusula 6.4 que prevê a devolução de 40% do

valor pago. Caso não seja este o entendimento, deve-se fixar uma retenção de 25% das quantias pagas pela autora. Ao final, pugnam pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pelo improvimento (f.233-237).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por MB Engenharia SPE 042 S/A e Brookfield Centro Oeste Empreendimentos Imobiliários S.A em face da sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual, c/c restituição de valores e indenização por danos materiais e morais, que lhes move Nadir Conde Neves, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Versa a lide sobre contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel, onde houve atraso na sua entrega pela construtora vendedora, cuja previsão era para dezembro de 2013, porém até a data do ajuizamento da ação (maio/2014) não havia sido entregue. Requereu a declaração de nulidade da cláusula oitava do item 8.3 das cláusulas gerais; condenação das requeridas em todas as parcelas pagas devidamente atualizadas pelo IGPM/FGV a partir de cada desembolso, acrescidos de juros de mora a partir da citação, bem como em danos materiais e morais.

Como relatado, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, para o fim de declarar rescindido o contrato compromisso particular de compra e venda de edificação a prazo, firmado entre as partes; condenar as requeridas à restituírem os valores pagos, em parcela única e de forma imediata, acrescidas de correção monetária pelo índice IGMP/FGV, a partir dos respectivos desembolsos e juros de mora de 12% ao ano a partir da citação.

Pois bem.

No caso, denota-se que as apelantes não se insurgem contra a rescisão contratual declarada pela sentença. Nas razões recursais somente foi pleiteada a reforma da decisão para que seja permitida a retenção de 40% (quarenta por cento) do total dos valores pagos pela apelada, conforme previsão da Cláusula Contratual 6.4 e, caso não seja este o entendimento, deve-se fixar a retenção em 25%.

Sem razão a súplica.

Consigno, inicialmente, que a revisão contratual se justifica em razão das normas do Código de Defesa do Consumidor, que vedam a aplicação de cláusulas abusivas, as quais tornam o contrato excessivamente oneroso para o consumidor, o que, outrossim, é vedado pelo Novo Código Civil. Cumpre esclarecer que, com o advento das leis mencionadas, o princípio do *pacta sunt servanda*, indiscutivelmente, restou mitigado. Além do que é de se reconhecer que tal princípio desenvolveu-se como conseqüência natural do princípio da liberdade contratual, naquela concepção de que todos são livres e iguais em direitos.

Contudo, atualmente não se há de negar que tal princípio entrou em declínio, vez que a igualdade entre as partes contratantes, em muitos casos, dá-se apenas no plano da teoria. E, evidentemente, em casos de desigualdade material quase sempre ocorre a exploração por aquela que se apresenta economicamente mais avantajada sobre a mais necessitada.

A propósito, os contratos de adesão, como a hipótese dos autos, configuram, sem dúvida, a desigualdade entre as partes, uma vez que a vontade do contratante se reduz ao mínimo, já que, com cláusulas contratuais prontas e previamente impressas, elaboradas por uma das partes contratantes e submetidas, ou

melhor, impostas à aceitação da outra, a alternativa é aceitar em bloco tais cláusulas, pois não há espaço para a discussão isolada de cada uma delas. A liberdade contratual, com isso, torna-se apenas um ideal, pois não há espaço para a discussão do pacto.

Com isso, as razões que informavam o princípio da força obrigatória do contrato - *pacta sunt servanda* - pertencem a outra realidade, não podendo o princípio ser imposto de forma generalizada a todos os contratos. Assim, se a situação está alterada, por evidente que outros devem ser os princípios norteadores das relações jurídicas. Tanto é que atualmente prevalece o princípio da relatividade do contrato, segundo o qual o contrato muda, evolui, segundo o contexto econômico-social em que está inserido.

Cumpre, com isto, ao Judiciário, o efetivo resguardo da comutatividade contratual, afastando o rigor do *pacta sunt servanda*, atendo-se mais à igualdade efetiva das partes e suas legítimas expectativas. A conseqüência natural, pois, é a revisão das cláusulas do contrato, sempre que estas, pela desigualdade das partes no momento de contratar, possam causar prejuízos à outra mais necessitada.

Desta maneira, afigura-se possível a adequação do contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel aos ditames legais.

Da atenta leitura do caderno processual, extrai-se que a pretensão de rescisão do contrato foi motivada pelo descumprimento do prazo de entrega da obra, ou seja, por culpa exclusiva das requeridas.

Dessarte, ante a ausência de culpa ou desistência do contrato por parte da autora, não se mostra justo nem razoável que ela seja penalizada com a perda de parte dos valores dispendidos para aquisição do imóvel.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão:

> *"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, CUMULADA COM PERDAS E DANOS E DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA EMPRESA PELO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. RESCISÃO PROCEDENTE. RESTITUIÇÃO INTEGRAL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. JUROS DE MORA. CÁLCULO. CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.062. CÓDIGO CIVIL ATUAL, ART. 406. INCIDÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS REJEITADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. CPC, ART. 21.I. Procede o pedido de rescisão de compromisso de compra e venda, com a* ***restituição integral****, pela ré, das parcelas pagas, quando demonstrado que a incorporadora foi responsável pela frustração do contrato em virtude de* ***atraso na conclusão da obra****, afastada a hipótese de culpa concorrente (Súmula n. 7-STJ). (...)IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.* (STJ - REsp 745.079/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 373 RIOBDCPC vol. 51, p. 24).

No mesmo sentido, esta Câmara Cível:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE HABITACIONAL – INADIMPLEMENTO POR CULPA EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA –* ***DEVOLUÇÃO DA INTEGRALIDADE DOS VALORES PAGOS PELO PROMITENTE COMPRADOR – NECESSIDADE*** *- SERVIÇO DE CORRETAGEM E SERVIÇO DE ACOMPANHAMENTO TÉCNICO – APLICAÇÃO*

DO CDC – COBRANÇA ABUSIVA – DEVER DE RESTITUIÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS - 5ª Câmara Cível -Apelação Nº 0034811-90.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - J. 10 de abril de 2014) (frisei).

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Ante o exposto, conheço mas 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. 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, 25 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0075427-44.2010.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – NULIDADE DE FIANÇA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – ALEGAÇÃO QUE SÓ PODE SER FEITA PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU CONCORDÂNCIA – EXONERAÇÃO DA FIANÇA – CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em anulação da fiança em razão da ausência de outorga uxória, quando o próprio fiador a alegar, em respeito ao artigo 1.650 do Código Civil.

Em se tratando de contrato por prazo determinado, a fiança só cessa com o advento da obrigação principal, uma vez que possui natureza acessória à obrigação principal.

Se o agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada no recurso de apelação cível e não traz novas razões ou não aponta erro ou injustiça na decisão monocrática, esta deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de agosto de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Maurício Picarelli, inconformado com a decisão monocrática proferida no recurso de apelação cível interposto nos autos da ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis c/c rescisão contratual, que lhe moveu Morais dos Santos Empreendimentos e Administração de Imóveis Próprios Ltda., interpõe o presente regimental.

Alega, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, ocasionando violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, devendo ser anulada a sentença.

No mérito, assevera que é nula a fiança, tendo em vista a ausência da outorga uxória, nos termos da súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça. Alternativamente, pede que seja possibilitado o direito para o cônjuge suscitar a arguição de nulidade.

Sustenta que se exonerou da fiança, por se tratar de contrato com prazo indeterminado, tendo o fiador se eximido do cargo, conforme o artigo 835 do Código Civil.

Aduz que é nula a cláusula 8ª, parágrafo primeiro, alínea 'a', pela qual o fiador abdica do direito à exoneração da fiança.

Ao final, postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. Relatora

Maurício Picarelli, irresignado com a decisão monocrática que deu parcial provimento ao recurso de apelação, interpõe o presente regimental.

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> *"(...) É o relatório. Decido.*
>
> *Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Maurício Picarelli contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis c/c rescisão contratual, movida por Morais dos Santos Empreendimentos e Administração de Imóveis Próprios Ltda.*
>
> *Passo à análise da sentença objurgada.*
>
> *Preliminarmente*
>
> *Do cerceamento de defesa*
>
> *Pretende o apelante, inicialmente, a anulação da sentença, sustentado que o julgamento antecipado da lide cerceou-lhe o direito de defesa, impedindo-o de produzir as provas necessárias ao deslinde dos pontos controvertidos.*
>
> *Sem razão, contudo.*
>
> *A meu ver, não restou caracterizado o alegado cerceamento de defesa, uma vez que ao juiz compete decidir antecipadamente a lide sempre que entender presentes as provas necessárias para formar seu convencimento, mormente, quando o processo tenha sido instruído com documentos suficientes para embasá-lo.*
>
> *Também nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *"1. O* ***julgamento antecipado da lide*** *(art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (Precedentes) 2.* ***O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, valendo-se o magistrado do seu livre convencimento, que utiliza-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, rejeitando diligências que delongam o julgamento desnecessariamente. Trata-se de remédio processual que conspira a favor do princípio da celeridade do processo."*** (STJ, Primeira Turma, AGRESP 417830 / DF, rel. Min. Luz Fux, j. 17.12.2002, DJ 17.02.2003, p. 228 - grifei)

Aliás, verifica-se dos autos que o magistrado, ao proferir sua decisão, esclareceu que (fl. 397):

"E nesse, diapasão, anote-se que as provas documentais carradas ao feito, acrescidas das alegações das partes, mostram-se suficientes para o pronunciamento judicial (art. 130 do CPC), de modo que o feito, então, comporta julgamento de forma antecipada, nos moldes do art. 330, I, do CPC, o que se passa a fazer por ordem de prejudicialidade, sobretudo à vista da desnecessidade da oitiva de testemunhas, do depoimento pessoal da parte autora e da juntada de novos documentos.

'Na linha de precedentes do STJ, presentes as condições para o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), é dever do magistrado, e não apenas uma faculdade, assim proceder. TJMS – Apelação nº 005753-84.2010.8.12.0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Unânime. DJ 22.01.2014.'

'Achando-se o feito em condições de julgamento antecipado, sem necessidade de colheita de novas provas, a prolação da sentença nem sequer é uma faculdade, mas uma obrigação, à vista dos princípios da economia e celeridade processuais. TJMS – 3ª Turma Cível, AC nº 2008.013126-8, Rel. Rubens Bergonzi Bossay. J. 28.07.2008'" (sic)

Assim, considerando que as provas são produzidas com uma finalidade, qual seja, formar a convicção do juiz sobre determinados fatos, impõe-se que somente os acontecimentos relevantes para a solução da lide devem ser comprovados.

Acrescento, inclusive, que os autos encontram-se sobejamente instruídos com documentos suficientes, não havendo necessidade de novas provas, sendo que a ausência de instrução, a meu ver, não gera prejuízos para as partes, inclusive considerando a natureza do direito que se pretendeu outras provas.

Por esses motivos, afasto a arguição prefacial.

Do mérito

Da ausência de outorga uxória

Entende o apelante que a fiança prestada no contrato de locação ora discutido é nula, tendo em vista a ausência de outorga de seu cônjuge.

Razão não lhe assiste.

Nos termos do artigo 1.647, inciso III do Código Civil, "nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança ou aval". O art. 1.649 prevê que "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal".

Desta feita, não há que se falar em anulação da fiança em razão da ausência de outorga uxória, quando o próprio fiador a alegar, conforme lição do art. 1.650 do mesmo Código: "a decretação de invalidade dos atos pratidcados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros".

Neste sentido é a lição de Maria Helena Diniz:

Anulação de ato praticado sem outorga uxória ou marital ou sem seu suprimento judicial. Se o cônjuge vier a praticar um dos atos especificados no art. 1.647, sem obter a

outorga do outro ou o suprimento judicial dessa autorização (CC, ar. 1.648), ter-se-á sua anulação por sentença judicial, proferida em ação própria, pelo consorte lesado ou pelos seus herdeiros. Tal sentença terá eficácia ex nunc; respeitar-se-ão os efeitos já produzidos pelo ato anulado. As coisas deverão retornar, na medida do possível, ao estado anterior ao ato que foi anulado, e o consorte que deu causa a essa anulação, por ter excedido aos seus poderes, deverá responder, individualmente, pelos danos causados àquele com quem ilegalmente veio a efetivar o negócio[1]

Não é diverso o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo colacionados:

CIVIL. LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.483 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E AO ART. 586 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. VÍCIO QUE INVALIDA TOTALMENTE A GARANTIA, MAS QUE SÓ PODE SER ALEGADO PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU A VÊNIA CONJUGAL. PRECEDENTES. 1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no enunciado da Súmula 211/STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. 2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro. 3. ***No caso dos autos, todavia, a falta da vênia conjugal foi argüida tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite****, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.* (REsp nº 832.669/SP, Rel. Min, Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, Julgado em 17.05.2007) (destaquei)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA – OCORRÊNCIA – CORREÇÃO AOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL – FIANÇA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – ILEGITIMIDADE DO CÔNJUGE AUTOR DA FIANÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso de julgamento ultra petita a sentença deve ser corrigida, no excesso, sempre que possível e desde que não acarrete supressão de instância, adequando-se aos parâmetros do pedido proposto na petição inicial.A legitimidade para pleitear anulabilidade de fiança, prestada sem outorga uxória, é exclusiva da mulher ou de seus herdeiros, não sendo lícito ao cônjuge que a prestou fazê-lo. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Cível nº 2006.009771-9, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 1 Turma Cível, Julgado em 03.03.2009)

Assim sendo, a cônjuge do fiador deverá, querendo, requerer a anulação da fiança em ação declaratória própria, não sendo cabível seu chamamento na presente demanda para suscitação de tal invalidação.

Da exoneração da fiança

Tampouco merece prosperar a alegação acerca da exoneração da fiança.

1 *In* Código Civil anotado. São Paulo, Saraiva, 12ª ed. rev. e atual., 2006.

Conforme contrato juntado às fls. 54/59 dos autos, em sua cláusula segunda, "a locação é feita pelo prazo de 60 (sessenta) meses iniciando-se em 01 de janeiro de 2010 para terminar em 30 de dezembro de 2014, quando o imóvel deverá ser desocupado e devolvido, independentemente de qualquer aviso, notificação e/ou interpelação de qualquer natureza, mesmo extrajudicial" (fl. 54).

Trata-se, claramente, de contrato de locação de imóvel com prazo determinado. Assim, a fiança, cuja natureza é acessória, só cessa com o advento da obrigação principal.

Nem há que se falar na notificação pelo apelante, ao credor acerca de sua exoneração. Tal figura só é possível nos casos em que a obrigação possui prazo indeterminado, nos termos do art. 835, in verbis: "O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor".

Nas palavras de Flávio Tartuce, "trata-se de norma especial, aplicável para a fiança sem prazo determinado ou, em outras palavras, para a fiança celebrada com prazo indeterminado[2]*. Assim sendo, não é possível declarar nula a Cláusula Oitava, parágrafo primeiro, alínea 'a', que trata acerca da desistência da exoneração prevista pelo artigo 835 do Código Civil, tendo em vista que tal disposição não se aplica ao caso em tela.*

Da compensação de honorários

Quanto à possibilidade de compensação de honorários advocatícios, entendo que assiste razão ao recorrente.

O dispositivo da decisão singular restou assim redigido, in verbis:

"No mais, à vista da sucumbência recíproca (art. 21), condeno a parte autora ao pagamento de 20% das custas/despesas processuais e aos réus o restante (80%). Quanto aos honorários, à vista da matéria em discussão, ausência de instrução, trabalho desenvolvido e atendendo a critérios de equidade e ainda considerando que o valor da condenação de mostra de vulto, nos termos do art. 20, §4º do CPC, fixam-se-os em R$12.000,00, devendo a parte autora pagar ao patrono da ré 20% destes e os réus ao patrono da parte autora o restante (80%)m ficando determinada a compensação da aludida verba nos termos da Súmula nº 306 STJ" (fl. 404)

Em que pese o conteúdo da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, bem como sua jurisprudência reiterada, reputo correto o entendimento segundo o qual, restando vencedores e vencidos na demanda, as despesas e os honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente entre as partes litigantes, não se admitindo a compensação.

Isso porque, conforme a Lei nº 8.906/94, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, constituindo verba de natureza alimentar.

Destarte, evidenciada a natureza alimentar da verba honorária, equiparável ao salário, resta impossibilitada a compensação fixada na decisão singular.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, tão somente para excluir a possibilidade de compensação dos honorários advocatícios, mantendo-se os demais termos da sentença invectivada."

2 *In* Manual de Direito Civil. São Paulo: Ed. Método, 4ª ed., 2014.

A decisão singular bem analisou todas as questões postas via apelação cível, não logrando o recorrente trazer na petição do regimental, qualquer argumento que me fizesse rever a combatida decisão.

Consigno, inclusive, que o recorrente limitou-se a rebater a decisão singular com os mesmos argumentos expostos por ocasião das razões da apelação, o que me conduz a reafirmar meu posicionamento já externado por ocasião da decisão denegatória de seguimento.

Ante o exposto, conheço, mas nego provimento ao regimental, mantendo integralmente a decisão monocrática invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 04 de agosto de 2015.

***

3ª Seção Cível
Embargos Infringentes n. 0500544-61.2006.8.12.0049/50000 - Água Clara
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO DE PASSAGEM – ART. 1.378 DO CC – INDEPENDE DE ENCRAVAMENTO – TITULAÇÃO DESNECESSÁRIA – SERVIDÃO APARENTE – PERMANÊNCIA E CONTINUIDADE DEMONSTRADAS – SÚMULA 415 STF – ESBULHO E POSSE COMPROVADOS – RECURSO PROVIDO.

No presente caso, há que se distinguir a "passagem forçada", jungida ao direito de vizinhança, da "servidão de passagem", instituto protegido pelos direitos reais e previsto no art. 1.378 do CC, tendo em vista que a servidão de passagem prescinde de encravamento.

É cediço que a jurisprudência há muito afasta a necessidade de titulação para se caracterizar a existência de servidão de passagem, desde que comprovada a aparente servidão permanente, como se mostrou nos autos por intermédio das provas testemunhais colhidas, algumas inclusive, com relevantes trechos transcritos na sentença e no voto dissidente, motivo pelo qual a proteção possessória é medida que se impõe.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 17 de agosto de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Jonas Marques Monteiro e outra interpõem embargos infringentes contra o acórdão proferido pela c. 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça que, por maioria, nos termos do voto do Relator, deu provimento ao Recurso de Apelação interposto por Isaac Monteiro de Pinho, reformando a sentença de primeiro grau, para o fim de afastar o esbulho possessório sobre servidão de passagem.

Assevera que o acórdão embargado, por maioria, reformou a sentença de primeiro grau, devendo prevalecer o voto dissidente proferido pelo e. Des. Dorival Renato Pavan, que entendeu pela manutenção da sentença que julgou procedente o pedido de reintegração de posse, para garantir o direito de passagem decorrente de servidão de trânsito.

Aduz que as provas do processo levam à conclusão de que *"embora o imóvel não esteja encravado, porque havia uma outra saída por uma outra estrada, muito mais longa e cheia de percalços, a realidade é que havia uma servidão de trânsito, e a prova testemunhal é reveladora dessa circunstância."*

Afirma que a servidão de trânsito independe de encravamento e, por se tratar de direitos reais, basta que seja comprovada a posse, o esbulho, a data do esbulho e a perda da posse, elementos estes que restam comprovados nos autos.

Por fim, requer o provimento dos embargos infringentes, para que seja reformado o acórdão recorrido, a fim de prevalecer o entendimento lançado no voto dissidente, bem como na sentença de primeiro grau.

O embargado apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Jonas Marques Monteiro e outra contra o acórdão que, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação manejado por Isaac Monteiro de Pinho em seu desfavor, contra a sentença proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse n.º 0500544-61.2006.8.12.0049, que julgou procedente a demanda.

A presente ação de Reintegração de Posse foi ajuizada pelos embargantes com a pretensão de ver reconhecido o esbulho e garantido o direito de passagem decorrente de servidão de trânsito, em razão de que por anos sempre se utilizaram da estrada que passa pelas terras do embargado para que as suas tenham acesso à BR 060, contudo, por motivos desconhecidos, foi colocado cadeado na porteira que faz divisa das propriedades, a mando do embargado.

Os argumentos lançados no bojo dos embargos infringentes são de que não se está a discutir passagem forçada, tutelada pelo direito de vizinhança, mas sim servidão de trânsito, que prescinde do encravamento do imóvel, bastando que seja caracterizada a relação possessória, como acredita ter ocorrido.

Em que pese a fundamentação do voto condutor do acórdão, tenho que as alegações lançadas nos embargos infringentes, assim como no voto dissidente do acórdão recorrido e na sentença de primeiro grau merecem prevalecer.

Isto porque como bem anotou a Julgadora de primeiro grau, no presente caso, há que se distinguir a "passagem forçada", jungida ao direito de vizinhança, da "servidão de passagem", instituto protegido pelos direitos reais e previsto no art. 1.378 do CC, *verbis*:

> *"Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subseqüente registro no Cartório de Registro de Imóveis."*
>
> *"Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião."*

Nesse sentido tem sido o posicionamento recente do STJ, consoante explica a decisão monocrática recentemente proferida pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 149.215 - MG (2012/0039025-8)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

(...)

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial. O apelo extremo, interposto por PAULO RICARDO DE FREITAS ESTIDES, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SERVIDÃO DE PASSAGEM - ATO DE MERA TOLERÂNCIA - IMÓVEL NÃO ENCRAVADO - EXISTÊNCIA DE OUTRA PASSAGEM - DIREITO NÃO RECONHECIDO. Não tendo a servidão de trânsito sido constituída em favor do requerente, ao qual foi permitida a utilização por ato de mera tolerância do proprietário do imóvel vizinho e real titular da servidão, bem como não estando o imóvel daquele encravado, diante da existência de outro acesso à via pública, não há como ser reconhecido em favor do requerente o direito à posse, ou à sua reintegração nesta, da servidão de passagem descrita nos autos."

O agravante alega violação dos artigos 535, 458, 128 e 530 do Código de Processo Civil e 1.285 e 1.378 do Código Civil.

Afirma que o acórdão é omisso, que o fundamento do acórdão acerca da existência de mera tolerância não foi devolvido pela parte e que estão preenchidos os requisitos para a servidão.

É o relatório. Decido.

Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do recurso especial.

Com parcial razão o recorrente.

O agravante ajuizou ação de reintegração de posse de servidão de passagem em face dos recorridos, como se colhe do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

"Paulo Ricardo de Freitas Estides, pretende ver-se reintegrado na posse da servidão de trânsito existente no imóvel rural de propriedade dos embargantes, para o transporte de seu gado de uma propriedade para outra e também para a via pública, ao argumento de não existir outro acesso disponível e que seja tão prático e rápido para referido transporte, bem como que possuiria o direito à servidão em questão, pelo fato de ter adquirido parte do imóvel denominado "Fazenda Chácara Paraíso" sem qualquer alteração na servidão de trânsito anteriormente constituída em favor do falecido Joaquim Barbosa dos Reis Filho, de quem a embargante Maria Aparecida é viúva" (e-STJ fl. 522).

O Tribunal estadual, em sede de embargos infringentes, acolheu o recurso, fazendo prevalecer o voto minoritário da apelação, para julgar improcedente o pedido possessório acatando os argumentos dos réus, então embargantes, de "não serem obrigados a aceitar a servidão em sua propriedade pelo fato de não se tratar de um imóvel encravado considerando a existência de outro acesso/passagem à via publica passível de utilização pelo autor/embargado, nos termos do art. 1.285 do CC" (e-STJ fl. 521).

Assim, consignou "que o art. 1.285 do CC dispõe claramente que apenas o dono de prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto poderá, mediante o pagamento de uma indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário, regra que não se aplica na hipótese de a passagem apenas se mostrar mais prática e rápida, como é o caso dos autos" (e-STJ fl. 524).

De fato, não é mesmo essa a regra que se aplica à hipótese, haja vista que a passagem forçada é direito de vizinhança e exige que imóvel beneficiado esteja encravado, sem acesso a via pública, nascente ou porto.

A servidão de trânsito, de outro lado, destina-se a proporcionar utilidade ao prédio dominante, como ensina o artigo 1.378 do Código Civil e cujos requisitos possessórios estão descritos no artigo 1.379 e parágrafo único do mesmo Código, não sendo necessário que o imóvel esteja encravado, como já se decidiu.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (Súmula nº 7/STJ)

O direito real de servidão de trânsito prescinde do encravamento do imóvel dominante. Precedentes.

Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 431.929/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 13/04/2004, DJ 01/07/2004, p. 201)

"Recurso especial. Processual civil e civil. Prequestionamento. Ausência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Reexame de prova. Servidão de trânsito. Obras. Contínua e aparente. Proteção possessória. Possibilidade. Encravamento do imóvel dominante. Desnecessidade.

Não se conhece o recurso especial quanto a questões carentes de prequestionamento.

A ausência da confrontação analítica dos julgados, assim como dessemelhança dos casos confrontados, enseja o não-conhecimento do recurso especial pela letra "c" do permissivo constitucional.

Na via especial, é inadmissível a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo tribunal a quo.

É passível de proteção possessória a servidão de trânsito tornada contínua e aparente por meio de obras visíveis e permanentes realizadas no prédio serviente para o exercício do direito de passagem.

O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto." (REsp 223.590/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2001, DJ 17/09/2001, p. 161)

"SERVIDÃO DE PASSAGEM. CARACTERIZAÇÃO. SINAIS EXTERIORES DO ANTIGO CAMINHO. PROVA HÁBIL.

Segundo enuncia a súmula nº 415-STF, 'servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória'. Admissão das provas pericial e testemunhal para fins de caracterizar-se a existência da servidão, não se exigindo para tanto a efetivação de qualquer outro ato formal.

Recurso especial não conhecido." (REsp 98.695/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 04/11/1999, DJ 17/12/1999, p. 371)

> *Nesses termos, caberia à Corte de origem examinar o pedido possessório da servidão nos termos da fundamentação supra e não com fundamento no direito à passagem forçada.*
>
> *A questão, todavia, imprescinde do reexame de fatos, o que não pode ocorrer neste Superior Tribunal, de modo que cabe ao Tribunal de origem reexaminá-la.*
>
> *Diante do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão de embargos de declaração opostos ao acórdão de embargos infringentes e determino ao Tribunal local que examine o pedido possessório do autor afastando-se as normas pertinentes ao direito de passagem forçada."* (Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 13/05/2015)

Consoante se verifica da decisão acima, que, diga-se, está repleta da precedentes daquela Corte, a servidão de passagem prescinde de encravamento, motivo pelo qual discordo do voto condutor do acórdão que afirmou: *"seja porque não se trata de imóvel encravado, seja porque os requerentes não preenchem os requisitos necessários à manutenção da servidão alegada, quais sejam, exercício incontestado e contínuo por dez anos (art. 1.379, do CC)".*

No que se refere ao prazo de 10 anos fixado pelo art. 1.379, para que se possa registrar a servidão, é cediço que a jurisprudência há muito afasta a necessidade de titulação para se caracterizar a existência de servidão de passagem, senão vejamos:

> *"SERVIDÃO DE PASSAGEM. CARACTERIZAÇÃO. SINAIS EXTERIORES DO ANTIGO CAMINHO. PROVA HÁBIL.*
>
> *Segundo enuncia a súmula nº 415-STF, 'servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória'. Admissão das provas pericial e testemunhal para fins de caracterizar-se a existência da servidão, não se exigindo para tanto a efetivação de qualquer outro ato formal.*
>
> *Recurso especial não conhecido."* (REsp 98.695/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 04/11/1999, DJ 17/12/1999, p. 371)

Assim, desde que comprovada a aparente servidão permanente, como se mostrou nos autos por intermédio das provas testemunhais colhidas, algumas inclusive, com relevantes trechos transcritos na sentença e no voto dissidente, a proteção possessória é medida que se impõe.

Por todo o exposto, dou provimento aos presentes embargos infringentes, reformando o acórdão embargado, para que prevaleça o voto dissidente proferido pelo Des. Dorival Renato Pavan.

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

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (1° Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski (2° Vogal)

Jonas Marques Monteiro e Outra interpõem Embargos Infringentes contra acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça que, por maioria, nos termos do voto do relator, deu provimento

ao recurso de apelação interposto por Isaac Monteiro de Pinho, reformando a sentença de primeiro grau, afastando o esbulho possessório sobre a servidão de passagem.

Peço vênia para divergir do voto da relatora.

Inicialmente ressalto que como membro da 4ª Câmara Cível deste Tribunal, participei do julgamento da Apelação que originou os presentes embargos infringentes, e na ocasião, acompanhei os desembargadores que reformaram a sentença de primeiro grau.

Em que pesem as divergências acerca da matéria, compulsando os autos há evidências de que não se trata nem de servidão de passagem, tampouco servidão de trânsito, mas tão somente mera tolerância por parte do proprietário/embargado, não havendo direito a proteção possessória.

A situação dos autos se enquadra nas restrições decorrentes do direito de vizinhança, prevista no art. 1.277 do CC[1], o qual prevê que o proprietário de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam.

Não é demasiado salientar que referida interferência na propriedade alheia acarreta, inclusive, um ônus indevido ao proprietário, o que é injustificável, porquanto, deve prevalecer o direito fundamental à propriedade do requerido.

Assim, mantenho a mesma posição adotada quando do julgamento da apelação, divirjo da relatora e nego provimento ao recurso.

O Sr. Juiz. Geraldo de Almeida Santiago (3° Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, vencido o 2º vogal.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 17 de agosto de 2015.

***

1 "Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha."

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0805369-15.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO – PRESUNÇÃO DE REVERSÃO EM PROL DA ENTIDADE FAMILIAR – ÔNUS PROBATÓRIO DO CÔNJUGE FEMININO – ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Em caso de dívida contraída pelo cônjuge varão, é do cônjuge feminino o ônus de comprovar, em embargos de terceiros, que a obrigação não foi convertida em benefício da entidade familiar. Ausente tal comprovação, não há que se falar em preservação da meação pleiteada pela recorrente.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2015.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Almerinda Melo da Silva, inconformada com a sentença proferida nos autos dos Embargos de Terceiros, movidos em desfavor de Eli Morales Leal, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que a meação sobre o imóvel de matrícula nº 10.630, sob arresto nos autos de execução nº 0002980-32.2009.8.12.0021, deve ser assegurada, nos termos do artigo 1.046, §3º do Código Civil.

Assevera que a suposta dívida contraída pelo marido não beneficiou a entidade familiar, sendo que os bens do casal não devem responder por tal obrigação.

Sustenta que não é possível a produção de prova negativa de que a dívida não foi contraída em benefício de sua família, não podendo tal fato ser presumido.

Aponta que, em embargos de terceiros, cabe ao exequente o ônus de *"prova da repercussão econômica de ato ilícito do marido"* (fl. 140).

Aduz que não pode ter seus bens sujeitos à execução, quando o título da dívida foi firmado apenas pelo cônjuge, nos termos do artigo 3º da Lei nº 4.121/62.

Ao final, requer o provimento do recurso, afastando-se o arresto e possível penhora sobre a meação do imóvel de matrícula nº 10.360.

Contrarrazões pela confirmação da sentença.

VOTO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Almerinda Melo da Silva, inconformada com a sentença de fls. 125/131 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos dos Embargos de Terceiros, que moveu contra Eli Morales Leal.

O dispositivo da decisão singular restou assim redigido, in verbis (fl. 131):

> *"Ante o exposto e tudo o que mais dos autos consta, diante do reconhecimento da procedência parcial do pedido, determino a exclusão do arresto sobre o bem de família (matrícula nº 12.622).*
>
> *Quanto ao imóvel (matrícula nº 10.630) julgo improcedente o pedido inicial, nos termos da fundamentação acima.*
>
> *Julgo extinto o feito com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.*
>
> *Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao rateio igualitário das custas e despesas processuais. Fixo os honorários advocatícios em prol dos patronos das duas partes (também considerando a sucumbência recíprova) no valor de R$ 1.300,00, sem compensação." (sic)*

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Em que pesem os argumentos trazidos aos autos pela apelante, entendo que não merece reforma a decisão singular.

Tem-se que, no caso em tela, o ônus de comprovar que a dívida contraída por seu cônjuge, executada através da ação de nº 0002980-32.2009.8.12.0021, não beneficiou o casal, pertence à apelante.

Analisando-se os autos constata-se a ausência de tal comprovação, seja por quaisquer meios de prova, conforme bem explicitado pelo magistrado *a quo* (fl. 130):

O caso em apreço trata de dívida de empréstimo pessoal de dinheiro entre particulares e, ao que consta das fls. 02, segundo parágrafo, a parte Embargante tinha conhecimento de que o esposo emitiu cheque para garantia de dívida pessoal. A alegação de que o valor não beneficiou a família é prova que lhe competia e, não se desincumbiu deste ônus.

A única testemunha ouvida (Srª. Izabel Seberino de Almeida) nos autos é a manicure da parte Embargante e, nada soube informar sobre a dívida objeto deste feito e, se ela beneficiou ou não o casal. Apenas disse que a Embargante mantém objetos pessoais no imóvel ao lado de sua residência.

Portanto, não há nenhuma prova nos autos que indique que o valor tomado em empréstimo pelo executado não beneficiou o casal.

Nos parece claro que, sem maiores informações sobre a utilização do dinheiro (que segundo informações do Embargado foi utilizado par documentar imóvel do casal, para perfectibilizar a venda dele, visando o pagamento de outras dívidas da família), a presunção de que o empréstimo foi feito em benefício do casal deve ser mantida. A Embargante em nenhum momento no feito afirma o motivo pelo qual a dívida foi constituída, impedindo qualquer tipo de análise da dívida e, fazendo incidir a presunção de que a dívida foi firmada em favor do casal, já que supostamente foi firmada para garantir sobrevida ao patrimônio do casal.

Digo isto, pois as coisas necessárias à economia doméstica (art. 1643, I do CC) formam um conceito indeterminado e que variará segundo o nível econômico e financeiro de cada família (CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil, vol 18, pág. 307. Editora Saraiva. 2004). *(sic)*

Desta feita, não há que se falar em preservação de sua meação, uma vez que não restou comprovada a ausência de benefício da entidade familiar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como deste e. Tribunal, é pacífica acerca da matéria, conforme se vê dos arestos abaixo colacionados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. DÉBITO CONTRAÍDO EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. PRESUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MEAÇÃO DA MULHER. PENHORA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.* (AgRg no AREsp 306763/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 05/03/2015, T3 – Terceira Turma, DJe 16/03/2015)
>
> *DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. 1. Tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é a de que cabe ao meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, haja vista a solidariedade entre o casal. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 427980/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 18/02/2014, T4 – Quarta Turma, DJe 25/02/2014)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. NÃO PROVIMENTO. 1. "A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. -Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação,provar que a dívida não foi contraída em benefício da família."(AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJUde 08.05.2006). 2. Se o Tribunal estadual concluiu que os agravantes, sucessores do devedor principal e de seu cônjuge, ambos falecidos, não se desincumbiram do ônus de provar que a dívida contraída por um dos cônjuges não beneficiou a entidade familiar, ao reexame da questão incide a Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no Ag 1322189/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Julgado em 17/11/2011, T4 - Quarta Turma, DJe 24/11/2011)
>
> *EMENTA–APELAÇÕESCÍVEIS–EMBARGOSDETERCEIRO–CERCEAMENTO DE DEFESA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – INOCORRÊNCIA – REVELIA – PROCURAÇÃO JUNTADA NOS AUTOS PRINCIPAIS, QUE SE ENCONTRAM APENSOS AO PRESENTE FEITO – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE – PENHORA DE IMÓVEL DO CASAL – OPOSIÇÃO PELA CÔNJUGE – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO NÃO BENEFICIOU A ENTIDADE FAMILIAR – ÔNUS DA CÔNJUGE – EXCLUSÃO DA MEAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE*

> *– HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO VALOR FIXADO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS – SENTENÇA RATIFICADA. 1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, extraindo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada. 2. Nos termos da pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, da qual perfilha esta Câmara Julgadora, sendo o instrumento de mandato juntado à ação de execução e estando esta apensada aos embargos, não há que se falar em nenhuma nulidade por falta de representação, ainda que a respectiva procuração não tenha sido juntada na ação defensiva. 3. Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar. 4. "O critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado, não devendo altear-se a culminâncias desproporcionais e nem ser rebaixado a níveis claramente demeritórios".* (Apelação Cível nº º 0043054-57.2010.8.12.0001, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, Julgado em 16.06.2015)

Em face do exposto, conheço do recurso da apelante, Almerinda Melo da Silva, porém lhe nego provimento para manter incólume a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. 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, 08 de setembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0052304-80.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE MANUTENÇÃO NA POSSE – TURBAÇÃO PROMOVIDA COM BASE EM ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO – INEXISTÊNCIA DE POSSE ANTERIOR DOS TURBADORES – AUTOR COM JUSTO TÍTULO – AUSÊNCIA DE POSSE USUCAPIENDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

1 - Ausente a comprovação de posse anterior dos turbadores que, com base em contrato celebrado no ano de 1992, defendiam ser proprietários dos lotes de terreno em face do requerente que possui justo título devidamente registrado no Cartório de Títulos, deve ser a este deferida a manutenção na posse.

2 – Ainda que a turbação seja fundada em domínio, fato é que no momento do ingresso do autor nos lotes de terreno não havia qualquer vestígio de posse dos turbadores, que mesmo possuindo pretenso justo título, abandonaram os imóveis a própria sorte, sendo portanto válida a proteção possessória deferida ao autor ainda que também pautada em domínio, haja vista a independência da posse, devendo os questionamentos acerca da propriedade serem resolvidos em ação petitória.

3 – Inexistindo comprovação da posse usucapienda, descabe declarar a ocorrência da prescrição aquisitiva de domínio.

4 – Recursos conhecidos e desprovidos.

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, 7 de julho de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Severino Ramos Monteiro e Walmir Figueiredo e outro, interpõem recursos de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido de manutenção na posse e improcedente o pedido de usucapião nos autos de ação possessória ajuizados por Sebastião Jorge Figueiredo.

Severino Ramos Monteiro sustenta se o argumento da ausência de construção no lote de terreno nº 03 serve para descaracterizar sua posse, também deveria ser suficiente para retirar o fundamento de validade da posse alegada pelo requerente, ora apelado.

Argumenta que o apelado tinha pleno conhecimento quando da aquisição do terreno de que já havia sido vendido ao apelante, sendo que aventurou-se no negócio no intuito de efetivamente adquiri-lo.

Aduz que jamais houve a concretização da posse, pois desde sempre existiu retaliação por parte do apelante, verdadeiro proprietário e possuidor do bem.

Afirma que a todo momento defendeu o imóvel, não furtando-se de comparecer perante a delegacia de polícia ante o boletim de ocorrência realizado pelo requerente, bem como a frente da Defensoria Pública e da própria Justiça quando convocado.

Reforça que a propriedade somente não foi transmitida em razão da não localização do proprietário que consta na matrícula do imóvel, bem como o encerramento das atividades da imobiliária que intermediou a negociação.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, sendo concedida a posse do imóvel do imóvel e, por derradeiro, declarado o usucapião para reconhecimento do domínio.

Walmir Figueiredo e outro, por sua vez, sustentam que mantém a posse mansa e pacífica do lote de terreno nº 04 há aproximadamente 22 anos, desde que adquiriram o domínio do proprietário constante na matrícula do imóvel.

Afirmam que os depoimentos colhidos durante a instrução confirmam o exercício da posse, notadamente pela autorização para que a vizinha do imóvel nele cultivasse.

Defendem que sua posse jamais foi interrompida, portanto, não há plausibilidade nenhuma na pretensão do requerente, não podendo manter-se em posse que jamais teve.

Por fim, pugnam pelo provimento do recurso para que seja julgada improcedente a ação.

Contrrazões do requerente pela manutenção da sentença por seus termos.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Severino Ramos Monteiro e Walmir Figueiredo e outro, interpõem recursos de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido de manutenção na posse e improcedente o pedido de usucapião nos autos de ação possessória ajuizados por Sebastião Jorge Figueiredo.

Segundo consta, Sebastião Jorge Figueiredo adquiriu em 05/08/2008, de José Elias Moreira, a propriedade dos lotes de terreno de nº 03 e 04 do loteamento Parque dos Laranjais, em Campo Grande, mediante intermediação de corretor, Sr. Ricardo Saddi, oportunidade em que providenciou o pagamento das parcela de IPTU em atraso.

Tendo providenciado os atos necessários à conservação do bem, inclusive cercando-os, começou a sofrer turbação da posse em meados do ano de 2009 pelos requeridos, que alegavam ser os legítimos

proprietários dos lotes de terreno, adquiridos de uma imobiliária no ano de 1992, fato que motivou a registrar boletim de ocorrência policial, inclusive pela retirada de placa no local que havia instalado para afirmar a propriedade particular do bem, retirada por conta própria pelo requerido Walmir.

Impossibilidade sequer de conseguir vender os terrenos em razão da turbação, ajuizou a presente ação possessória.

Citado, o requerido Walmir e outro contestaram os termos da inicial, arguindo ser legítimo possuidor e proprietário do lote de terreno nº 04, quadra 24, do Loteamento Parque dos Laranjais, tendo adquirido o imóvel no ano de 1992 de José Elias Moreira, sendo o negócio intermediado pela imobiliária "Bons Negócios Imobiliários Ltda".

Afirmam que desde a aquisição do bem, exercem sobre ele a posse mansa e pacífica, inclusive cercando-o com arame para evitar invasão de pessoas, sendo que não houve a transferência do imóvel por serem pessoas simples, não preocupando-se com a referida formalidade.

Alegaram que durante todo o período o imóvel disponibilizado à vizinha do lote para que cultivasse mandioca e outros vegetais.

Argumentam que em verdade o verdadeiro turbador é o requerente, motivo pelo qual pleitearam a improcedência da ação, juntando a cópia do contrato de promessa de compra e venda e demais recibos que indicam sua quitação (f. 78-93).

Severino Ramos Monteiro, por sua vez, também contestou a ação, oportunidade em que afirmou ser o proprietário e possuidor do lote de terreno nº 03, quadra 24, do Loteamento Parque dos Laranjais, tendo adquirido o imóvel também no ano de 1992 de José Elias Moreira, sendo o negócio intermediado pela imobiliária "Bons Negócios Imobiliários Ltda".

Sustentou que desde o início exerce a posse sobre o bem, exercendo todos os atos atinentes à sua conservação, inclusive tendo cedido por muito tempo o imóvel para que uma vizinha nele plantasse como forma de manter sua posse ostensiva.

Denuncia que a situação, em verdade, retrata dupla venda do imóvel pelos proprietários consignados na matrícula, sendo manifesta a má-fé, devendo haver sua denunciação à lide.

Termina pleiteando a improcedência da ação e o reconhecimento da prescrição aquisitiva em seu favor, juntando a cópia do contrato de promessa de compra e venda e demais recibos que indicam sua quitação (f. 114-140).

Na fase de instrução houve a colheita de prova testemunhal (f. 208-214).

Ao final, o juízo sentenciante, pautado na tese de que não houve a comprovação da posse anterior pelos requeridos, julgou procedente o pedido de manutenção da posse e improcedente o pedido de declaração da usucapião.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pese as razões delineadas nos apelos, tenho que não merecem prosperar.

O requerente manejou ação pautado na posse advinda de contrato de compra e venda, devidamente registrado na matrícula do imóvel (f. 40), realizado em 05/08/2008 (f. 16-17), adentrando logo em seguida no lote de terreno, inclusive com a fixação de placa no local informando tratar-se de propriedade particular (f. 28).

Ocorre que, consoante pontuado pelo magistrado, não há elementos seguros a consignar a efetiva posse dos requeridos nos lotes de terreno em momento anterior a posse do requerente.

Em que pese haver alegação de ambas as partes de que suas posses advém do domínio, o ponto crucial para análise do pedido inicial é a existência de posse anterior no local quando da chegada do requerente, o que inclusive poderia consignar uma turbação inversa, ou seja, do autor em face da posse dos requeridos.

O art. 1.196 do Código Civil, adotando a teoria objetiva da posse (Jhering), disciplina que será considerado possuidor aquele praticar qualquer das faculdades do proprietário. Nas lições sempre oportunas de Sílvio de Salvo Venosa[1]:

> *"Esse autor (Jhering) principia por negar que o corpus seja a possibilidade material de dispor da coisa, porque nem sempre o possuidor tem a possibilidade física dessa disposição. Por outro lado, por vezes será impossível provar o animus, porque se trata de elemento subjetivo. Em razão disso, a teoria de Jhering é dita objetiva. Para ele, o conceito de animus não é nem a apreensão física, nem a possibilidade material de apreensão. O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O animus está integrado no conceito de corpus. É o ordenamento jurídico que discrimina a seu arbítrio, sobre as relações possessórias, criando assim artificialmente a separação da chamada detenção jurídica relevante de outras situações não protegidas.*
>
> *[...]*
>
> *A posse é, enfim, a visibilidade da propriedade. Quem de fora divisa o possuidor, não o distingue do proprietário. A exterioridade revela a posse, embora no íntimo o possuidor possa ser também proprietário."*

Do que é possível observar, inclusive atento aos depoimentos prestados durante a instrução, tem-se que os apelantes teriam adquirido os referidos lotes de terreno no ano de 2012, mas sem neles sequer haver exercido a posse em algum momento, ao revés, foram deixados à própria sorte até o momento em que o apelado efetivamente adentrou nos terrenos mediante justo título (contrato de compra e venda registrado e a consequente transcrição nas matrículas dos imóveis), limpando-o, cercando-o, e noticiando à comunidade que efetivamente era o proprietário do imóvel, portanto, exteriorizando sua qualidade.

A alegação de que havia o cultivo de vegetais nos terrenos (mandioca, pimenteiras), mesmo realizado por vizinhos, não é suficiente para reconhecer a posse dos apelantes, seja porque impossível coligir com qualquer outro elemento constante dos autos, seja em razão das fotografias anexadas aos autos, devidamente registrada sua contemporaneidade ao ocorrido, que demonstram a ausência de qualquer atividade no lote, salvo, é claro, aquela pertinente ao requerente (limpeza, cercamento e fixação de placa informando o domínio).

Portanto, a sentença deve ser mantida por seus termos:

> *"Na hipótese, embora os requeridos aleguem que estão na posse dos lotes de terrenos objeto da presente ação desde 1992, quando teriam adquirido os mesmos por meio de contrato particular de compra e venda firmado com o Sr. José Elias Moreira e sua esposa, todas as provas constantes dos autos demonstram claramente que os requeridos não exerciam a posse sobre os bens em questão quando este foi adquirido pelo requerente no ano de 2008, como se infere dos trechos dos depoimentos prestados pelas testemunhas inquiridas, a seguir transcritos:*

1 **Direito Civil**: direitos reais. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 52, 58.

"Os lotes não são cercados, nem tem qualquer construção sobre eles. (...) Os requeridos moram em outro bairro, mas sempre vão nos terrenos. (...) esclarece que em um dos lotes tem um pouco de mandioca hoje em dia, no lote número 3, que é de Severino Ramos Monteiro. Em 2008 e 2009 não havia plantação." (Ademir Ferreira dos Santos - testemunha dos requeridos - f. 213)

"Os terrenos não são cercados e pelo que sabe não tem plantações. (...) foi até os terrenos umas duas ou três vezes, sendo a última vez há dois anos. (...) não chegou a ver nenhuma plantação. (Mariana Corrêa Barbosa - testemunha dos requeridos – f. 214).

"Em 2004 foi procurado por José Elias Moreira, que lhe disse ser proprietário de vários terrenos no parque dos Laranjais. José Elias também disse que havia contratado imobiliária para venda dos terrenos há mais de 15 anos e pediu para que o depoente fizesse o levantamento dos lotes ainda existentes e se encarregasse da venda. O depoente assim procedeu e encontrou cerca de 30 lotes sobre os quais não constavam ônus. Chegou a verificar cada um dos lotes pessoalmente, e neles não havia nenhum sinal de ocupação, porque não estavam cercados e era só mato. Os impostos sobre os imóveis também não estavam pagos. Por conta disto, em 2008 procedeu à venda dos terrenos referidos nos autos ao requerente, ocasião em que se encarregou de limpar os lotes, conforme consta das f. 28-31. A placa que foi colocada naquele local era um aviso para que os requeridos tomassem providências que entendessem cabíveis, uma vez que ele apareceram e falaram que os lotes eram deles. Logo depois de colocada a placa naquele local os requeridos ali apareceram e, segundo consta, arrancaram a placa". (Ricardo Saddi – testemunha do requerente – f. 209)

Como se verifica, os depoimentos testemunhais colhidos no curso da lide são uníssonos em informar que os lotes em questão estavam abandonados, ou seja, os requeridos jamais exerceram a posse sobre os mesmos, tampouco com animus domini.

Além disso, é inconteste que o requerente é legítimo proprietário dos lotes de terrenos objeto da presente ação, como faz prova as cópias das matrículas dos imóveis acostadas às f. 265-266.

Desta forma, sendo inconteste a propriedade em questão do requerente e, comprovado que os requeridos não exerciam, como de fato, não exercem a posse sobre os referidos bens, a procedência do pedido possessório é patente.

No que tange ao pedido de usucapião os requeridos afirmam que exerceram a posse do imóvel, com intenção de dono, de modo que não pode ser afastada a possibilidade de usucapião.

Segundo Marco Aurélio S. Viana, o "animus é o elemento espiritual, subjetivo, que se revela ou se consubstancia no comportamento em relação à coisa semelhante à do proprietário, na intenção de ter a coisa para si ou com a intenção de dono".[2]

A posse ad usucapionem, isto é, a posse com animus domini (com intenção de dono) é aquela em que o possuidor tem poder de fato sobre a coisa com a intenção de tê-la como dono. O possuidor com intenção de dono nada mais faz do que assumir a conduta normal do proprietário que pratica atos de uso ou gozo da coisa, conduta essa que evidencia a visibilidade ou exterioridade da propriedade.[3]

2 VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil**. Dos Direitos Reais. Arts. 1.225 a 1.510. Volume XVI. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003.

3 *Op. Cit.*

> *Pois bem, como sustentado anteriormente, ao que se verifica dos autos, os requeridos jamais tiveram a posse do imóvel, sequer efetuaram o pagamento do imposto predial, o que impede a caracterização de ânimo de dono, de modo que não se pode falar em usucapião."*

Diante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimentos para manter a decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 07 de julho de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800787-91.2013.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MINISTÉRIO PÚBLICO E CORRÉU – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACUSAÇÃO DE PREFEITO TER EXIGIDO PARCELA DE HECTARES DE LOTEAMENTO PARA FACILITAÇÃO DE PROCESSO – NÃO PROVADA NA INSTRUÇÃO A PRÁTICA DO ATO – ABSOLVIÇÃO – CORRÉU PARTICULAR – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 AO PARTICULAR NO CASO DE ABSOLVIÇÃO DO AGENTE PÚBLICO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º DA LIA – CONDUTAS QUE DEVEM SER APURADAS NA ESFERA CÍVEL E/OU PENAL – REFORMA DA SENTENÇA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DO CORRÉU CONHECIDO E PROVIDO.

01. Se a prova testemunhal e documental existentes nos autos não é suficiente para demonstrar que o então Prefeito da cidade teria exigido alguns hectares de loteamento para facilitar o processo na Prefeitura, deve ser mantido o decreto de improcedência.

02. Em consequência, não se faz possível manter a condenação ao corréu que não é agente público, mas particular, eis que, conforme inteligência do artigo 3º da Lei n. 8.429/92 e entendimento doutrinário e jurisprudencial, os particulares somente incorrem nos atos previstos na referida Lei se induzirem os agentes públicos ou com eles concorrerem para a prática dessas condutas.

03. Assim, uma vez julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, não subsiste qualquer ato para o qual o terceiro tenha induzido ou concorrido, o que não impede que o ato praticado seja apurado nas esferas cível e/ou penal.

04. Recurso do Ministério Público conhecido e desprovido. Recurso do corréu conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso de Ministério Público Estadual e dar provimento ao apelo de Marcelo Krug, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de setembro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Marcelo Krug e Ministério Público Estadual interpõem recursos de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, MS, que, em ação de improbidade administrativa, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para absolver Jocelito Krug e condenar Marcelo Krug *"nos termos do Art. 12, I e I, da Lei 8.429/92, às penalidade descritas acima, por ter praticado ato de improbidade administrativa, configurando o que descreve os Art. 9.º, I, Art. 1, caput, da Lei 8.429/92. Penas: a) Perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio - diga-se a própria área registrada em seu nome - que deve ser revertida ao Município para uso comum, o que por si importa ressarcimento integral do dano; b) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 04 anos; c) Suspensão dos seus direitos políticos apenas quanto à elegibilidade pelo prazo de 04 anos; d) Pagamento de multa civil de 0,5 do valor do acréscimo patrimonial - valor atualizado da área"*.

Em suas razões de recurso (f. 342/362), o apelante Marcelo Krug aduz que não há elementos suficientes para manter sua condenação, eis que na própria inicial consta que a prática de improbidade administrativa está baseada em 'rumores'. Argumenta que *"A gleba que foi vendida ao requerido Marcelo Krug é a constante da matrícula n.º 5.088, do CRI local, sendo 30.035,00 m², equivalente a 3 (três) hectares, cuja transação ocorreu em 15/04/2010 pelo valor de R$ 109.218,18 (cento e nove mil, duzentos e dezoito reais e dezoito centavos), conforme compromisso de compra e venda, valor devidamente quitado após a escrituração"*.

Alega que *"se alguém vendeu de forma simulada foi Ademar Gessi Nunes, que propositalmente lavrou escritura na venda da área maior de 30 hectares, com valores abaixo do valor de mercado à época"*. Pondera que as testemunhas ouvidas, inclusive Bruno Mendonça Nunes de Oliveira (proprietário da Casa & Terra) deixou claro que o réu/apelante Marcelo Krug não exerceu qualquer influência nas negociações.

Obtempera, ainda, que seja mantida a condenação, deve adequada a penalidade, porquanto desproporcional considerando-se a extensão do dano causado. Assevera que não houve prejuízo algum ao Erário municipal e que é primário, não tendo praticado qualquer ato de improbidade anteriormente.

Pugna, ao fim, pelo conhecimento e provimento do apelo a fim de que o pedido seja julgado improcedentes ou, caso mantida a condenação, seja aplicada proporcionalmente a penalidade.

Por sua vez, o Ministério Público, em suas razões de recurso (f. 365/373), insurge-se, basicamente, quanto à absolvição do Sr. Jocelito Krug.

Pondera que *"Durante a instrução os fatos retro narrados foram devidamente comprovados; entretanto, os requeridos quando ouvidos negaram os atos de improbidade, sendo que Jocelito Krug alega que não comprou o pedaço de terra, nem mesmo sabia do interesse de seu irmão ema adquirir o lote. Alega que não teve conhecimento sobre as negociações, o que acha muito comum, pois seu irmão investe na compra de imóveis. Além disso, se mostrou injustiçado, e que tal ligação com o mesmo, por se Prefeito, foi criada num momento político o que causou transtorno até mesmo em sua família. O ex-prefeito por fim afirmou que não recebeu a parcela de terra para desvencilhar os trâmites da legalização do Loteamento Esplanada"*.

Faz uma retrospectiva dos depoimentos testemunhais e conclui que estão comprovados os atos de improbidade também por parte do Sr Jocelito. No seu entender, *"Seguramente, a 'doação' foi realizada e comprovada pelas testemunhas da acusação, no entanto, maquiada por um contrato legal de compra e venda, a fim de extirpar qualquer tipo de suspeita quanto ao ente político em tela e seu irmão. Não há que se falar em ausência de provas, tendo em vista os apontamentos seguros dos cidadãos apresentados pelo Ministério Público, os quais estiveram de algum modo, envolvidos na realização do loteamento"*.

Ao fim, requer o conhecimento e o provimento do apelado para que seja o apelado Jocelito Krug também condenado nos termos pleiteados na exordial.

Intimadas, ambas as partes apresentaram contrarrazões (f. 382/394 e f. 396/408).

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer (f. 417/427) e opinou pelo desprovimento do recurso de Marcelo Krug e pelo provimento do apelo manejado pelo Ministério Público.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Marcelo Krug e Ministério Público Estadual, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, MS, que, em ação de improbidade administrativa, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para absolver Jocelito Krug e para condenar Marcelo Krug *"nos termos do Art. 12, I e I, da Lei 8.429/92, às penalidade descritas acima, por ter praticado ato de improbidade administrativa, configurando o que descreve os Art. 9.º, I, Art. 1, caput, da Lei 8.429/92. Penas: a) Perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio - diga-se a própria área registrada em seu nome - que deve ser revertida ao Município para uso comum, o que por si importa ressarcimento integral do dano; c) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 04 anos; d) Suspensão dos seus direitos políticos apenas quanto à elegibilidade pelo prazo de 04 anos; e) Pagamento de multa civil de 0,5 do valor do acréscimo patrimonial - valor atualizado da área"*.

Segundo a inicial, a empresa "Casa & Terra", para poder concretizar o loteamento "Residencial Esplanada", teve que doar ao então Prefeito Sr. Jocelito Krug uma área de terra equivalente a três hectares, caso contrário, seria inviabilizado referido loteamento. Narra que a transação foi "maquiada" de aparente legalidade consistente em uma compra e venda efetivada com o irmão do prefeito (Sr. Marcelo Krug), constando na escritura preço vil, bem abaixo ao de mercado.

Conforme a exordial, os réus praticaram ato de improbidade administrativa, pois *"auferiram vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do mandato de Prefeito deste município e receberam para ambos vantagem econômica direta e indireta, ao menos como gratificação ou presente de quem tem interesse direto a ser atingido por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público"*.

Asseverou que o primeiro requerido, cito o Sr. Jocelito Krug exercia o mandato de Prefeito neste município e a fim de não inviabilizar o processo de loteamento em questão, recebeu vantagem patrimonial indevida consistente na obtenção indireta da área em tela. Assim, a fim de maquiar de legalidade a "gratificação", celebrou e simulou através de seu irmão, o ora segundo requerido, a "compra e venda" já discriminada, mas mediante o pagamento de valor totalmente incompatível seja com a avaliação comercial ou mesmo com a avaliação pública.

Após regular instrução, o pedido foi julgado improcedente com relação a Jocelito Krug e procedente no tocante a Marcelo Krug, conforme anteriormente transcrito.

Consoante relatório exarado, tanto o Ministério Público como o réu Marcelo Krug recorrem. O Órgão Ministerial pretende a condenação do réu Jocelito Krug enquanto o réu Marcelo pugna pela sua absolvição ou, alternativamente, pela redução das penalidade aplicadas.

Como se sabe, a Lei n. 8.429/92 não apresentou um conceito específico para a improbidade administrativa, limitando-se a distinguir as espécies de atos de improbidade em três categorias distintas, conforme os resultados provocados para a Administração, a saber: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam prejuízos ao Erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração (artigo 11).

Alguns autores, tais como, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1], Emerson Garcia e Rogério Pacheco, entendem que probidade, como princípio regente dos atos da administração, é um conceito mais amplo que o de moralidade, pois submete os atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.

Dito isso, cumpre examinar os recursos manejados, que pela abrangência e em razão de as condutas dos réus estarem interligadas, serão analisados conjuntamente.

Para tanto, necessário reexaminar as provas produzidas durante a instrução, que são basicamente testemunhal e documental. Ambos os réus prestaram interrogatório e foram ouvidas as seguintes testemunhas (f. 212): Ademar Gessi Nunes, Ricardo Saad Said, Munir Yusef Jabbar e Aldrin Hammerschmidt – esta como informante. Os documentos, por sua vez, são aqueles acostado à inicial (f. 14/141) e à defesa (f. 153/159).

As premissas da sentença recaem sobre o seguinte: *"De tudo que se observou nos autos, como as provas juntadas e testemunhos, não há como embasar uma condenação do réu Jocelito Krug, porque não há sequer fatos concretos que indiquem o cometimento de ato ímprobo por parte dele. Ao contrário do réu Marcelo Krug, pois os autos demonstram de forma extremamente satisfatória que usou e abusou do fato de ser seu irmão Prefeito à época, para se beneficiar economicamente"*.

Para o Magistrado, *"nenhuma das partes vendedor/comprador apresentou uma justificativa plausível para que a empresa Casa e Terra "bancasse" a compra do imóvel (03 hectares) para Marcelo Krug. Surpreendente que a empresa Casa e Terra, cujo ramo de atividade é a especulação imobiliária, tenha comprado o imóvel para Marcelo Krug, aceito apenas receber um valor simbólico e o restante dois anos depois, coincidentemente apenas depois de o Ministério Público intensificar as investigações sobre o caso, e é claro, após valorização do imóvel, mas pelo mesmo valor de antes"*.

O ato ímprobo recai, no caso do réu Jocelito (então prefeito), no fato de que este teria exigido os três hectares para facilitar o processo do loteamento perante a Prefeitura enquanto, no caso do réu Marcelo, este teria utilizado de tráfico de influência para a "aquisição" dos três hectares, bem como, teria servido para simular a legalidade da doação/compra e venda.

Com efeito, um primeiro ponto a consignar (de extrema importância) recai sobre a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa ao particular. Tal possibilidade é admitida pela lei e pela doutrina. Inclusive, o artigo 3º assim preconiza "*As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*".

Em comentários ao dispositivo legal, Emerson Garcia e Renato Pacheco Alves[2] ensinam que "***somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei nº 8.429/1992***. *Não sendo divisada a participação do agente público, estará o extraneus sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal*". (Grifou-se).

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

2 **Improbidade Administrativa.** 5ª edição. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

No caso, sendo o réu Marcelo Krug um particular, a fim de que seja condenado por ato de improbidade, é de suma relevância também a demonstração da prática também pelo Prefeito, este, sim, agente público, caso contrário as disposições da lei não podem incidir contra aquele.

Aliás, tal circunstância foi observada pelo próprio Ministério Público em seu parecer, quando menciona que:

> *"Nesse passo, verifica-se que as afirmações de que o imóvel de três hectares foi dado a título de facilitação dos trâmites referentes à legalização do condomínio são corroboradas pelo baixo valor que teria sido pago pelo mesmo, o que, inclusive, a meu sentir, acaba por implicar de forma contundente o apelado Jocelito Krug, até porque, se não fosse assim, com a devida vênia e em que pese o elevado saber jurídico do magistrado a quo, a sentença ora parcialmente combatida pelo Ministério Público Estadual seria incongruente (...)" (f. 424).*

Ocorre que não obstante os argumentos traçados pelo Órgão Ministerial em seu recurso (f, 365/373), não há elementos probatórios suficientes para a reforma da sentença com relação ao réu Jocelito Krug.

Isso porque o ato ímprobo a ele imputado, repise-se, seria a exigência dos hectares para suposta facilitação do processo relativo ao loteamento da empresa (particular). Nesse ponto, nenhuma das testemunhas expressamente confirma tal finalidade na "compra e venda" efetuada pelo irmão Marcelo.

Em juízo, a testemunha Ademar Gessi Nunes (antigo proprietário e vendedor do terreno) afirmou que *"que não sabe nada sobre o trâmite administrativo do loteamento, nem quanto tempo demorou", "que a 'moça' lhe disse que teria que assinar para fazer doação ao Sr. Marcelo, mas ouviu de outras pessoas que seria uma compra"* e que "não sabe qual foi a intenção do Sr. Marcelo ao promover a doação/compra". Vejamos o teor de seu depoimento:

> ***Sr. Ademar Gessi Nunes*** *– era o dono da área vendida à Imobiliária Casa e Terra para a pessoa de Bruno, Disse que a negociação demorou um bom tempo. Que a quantidade vendida inicialmente eram 30 hectares e depois totalizou 33 hectares. Que a área foi vendida toda para Casa e Terra. Que vendeu e escriturou e, depois de um tempo, foi procurado pela sua secretária para assinar um documento a fim de doar parte do imóvel ao réu Marcelo e não sabe o motivo pelo qual ele desejou ficar com essa parcela de terra. Que o Sr. Marcelo nunca tentou comprar diretamente a área.* ***Que não sabe nada sobre o trâmite administrativo do loteamento, nem quanto tempo demorou****. Que foi ouvido no inquérito civil no Ministério Público e não apresenta divergência com seu depoimento anterior. Reiterou que a "moça" (funcionária do escritório Casa e Terra) lhe disse que teria que assinar para fazer a doação para o Sr. Marcelo, mas ouviu de outras pessoas que seria uma compra. Que possui outras áreas em volta da cidade.* ***Que não sabe qual foi a intenção do Sr. Marcelo ao promover a doação/compra.*** *Que não possui qualquer problema político com a família do Sr. Marcelo. Que sabe que os 30 hectares foram loteados, mas não sabe qual a parte da área foi repassada ao Sr. Marcelo. Que em razão de problemas financeiros, inicialmente, pretendia vender a totalidade da área, aproximadamente 260 hectares, contudo, não sendo possível, começou a diminuir, até chegar mais ou menos na marca dos 30 hectares. Que na hora de "fechar o negócio", lhe ofereceram 33 hectares. Disse que estavam juntos, no dia da celebração do negócio, o Dr. Munir, Dr. Ricardo e Bruno. Que quando a funcionária falou que se tratava de uma doação, não havia mais ninguém presente e não questionou nada. Que atualmente efetivou outra venda de parte do imóvel e o fez pelo valor aproximado de 05 milhões (161 hectares), estes incluídos a terra nua e as benfeitorias e que acredita ter ocorrido valorização desde a data da venda para a empresa Casa e Terra. Que nas últimas eleições apoiou o candidato adversário ao Sr. João Carlos Krug, primo de Marcelo Krug (Grifou-se).*

A testemunha Ricardo, por sua vez, também pouco auxilia nesse mister, porquanto afirma que *"não sabe sobre a venda/doação ao Sr. Marcelo Krug, também não tem conhecimento sobre o valor pago por ele. Que não sabe sobre a funcionária do escritório que falou sobre a doação ao Sr. Ademar. Que não sabe qual a parte da área foi destinada ao Sr. Marcelo. Que somente acompanhou a negociação existente entre o Sr. Ademar e o Sr. Bruno (...)"*.

Já a testemunha Munir Yusef Jabbar, responsável pela confecção do contrato e pela intermediação entre comprador (Casa & Terra) e vendedor (Sr. Ademar) disse não saber a razão pela qual o Sr. Marcelo entrou no negócio, senão vejamos:

> ***Sr. Munir Yusef Jabba**r – Que fez o contrato e intermediação entre a empresa Casa e Terra e o Sr. Ademar. Que a área vendida foi de 33 hectares. Que primeiramente o Sr. Ademar queria vender cinquenta hectares, depois passou para 30 hectares e após ficou em 33 hectares, vendidos por um milhão e duzentos mil reais. Que o valor de cada hectares foi aproximadamente trinta e cinco mil reais. Que acha que a área deve ter valorizado em razão do loteamento. Que sabe que outra parte da área foi vendida para fazer uma expansão do loteamento. **Que não sabe a razão pela qual o Sr. Marcelo entrou no negócio. Que acompanhou somente a compra entre o Sr. Bruno e o Sr. Ademar. Que não sabe se houve algum embaraço na Prefeitura sobre o loteamento e sabe que o problema, em verdade, ocorreu com o Banco do Brasil**. Que o Sr. Ademar pertence a grupo político divergente do grupo Krug. Que nada sabe sobre a valorização do imóvel, pois não tem conhecimento de quais benfeitorias foram realizadas. Que não sabe se tem ou não máquinas da prefeitura no local. Que ouviu dizer que o Sr. Marcelo pagou aproximadamente cento e dez mil reais na parte adquirida e que o Bruno. (Grifou-se).*

Deveras, a única pessoa ouvida que confirma parte dos fatos imputados ao réu Jocelito é o Sr. Aldrin Hammerschimidt. Conquanto não tenha participado das negociações, teria sido procurado pelo Sr. Abadio (pessoa não localizado – suposto diretor da empresa Casa & Terra) para a compra de pedras para o loteamento, tendo este mencionado que o preço teria que ser bastante reduzido em razão de "ter sido difícil entrar em Chapadão", tendo sido preciso "pagar/doar uma área para o irmão do Prefeito para facilitar o processo".

Ocorre que referido indivíduo foi ouvido como informante, ou seja, sem prestar o compromisso de dizer a verdade, já que acolhida a contradita arguida em audiência no sentido de que ele e o réu Jocelito tiveram sérias divergências políticas no passado.

Conquanto se saiba que o depoimento do informante possua certa validade, este não pode ser considerando de forma única e absoluta, porquanto retirado do indivíduo o compromisso de dizer a verdade. É o que ocorre no caso pois além do depoimento do Sr. Aldrin, enfraquecidos são os demais elementos probatórios para concluir que a doação/compra e venda realizada ao réu Marcelo originou-se de solicitação do Prefeito para facilitar o processo do loteamento.

Sendo mantida, pois, a improcedência com relação ao agente público, não há fundamento jurídico para manter a sentença no tocante ao terceiro Marcelo Krug, pois este não é agente público, não podendo sofrer, isoladamente, as penas da lei de improbidade administrativa, devendo, portanto, ser provido o recurso por este interposto.

Não se ignora o possível vício existente no negócio jurídico realizado que pode constituir, ao menos em tese, simulação, uma vez que pairam dúvidas acerca da existência de efetiva compra e venda (ou de doação). Chama a atenção também o valor estabelecido para a venda, bem abaixo ao de mercado, considerando a certidão relativa ao imposto ITBI (f. 107), bem como, o fato de ter ocorrido o pagamento no decorrer do inquérito civil. Ocorre que tal negócio jurídico, não tendo sido celebrado por agente público,

não é passível de ser desfeito via ação de improbidade administrativa, sendo necessário o ajuizamento de demanda específica na esfera cível.

Ademais, o suposto tráfico de influência exercido, igualmente desprovido da atuação do agente público, somente pode ser apurado na esfera penal.

Portanto, repise-se, não configurado ato de improbidade por parte do agente público, resta inviabilizada a imputação ao terceiro. Com efeito, dado que os particulares somente incorrem nos atos previstos na Lei n. 8.429/92 se induzirem os agentes públicos ou com eles concorrerem para a prática dessas condutas, uma vez julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, não subsiste qualquer ato para o qual o terceiro tenha induzido ou concorrido.

Não é outro o sentido da jurisprudência, senão vejamos:

> *Improbidade Administrativa. Frustração do caráter competitivo da licitação. Procedência parcial para condenar apenas o particular, não o agente público. A incidência do art. 3°, da lei n. 8.429/92 pressupõe a caracterização do induzimento ou da concorrência com a conduta do agente público. Insubsistência de ato de improbidade a dar substrato para a condenação do terceiro, à míngua de recurso do autor. Pedido improcedente. Recurso provido.* (TJSP. Apelação Cível n° 0172433-06.2006.8.26.0000 (562.505.5/2-00). J em 06.04.2011).

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA IRREGULAR. DEVOLUÇÃO DA QUANTIA RECEBIDA INDEVIDAMENTE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MÁ-FÉ AFASTADA. TERCEIRO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE ATO ÍMPROBO PRATICADO PELO AGENTE PÚBLICO. 1. Se o acusado da prática de improbidade administrativa é absolvido nas instâncias administrativa e penal, por reconhecimento de ausência de dolo e atipicidade de conduta, revela-se exorbitante a instauração de ação de improbidade, mormente quando ressarcido o prejuízo aos cofres públicos. 2.* ***Para a responsabilidade por improbidade administrativa de terceiro, imprescindível seu vínculo anímico com o agente público****. 3. Sentença mantida. Apelação do Ministério Público Federal improvida.* (TRF-1 - AC: 30062 DF 2001.34.00.030062-5, Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo, Data de Julgamento: 18/04/2006) Grifou-se.

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PAGAMENTO ANTECIPADO. ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE CONDUTA ÍMPROBA. TERCEIROS E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...) 4.* ***Em improbidade administrativa, terceiros somente podem ser responsabilizados se ficar caracterizada a ocorrência de atos de improbidade, não cabendo aplicação de sanção exclusivamente ao particular sem que tenha havido atuação ímproba do agente públic****o. "Os atos de improbidade somente podem ser praticados por agente públicos, com ou sem a cooperação de terceiros" (AC 2006.39.03.001147-8/PA, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 de 12/12/2008). 5. Provimento da apelação.* (TRF-1 - AC: 00021799020064013310, Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes, Data de Julgamento: 15/12/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: 10/02/2015). Grifou-se

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, mas nego-lhe provimento. Por sua vez, conheço do recurso de apelação manejado por Marcelo Krug e dou-lhe provimento para reformar a sentença recorrida a fim de julgar improcedente o pedido formulado na inicial. Sem honorários e despesas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso de Ministério Público estadual e deram provimento ao apelo de Marcelo Krug, 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, 15 de setembro de 2015.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0838194-38.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – POLUIÇÃO SONORA – INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE – LOCAÇÃO DO IMÓVEL A ESTABELECIMENTO QUE NÃO POSSUI LICENÇA AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO.

1 – O imóvel que não cumpre com sua função social conduz à responsabilização do proprietário, independentemente da conduta ser associada ao locatário que realiza atividade no local em desrespeito as normas ambientais, em especial quando constatada a realização de locações sucessivas realizadas no intuito de burlar a fiscalização quanto a necessidade da obtenção de licenças e alvarás ao estabelecimento.

2 – O proprietário do imóvel deve velar pelo cumprimento da função social da propriedade, sendo legítima a fixação de obrigação de não fazer no imóvel, sendo indiferente a questão de terceiro estar ocupando-o, haja vista tratar-se a obrigação de cunho ambiental de natureza *propter rem*.

3 – Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de junho de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, referente aos autos de ação civil pública ajuizada em face de Diomário Alves.

Sustenta que há comprovação nos autos de que vários empreendimentos funcionaram no imóvel de forma clandestina, sem a documentação imprescindível a atividade, tais como alvará de localização e funcionamento, certificado de vistoria do Corpo de Bombeiros, alvará sanitário, e sem a devida licença ambiental de operação, sendo assim utilizada a propriedade de modo nocivo ao meio ambiente e à comunidade.

Defende que a perturbação gerada no local, inclusive por facilitar grande aglomeração de pessoas, não permite concluir que a propriedade esteja cumprindo com sua função social, sendo flagrante o desrespeito as normas ambientais e de vizinhança.

Aduz existir o dever do proprietário de fiscalizar a utilização do imóvel pelo locatário na justa medida de também ser responsável civilmente pelas infrações cometidas pelo imóvel, sendo responsável indireto pela poluição, nos termos do art. 3º, IV da lei nº 6.938/81.

Afirma ser equivocada a orientação do juízo de que a atuação do *Parquet* visa a obstruir as faculdades inerentes da propriedade, ao revés, busca que o imóvel não tenha utilização nociva à comunidade local.

Argumenta que tratando-se de responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, há responsabilidade solidária entre os poluidores diretos e indiretos.

Alega que as obrigações de cunho ambiental possuem a natureza *propter rem,* que seguem a titularidade do domínio.

Sustenta a necessidade da concessão de licença de operação às atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, nos termo do art. 10 da lei nº 6.938/81.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que a sentença seja declarada insubsistente, determinando-se o retorno dos autos para regular processamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

Sem contrarrazões por não ter havido a citação em face do indeferimento liminar da inicial.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 551, § 3º, do CPC.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que extinguiu o processo sem resolução de mérito referente aos autos de ação civil pública ajuizada em face de Diomário Alves.

Segundo consta, o requerido é o proprietário de imóvel sob o qual pendem sucessivas locações a empreendimentos destinados ao entretenimento, com venda e consumo de bebidas alcoólicas, sem o respectivo alvará de localização e funcionamento, certificado de vistoria do Corpo de Bombeiros, alvará sanitário, bem como a devida licença ambiental de operação.

No inquérito civil instaurado, autuado sob o nº 20/2014, constatou-se que "*a alta rotatividade na instalação de empresas no imóvel, sempre gerando passivo ambiental, haja vista funcionar suas atividades sem amparo da lei, bem como o exercício nocivo da propriedade privada em prejuízo do meio ambiente e da sociedade, pois seu uso, neste caso, vem favorecendo a produção de poluição sonora, distúrbio público, violência e insegurança para vizinhos e frequentadores do imóvel*" (f. 03).

Pautado no efetivo descumprimento da função social do imóvel, o *Parquet* ajuizou a presente ação no intuito de obter provimento no sentido de determinar ao requerido que se abstenha de realizar ou permitir

que sejam realizadas por terceiros (locatários e afins), as atividades de execução de música ao vivo e/ou som mecânico no imóvel sem a comprovação da obtenção da licença ambiental de operação, bem como demais documentos necessários à exploração da atividade.

O magistrado, por sua vez, inferiu a inicial sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido (pretensão de limitação do direito de propriedade mediante imputação do dever de exigir conduta de terceiros), sendo que a demanda deveria ter sido proposta em face dos locatários, bem como a ausência de interesse de agir (não funcionaria mais no local o estabelecimento de entretenimento, mas uma lanchonete).

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Tenho que as razões de apelo merecem prosperar.

A propriedade é fonte de direitos e obrigações, e dentre estas encontram-se aquelas atinentes ao cumprimento de sua função social, nos termos da norma contida no inc. XXIII, do art. 5º da Constituição Federal.

Nesta toada, o proprietário tem o direito de exercer todas as faculdades inerentes a ela, todavia, limitadas ao interesse coletivo, dentre estes e em especial as limitações atinentes a proteção do meio ambiente.

O art. 225, *caput*, da Constituição Federal, expressamente consigna o dever não apenas do Poder Público, mas também de particulares quanto a observância das normas de preservação ambiental:

> *"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações."*

De acordo com os autos, há indícios de exercício irregular de atividade pelos locatários do imóvel do requerido, que em operação de rápida rotatividade de estabelecimentos comerciais no local, conduta já tendente a obstar o cumprimento da lei via criação de embaraços à fiscalização pelo Poder Público, valem-se da situação de modo a auferir lucros com o desenvolvimento de atividades ligadas ao entretenimento, com grande aglomeração de pessoas e consumo de bebidas alcoólicas, circunstâncias que não poderiam gerar consequências diversas da perturbação da ordem na vizinhança.

Há notícias de som alto pela madrugada adentro, bem como ocorrências de confusões entre os indivíduos que frequentam o local, situação que gera desassossego e incômodo na vizinhança, e que exigem tanto dos órgãos administrativos de fiscalização, quanto do Judiciário após instado a manifestar-se, a adoção de providências no sentido de coibir tal prática.

Neste passo, é legítima a pretensão em face do requerido, proprietário do imóvel, não apenas em decorrência da natureza das obrigações ambientais (*propter rem*)[1], mas também por tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva, onde respondem solidariamente todos os envolvidos, poluidores diretos e indiretos, *in casu*, figura do proprietário do imóvel. Assim a legislação pertinente:

1 "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. NATUREZA PROPTER REM. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. 1. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza propter rem. Precedentes: REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 10/8/2010; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 15/2/2011; AgRg no REsp 1170532/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 24/8/2010; REsp 605.323/MG, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18/8/2005, entre outros." (REsp 1164587/MG. Rel.: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julg.: 15/02/2011)

"Constituição Federal

Art. 225. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Lei nº 6.938/81

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;"

Art. 14. [...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

Ademais, prestando-se a auferir lucros mediante a locação do imóvel, o requerido necessariamente deve observar os princípios orientadores da atividade econômica, dentre eles o da defesa do meio ambiente, conforme orienta a Carta Magna:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;"

Por fim, descabe o argumento da falta de interesse de agir em razão de outro empreendimento estar atualmente funcionando no imóvel, posto que a pretensão envolve obrigação de não fazer dirigida ao proprietário no intuito de obstar novas perturbações ambientais, o que independe de quem esteja na posse direta do imóvel.

Diante o exposto, conheço do recurso e, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para regular processamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 30 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801545-96.2013.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E DECLARATÓRIA – INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE *LEASING* – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.060.210/SC – RELAÇÃO TRIBUTÁRIA POSTERIOR À LEI COMPLEMENTAR 116/03 – APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO EM OUTRO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA EXIGIR TRIBUTO.

01. De acordo com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.060.210/SC, para fins de determinação do sujeito ativo em exigência de ISSQN, deve ser considerado o lugar em que o financiamento foi aprovado quando se tratar de relação tributária posterior à Lei Complementar 116/03.

02. A aprovação do financiamento em outro município revela a ausência de legitimidade para exigência do tributo municipal ISSQN.

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.

Campo Grande, 22 de setembro de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Município de Aquidauana interpõe recurso de apelação às fls. 138/152, contra a sentença de fls. 130/134, que julgou procedente o pedido de Banco Yamaha Motor do Brasil S/A, em anulatória de débito fiscal e declaratória movida contra a apelante, para tornar insubsistente o auto de infração e termo de intimação – AITI – nº 085/2010 (processo administrativo tributário n. 293/2010), no valor de R$ 10.570,15 (dez mil quinhentos e setenta reais e quinze centavos), bem como declarar inexistente qualquer relação jurídica entre as partes, ante a manifesta ilegitimidade do Município de Aquidauana para exigência do ISSQN. Condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 700,00 (setecentos reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, afirma sua legitimidade para cobrança do ISSQN relativo a serviços de *leasing* prestados pela recorrida no Município, motivo pelo qual a sentença deve ser reforma para a improcedência dos pedidos.

Contrarrazões às fls. 156/169.

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Município de Aquidauana interpõe recurso de apelação às fls. 138/152, contra a sentença de fls. 130/134, que julgou procedente o pedido de banco Yamaha Motor do Brasil S/A, em anulatória de débito fiscal e declaratória movida contra a apelante, para tornar insubsistente o auto de infração e termo de intimação – AITI – nº 085/2010 (processo administrativo tributário n. 293/2010), no valor de R$ 10.570,15 (dez mil quinhentos e setenta reais e quinze centavos), bem como declarar inexistente qualquer relação jurídica entre as partes, ante a manifesta ilegitimidade do Município de Aquidauana para exigência do ISSQN. Condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 700,00 (setecentos reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, afirma sua legitimidade para cobrança do ISSQN relativo a serviços de leasing prestados pela recorrida no Município, motivo pelo qual a sentença deve ser reforma para a improcedência dos pedidos.

De acordo com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.060.210/SC: incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo. Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.*
>
> *LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.*

1. O colendo STF já afirmou (RE 592. 905/SC) que ocorre o fato gerador da cobrança do ISS em contrato de arrendamento mercantil. O eminente Ministro EROS GRAU, relator daquele recurso, deixou claro que o fato gerador não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento.

2. No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74). Trata-se de contrato complexo, de modo que o enfrentamento da matéria obriga a identificação do local onde se perfectibiliza o financiamento, núcleo da prestação do serviços nas operações de leasing financeiro, à luz do entendimento que restou sedimentado no Supremo Tribunal Federal.

3. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.

4. A opção legislativa representa um potente duto de esvaziamento das finanças dos Municípios periféricos do sistema bancário, ou seja, através dessa modalidade contratual se instala um mecanismo altamente perverso de sua descapitalização em favor dos grandes centros financeiros do País.

5. A interpretação do mandamento legal leva a conclusão de ter sido privilegiada a segurança jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária, para evitar dúvidas e cobranças de impostos em duplicata, sendo certo que eventuais fraudes (como a manutenção de sedes fictícias) devem ser combatidas por meio da fiscalização e não do afastamento da norma legal, o que traduziria verdadeira quebra do princípio da legalidade tributária.

6. Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

7. O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.

8. As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências.

Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

9. O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou consectários do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.

10. Ficam prejudicadas as alegações de afronta ao art. 148 do CTN e ao art. 9o. do Decreto-Lei 406/68, que fundamente a sua tese relativa à ilegalidade da base de cálculo do tributo.

11. No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

12. Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro;

(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art.

12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. (REsp 1060210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 05/03/2013)

No presente caso, a relação tributária é posterior à Lei Complementar 116/03 (fl. 66/68). Nesse passo, conforme o recurso repetitivo definiu, o ISSQN será devido onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo.

Consta, inclusive apontado no auto de infração e termo de intimação – AITI – nº 085/2010 (fl. 66), que o endereço da autora é no município de Guarulhos/SP, evidenciando que este é o lugar em que os financiamentos são aprovados. Por outro lado, inexiste nos autos qualquer evidencia de que há aprovação de créditos realizada no município de Aquidauana/MS.

Dessa forma, não possui legitimidade para exigir o tributo em questão, o Município de Aquidauana, motivo pelo qual a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Município de Aquidauana e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 22 de setembro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0802793-49.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – AGRAVO RETIDO – REIVINDICATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO – PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA.

1 - A demanda reivindicatória, por versar sobre domínio de bem, é imprescritível e não se extingue pelo não-uso do proprietário.

2 - O prazo prescricional de 3 (três) anos da pretensão subsidiária de indenização só se iniciou após o ajuizamento da cautelar de busca e apreensão, quando a autora teve ciência da impossibilidade de entrega de argila da sua propriedade, por já ter sido consumida pela empresa ré. Por não ter transcorrido mais de 3 (três) anos entre este fato e a data do ajuizamento desta demanda, a pretensão indenizatória não se encontra prescrita.

Recurso não provido.

RECURSO DE APELAÇÃO – REIVINDICATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR REJEITADA – INEXISTÊNCIA DO BEM OBJETO DA DEMANDA – CONCENTRAÇÃO DO JULGAMENTO NO PEDIDO SUBSIDIÁRIO – INDENIZAÇÃO PROCEDENTE – ARGILA DE PROPRIEDADE DA EMPRESA AUTORA ENTREGUE INDEVIDAMENTE À EMPRESA RÉ, A QUAL FOI CONSUMIDA POSTERIORMENTE SEM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – REDUÇÃO REJEITADA.

1 - Constatada a relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e a qualidade da empresa ré para figurar no polo passivo, é de rigor a rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte.

2 - Necessário concentrar o julgamento no pedido subsidiário de indenização quando há constatação no decorrer da demanda do consumo total do bem reivindicado.

3 - A empresa que recebe indevidamente e consome sem autorização a argila de propriedade de outra empresa tem o dever de indenizar o prejuízo causado.

4 - Não há razão para reduzir os honorários de sucumbência quando o valor arbitrado pelo magistrado remunera dignamente o advogado, considerando o tempo de tramitação do processo, a complexidade da demanda e o zelo no cumprimento das funções para as quais foi contratado.

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 agravo retido e ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de setembro de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Cerâmica São Domingos Ltda interpõe recurso de apelação (f. 349/377) contra a sentença proferida (f. 324/337) pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, nos autos de reivindicatória cumulada com indenização, ajuizada por Júlio Fernandes Colino Neto – ME, julgou procedente o pedido subsidiário para condenar a empresa ré ao pagamento da quantia correspondente a escavação, drenagem de várzea úmida, carga e transporte de 9.371,172 m³ de argila, utilizando-se R$ 35,00 (trinta e cinco reais) como parâmetro do metro cúbico, atualizado pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos encargos contados desde a notificação, realizada no dia 10 de agosto de 2012.

Requer, em preliminar da apelação, o julgamento do seu agravo retido. Sustenta neste recurso a prescrição da pretensão da empresa autora, sob o argumento de ter iniciado o prazo para pleitear indenização em março de 2000, quando houve o depósito de argila em sua propriedade. Argui preliminar de ilegitimidade passiva, ao fundamento de ser da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas - ACETL a responsabilidade de distribuir e dividir a argila objeto do litígio. No mérito, a empresa ré defende a improcedência do pedido. Afirma não ter recebido argila de terceiros, nem mesmo informações da Companhia Energética de São Paulo – CESP ou da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL de que recebeu argila de terceiros em sua empresa. Diz que a distribuição da argila foi realizada pela ACETL após medição feita pela CESP, tudo com o conhecimento dos associados. Por não ter se insurgido no período de 12 (doze) anos, alega que a autora se deu por satisfeita com a argila já recebida. Discorda da validade o documento em que consta a entrega de 9.371,172 m³ de argila de propriedade da autora em sua empresa, sob o argumento de não ter assinado o referido documento, por não estar protocolado e por ter sido completado posteriormente. Em razão da perda com a compactação do solo, aduz ter recebido 10% a menos do volume total da argila que lhe era devida, equivalente a 11.364,82 m³. Assevera, ainda, que a quantidade de argila constante na cláusula terceira do termo de compromisso, 25.344 m³, lhe foi dada para pagar os serviços de retirada, transporte e estocagem, por isso não se configura adiantamento do pagamento. Requer, subsidiariamente, redução da indenização com a fixação de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos) como valor de referência do metro cúbico da argila, bem como a redução dos honorários de sucumbência.

Contrarrazões às f. 392/410.

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Cerâmica São Domingos Ltda. (f. 349/377) contra a sentença proferida (f. 324/337) pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, nos autos de reivindicatória cumulada com indenização, ajuizada por Júlio Fernandes Colino Neto – ME, julgou procedente o pedido subsidiário para condenar a empresa ré ao pagamento da quantia correspondente a escavação, drenagem de várzea úmida, carga e transporte de 9.371,172 m³ de argila, utilizando-se R$ 35,00 (trinta e cinco reais) como parâmetro do metro cúbico, atualizado pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos encargos contados desde a notificação, realizada no dia 10 de agosto de 2012.

1 - Do agravo retido

A empresa ré requer, em preliminar da apelação, o julgamento do seu agravo retido. Sustenta, neste recurso, a prescrição da pretensão da empresa autora, sob o argumento de ter iniciado o prazo para pleitear indenização em março de 2000, quando houve o depósito de argila em sua propriedade.

Na petição inicial, a autora afirma que 9.371,172 m³ de argila de sua propriedade foram entregues indevidamente a empresa ré, em razão da não observância do acordo firmado entre a Companhia Energética de São Paulo – CESP e a Associação de Ceramistas de Três Lagoas – ACETL, no qual constou a quantidade de argila devida para cada associado. Ajuizou, diante disso, demanda reivindicatória e formulou pedido subsidiário de indenização, para hipótese de impossibilidade, total ou parcial, da entrega do objeto da demanda.

A ação reivindicatória é de natureza real, ou seja, compete exclusivamente ao titular da propriedade. Por versar sobre domínio de bem, esta demanda é imprescritível, haja vista que a propriedade não se extingue pelo não-uso.

Por isso, independentemente da data em que houve o depósito da argila na empresa ré, pretensão reivindicatória da autora não se encontra prescrita, por ser o domínio um direito perpétuo que só se extingue nos casos expressos em lei, a exemplo da usucapião, matéria não arguida em contestação.

Aliás, por se tratar de bem fungível, o pedido reivindicatório pode ser cumprido com a entrega de argila similar. Ou seja, mesmo que a empresa ré tenha consumido ou vendido a argila supostamente de propriedade da empresa autora, ainda é possível cumprir o pedido reivindicatório.

A pretensão subsidiária da empresa autora, a indenização, também não está prescrita. As provas produzidas demonstram que a empresa autora só teve conhecimento do consumo e da venda de argila de sua propriedade após ajuizar a cautelar de busca e apreensão, que se deu no dia 3 de setembro de 2012. Portanto, somente a partir desta data, iniciou-se o prazo para empresa autora pedir indenização por impossibilidade de entrega da argila de sua propriedade, por já ter sido consumida.

A presente demanda foi ajuizada no dia 22 de maio de 2013, ou seja, menos de 1 (um) ano depois do ajuizamento da cautelar de busca e apreensão, motivo pelo qual a pretensão indenizatória não está prescrita.

Posto isso, rejeito o agravo retido.

2 - Do recurso de apelação

2.1 - Da preliminar de ilegitimidade passiva

A empresa ré diz ser da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas - ACETL a responsabilidade de distribuir e dividir a argila entregue pela Companhia Energética de São Paulo – CESP, a qual serviu de indenização das empresas associadas da região em razão da inundação ocorrida com a construção da barragem. Diante deste argumento, suscita preliminar de ilegitimidade passiva.

A legitimidade é a relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e a qualidade para litigar a respeito dele, seja na condição de autor ou de réu.

Como já visto acima, a empresa autora ajuizou demanda reivindicatória cumulada com indenização. Para fundamentar sua pretensão, diz que a empresa ré recebeu 9.371,172 m³ de argila de sua propriedade. Por isso, pretende reaver esta argila ou ser indenizada do valor correspondente.

Evidente, portanto, a legitimidade passiva da empresa ré, tendo em vista a causa de pedir apresentada, de que ela recebeu e consumiu indevidamente argila de propriedade da empresa autora.

Aliás, caso fique constado que a empresa ré não recebeu a referida argila ou que não tem o dever de devolvê-la, teses defensivas apresentada na contestação e no recurso de apelação, isto é matéria de mérito que dá ensejo à procedência ou improcedência do pedido e não extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação.

Posto isso, rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte.

2.2 - Do mérito

No mérito, a empresa ré defende a improcedência do pedido. Afirma não ter recebido argila de terceiros, nem mesmo informações da Companhia Energética de São Paulo – CESP ou da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL de que recebeu argila de terceiros em sua empresa. Diz que a distribuição da argila foi realizada pela ACETL após medição feita pela CESP, tudo com o conhecimento dos associados. Por não ter se insurgido no período de 12 (doze) anos, alega que a autora se deu por satisfeita com a argila já recebida. Discorda da validade o documento em que consta a entrega de 9.371,172 m³ de argila de propriedade da autora em sua empresa, sob o argumento de não ter assinado o referido documento, por não estar protocolado e por ter sido completado posteriormente. Em razão da perda com a compactação do solo, aduz ter recebido 10% a menos do volume total da argila que lhe era devida, equivalente a 11.364,82 m³. Assevera, ainda, que a quantidade de argila constante na cláusula terceira do termo de compromisso, 25.344 m³, lhe foi dada para pagar os serviços de retirada, transporte e estocagem, por isso não se configura adiantamento do pagamento. Requer, subsidiariamente, redução da indenização com a fixação de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos) como valor de referência do metro cúbico da argila, bem como a redução dos honorários de sucumbência.

As empresas autora e ré outorgaram procurações (f. 293/294) à Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL para representá-las nas negociações realizadas com a Companhia Energética de São Paulo – CESP, as quais visavam à formalização, à implementação e à consecução do programa de mitigação dos impactos gerados pelo reservatório da Usina de Porto Primavera, no Rio Paraná.

A Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL assumiu a tarefa de receber a argila entregue pela Companhia Energética de São Paulo – CESP, bom como de distribuí-la entre os seus associados.

Segundo consta no demonstrativo de distribuição complementar da quarta medição assinado pelo Vice-Presidente da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL (f. 20), 9.371,172 m³ de propriedade da empresa autora, Cerâmica Júlio Fernandes Colino Neto – ME, foi entregue indevidamente no depósito n. 16-1 da empresa ré, Cerâmica São Domingos Ltda.

Já no ofício 07/2000 (f. 21), o Vice-Presidente da Associação dos Ceramistas de Três Lagoas – ACETL requer à Companhia Energética de São Paulo – CESP o remanejamento da titularidade excedente de argila existente no depósito n. 16-1 da Cerâmica São Domingos Ltda, consistente em 9.371,172 m³, para Cerâmica Júlio Fernandes Colino Neto – ME.

A Companhia Energética de São Paulo – CESP, por meio de documento (f. 24/26), confirma todos estes fatos. Ao responder ofício do juízo, diz que 9.371,172 m³ de argila de propriedade da empresa autora foram entregues à empresa ré.

As testemunhais ouvidas em juízo também confirmam que a empresa ré recebeu quantidade de argila a mais do que lhe era de direito, 115.000 m³, e que esta argila deveria ser redistribuída para outra empresa impactada pelo empreendimento da CESP.

Outro fato relevante para manutenção da sentença é que a argila entregue a mais pela empresa ré condiz exatamente com a quantidade de argila deixada de ser entregue para empresa autora.

Este fato se confirma no depoimento de Izaltino Santana de Camargo, empregado da empresa ré por mais de 10 anos. Disse que a associação depositou cerca de 125.000 m³ de argila na empresa ré, que só tinha direito a receber 115.000 m³.

A alegação de empolamento também não interfere no julgamento. Conforme consta em contrato (f. 295/301), seriam acrescidos 18% a mais sobre o montante efetivamente devido para compensar a perda de argila com a compactação do solo, ou seja, a empresa ré teria direito a 135.936 m³. A associação entregou a empresa ré a quantia total aproximada de 150.344 m³. A primeira entrega foi de 25.344 m³ e a segunda de 125.000 m³, quantia bem superior a que lhe era efetivamente devida.

Feitos esses esclarecimentos, não há dúvida da posse injusta da empresa ré em relação à argila discutida neste processo e este fato autoriza a empresa autora, a verdadeira proprietária da argila, reivindicar o seu bem do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme dispõe a regra do artigo 1.228 do Código Civil.

No entanto, em razão da inexistência do objeto da demanda, haja vista que o consumo total da argila, conforme alegação do representante da empresa ré, necessário concentrar o julgamento apenas no pedido subsidiário, o de indenização.

O magistrado fixou na sentença o preço do metro cúbico da argila em R$ 35,00 (trinta e cinco reais), atualizado pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos desde a notificação, realizada no dia 10 de agosto de 2012. Já a empresa ré, apenas no recurso de apelação, defende a incidência do valor de R$ 9,50 como referência do metro cúbico da argila.

Considerando que o valor de referência do metro cúbico da argila apresentado pela empresa autora na petição inicial é subsidiado por dois orçamentos (f. 27/28), não se vislumbra qualquer irregularidade, especialmente pelo fato de a empresa ré não ter se insurgido especificamente contra eles no momento oportuno, na contestação.

Sendo assim, diante da inércia processual da empresa ré, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil, presume-se verdadeira a alegação da empresa autora de que o valor do metro cúbico da argila na data do ajuizamento da demanda era de R$ 35,00 (trinta e cinco reais).

Aliás, embora a empresa ré defenda somente na apelação que o valor correto do metro cúbico da argila seria de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos), não há qualquer documento nos autos que confirme a veracidade desta alegação.

Quanto aos honorários de sucumbência, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, não há qualquer abusividade, tendo em vista o tempo de tramitação do processo, o grau de complexidade da demanda e o zelo dos advogados no cumprimento de suas atribuições.

Posto isso, nego provimento ao agravo retido e ao recuso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juizes, Geraldo de Almeida Santiago, José Ale Ahmad Netto e Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 01 de setembro de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0905727-19.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – AUTARQUIA – PROPRIEDADE QUE SERVE ÀS SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS.

Tendo em vista que a propriedade imobiliária serve às finalidades essenciais da autarquia executada, esta se encontra imune à incidência de quaisquer impostos.

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

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Município de Campo Grande interpõe apelação cível (f. 11/30) contra a sentença (f. 3/7) que decretou a extinção da execução fiscal, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo que embasa a ação.

Alega que a imunidade tributária entre os entes da federação está condicionada à comprovação de que o bem esteja vinculado às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Dessa forma, tendo em vista que não está demonstrada tal circunstância em relação à executada (AGESUL) não poderia o juiz ter reconhecido o direito à imunidade, sendo devida a cobrança do IPTU por meio da presente execução fiscal. Requer o provimento do apelo para tornar sem efeito a sentença, com intuito de dar prosseguimento à execução fiscal. Requer o prequestionamento da matéria.

Não foram apresentadas contrarrazões, uma vez que não formalizada a relação jurídico-processual.

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Município contra a sentença que decretou a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, em razão da inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo que embasa a ação.

Consoante esclarecido pela magistrada singular, a CDHU, que tinha natureza de empresa pública estadual, foi extinta por meio da Lei Estadual nº. 2.152/2000, que, em seu art. 83, V, "c", determinou a incorporação de suas funções à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (AGESUL).

Posteriormente, a Lei Estadual n. 2.856/2004 autorizou a incorporação ao patrimônio da Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul (AGEHAB) dos bens imóveis destinados a fins habitacionais, adquiridos pela AGESUL, seja originariamente, seja por sucessão da CDHU.

Ou seja, a partir da vigência da Lei Estadual 2.856/2004, todos os imóveis que pertenciam à CDHU, inclusive sobre o qual recai o tributo cobrado, passaram ao patrimônio da AGEHAB que, por sua vez, de acordo com a Lei Estadual n. 2.575/2002, é autarquia integrante da administração indireta do Poder Executivo, dotada de personalidade jurídica de direito público.

Diferentemente do que propõe o Município no recurso, a comprovação quanto à finalidade do imóvel está demonstrada no caso. A lei instituidora da autarquia relaciona, em seu art. 2º e incisos, as suas finalidades, dentre as quais está o apoio, mediante recursos estaduais e desempenho de projetos na construção, ampliação, reforma de unidades habitacionais de interesse social.

Portanto, é evidente que a propriedade imobiliária em questão serviu aos fins essenciais da atividade da autarquia, de maneira a justificar a concessão da imunidade tributária na espécie e, por conseguinte, obstar a cobrança do imposto exigido.

Logo, na qualidade de entidade autárquica, passou a ser abrangida pelo art. 150, VI, "a" c/c § 2º da Constituição, ou seja, pela imunidade tributária, conforme segue:

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
>
> *§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."*

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

> *TRIBUTÁRIO. IPTU. PATRIMÔNIO AUTÁRQUICO. IMUNIDADE. ART. 150, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÔNUS PROBATÓRIO. 1.O STJ firmou o entendimento*

de que o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, portanto, não abrangido pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição recai sobre o Município. 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1.190.540/RJ, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda Turma, julgado em 24/11/2009, Dje 18/12/2009)

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

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL - COBRANÇA DO IPTU - PROPRIEDADE DA AUTARQUIA. 1. É a Autarquia imune ao IPTU incidente sobre imóvel de sua propriedade, imunidade que não cessa em caso de aluguel. 2. Ônus de informar ao Fisco que não deve ser suportado pela Autarquia, bem assim a prova da imunidade. 3. Recurso especial improvido. (REsp 285.799/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/03/2002, DJ 06/05/2002 p. 270)

Com efeito, não prospera a alegação da parte apelante de que autarquia não goza da imunidade tributária em questão, devendo ser mantida a decisão de primeiro grau por suas próprias razões.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juízes, Geraldo de Almeida Santiago, José Ale Ahmad Netto e Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0043526-24.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Somente a condição de vedação legal permite o reconhecimento de impossibilidade jurídica do pedido.

Se o imóvel foi financiado com recursos do SFH, o que implica o reconhecimento do viés público que tal bem ostenta, resta verificada a impossibilidade de sua aquisição pela via do usucapião (art. 183, 3°§, CF; art. 102 do NCC; súmula 340 do STF e artigo 9º da Lei 5.741/71).

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Cleber Adilmar Ribeiro de Lucena e Tainah de Souza Cardoso, inconformados com a sentença que reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu, sem resolução de mérito, a ação de usucapião por eles aforada em face de Francielze Almeida Rosa e Elaine Vilhalba Cabral Rosa.

Nas razões do apelo trazidas a este Sodalício (fls. 359-369), sustentam tese de possibilidade jurídica do pedido, porque o bem usucapiendo não é público, pois na matrícula constam como proprietários os recorridos, que são pessoas físicas.

Argumentam que "*a sentença atacada merece ser reformada, pois entendeu que o bem não se trata de bem público (fls. 354 – embora não se trata, como antes dito, de um bem integrado ao patrimônio público), mas é insuscetível de usucapião, dessa forma, vulnerou o art. 183, §3° e o art. 191, parágrafo único, da Constituição*" (fl.365).

No desfecho, pedem o conhecimento e provimento do apelo, com a integral reforma da sentença vergastada, declarando-se que o imóvel em discussão é particular e suscetível de ser usucapido, devolvendo-se os autos à Comarca de origem para que sejam produzidas as provas necessárias em audiência, dando regular prosseguimento ao feito até o julgamento do mérito da causa.

Em contrarrazões (fls. 387-389), Francielze Almeida Rosa e Elaine Vilhalba Cabral Rosa pediram a manutenção da sentença. No mesmo sentido, a peça de resistência da Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex (fls. 391-399).

Em parecer, a PGJ opina pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 435-441).

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Cleber Adilmar Ribeiro de Lucena e Tainah de Souza Cardoso, inconformados com a sentença que reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu, sem resolução de mérito, a ação de usucapião por eles aforada em face de Francielze Almeida Rosa e Elaine Vilhalba Cabral Rosa.

Considerações iniciais

Buscam os recorrentes usucapirem o imóvel identificado sob o Lote 17, da Quadra 02, do Jardim Panamá, matriculado sob o n° 96.220, por exercerem a posse sobre o imóvel por 12 (doze) anos ininterruptos, com *animus dominis*, de forma mansa e pacífica. Pediram, ao final, a declaração do domínio da área em questão.

O Juiz singular, por sua vez, na audiência realizada em 25.06.2013, decretou a extinção do feito, sem resolução de mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido, argumentando, basicamente, o seguinte:

> *"É que conforme documento de fls. 197 e ss., o contrato vinculando os demandandos àquela referida instituição teve como origem de recursos o sistema financeiro de habitação. É aqui o surgimento do obstáculo intransponível, determinador da impossibilidade jurídica. Em uma única afirmação se diz que o imóvel, objeto do sistema financeiro de habitação, é insuscetível de usucapião. Os fundamentos são expressamente legais. O Código Civil em seu artigo 100, define que os bens públicos e de uso comum do povo, são inalienáveis. Diz ainda o artigo 102, do referido diploma que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Embora não se trate, como antes dito, de um bem integrado ao patrimônio público, não se pode perder de foco que o instituto da usucapião só permite como objeto as coisas sob comércio. As inalienáveis por qualquer fundamento, não podem ser objeto da usucapião. Ficaria então um questionamento sobre a razão pela qual um imóvel adquirido com recursos do sistema financeiro de habitação, e que integra o patrimônio público, acabaria atingindo a coisa, tornando-a inalienável".*

Impossibilidade jurídica do pedido

A questão nodal posta à apreciação cinge-se em saber se o pedido de reconhecimento da prescrição aquisitiva de imóvel financiado com recursos advindos do SFH é juridicamente impossível.

Consoante ensinamento doutrinário, *"o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente" (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de andrade Nery, 12 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, RT, 2012, f. 607).

Portanto, a condição de vedação legal permite o reconhecimento de impossibilidade jurídica.

Acerca do tema, colaciono doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> *"Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira condição da ação, como requisito prévio de admissibilidade.*
>
> *Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido imediato, contra o Estado, equ ese refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido mediato, contra o réu, que se refere à providência do direito material.*
>
> *A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrada no dispositivo legal que não admite a cobrança em juízo de dívida de jogo, embora válido o pagamento voluntário feito extrajudicialmente (Código Civil, art. 814)*
>
> *(...)*
>
> *Essa distinção entre a impossibilidade jurídica do pedido imediato e a do pedido mediato foi, aliás, expressamente agasalhada pelo Código no art. 295, parágrafo único.*
>
> *(...)*

Fosse, portanto, a impossibilidade jurídica (condição da ação) relacionada às regras de direito material, não teria sentido a duplicidade de disposições do artigo comentado..." (Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 47ª. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63-64).

Nesse sentido, colhe-se trecho de julgado emanado do STJ: "*A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o art. 267, VI, do CPC, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda"* (STJ-5ª T., RMS 13.343-DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 5.2.02, deram provimento, v.u., DJU 25.2.02, p.405, apud Theotonio Negrão, in CPC, Saraiva, 45ª Ed., p. 383, nota 32 ao art. 267).

No mesmo sentido, apresento, a respeito do instituto (impossibilidade jurídica do pedido), outros julgados do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI Nº 8.878/94. PERCEPÇÃO DE VALORES RETROATIVOS. ART. 6º DA LEI 8.878/94. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 83 DO STJ.*
>
> *1. É entendimento desta Corte "que não é devida qualquer espécie de pagamento retroativo aos servidores de que trata a Lei nº 8.878/94, mas, somente, a partir do seu efetivo retorno à atividade, razão pela qual* ***o pedido de pagamento de valores anteriores à readmissão é juridicamente impossível, uma vez que vedado em lei****"* (AgRg no REsp 1345496/RS, Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 13.12.2012).
>
> *No mesmo sentido: EmbExe MS 007217, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 23.05.2011, AgRg no REsp 1.235.190/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 9.8.2012.*

> *2. Agravo regimental desprovido".* (AgRg no AREsp 480.149/PE, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015). *grifei e destaquei
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR ANISTIADO. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. PERMANÊNCIA NO ANTIGO REGIME JURÍDICO IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 11 E 19 DA LEI 10.559/2002. DESCONTOS RELATIVOS À PENSÃO MILITAR VEDAÇÃO. ART. 9º DA LEI 10.559/2002. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico, devendo apenas ser observada a irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.*
>
> *2. A Lei 10.559/2002 traz previsão específica, em seus arts. 11 e 19, sobre a substituição do regime jurídico a que os anistiados políticos se sujeitam. Assim, não é possível ao anistiado militar manter-se no regime jurídico da Lei 6.880/80 para fins de garantir a reversão da pensão militar à filha que viva sob sua dependência, mediante contribuição previdenciária.*
>
> *3. O acórdão recorrido decidiu manter a sentença de primeiro grau que extinguiu o processo sem apreciação do mérito,* ***por entender que o pedido do autor é juridicamente impossível, ante a previsão expressa no ordenamento jurídico de norma que veda a contribuição previdenciária pretendida, qual seja, o art. 9º da Lei 10.559/200****2.*
>
> *Não obstante, a dicção das razões do recurso especial revela que este fundamento do acórdão recorrido não foi objeto de impugnação. Incidência analógica da Súmula 283/STF. Precedentes. Agravo regimental improvido".* (AgRg no REsp 1374353/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 26/05/2015). Grifei e destaquei.

In casu, repise-se, a impossibilidade do usucapião foi reconhecida pelo juiz *a quo* porque o imóvel usucapiendo foi financiado com recursos do SFH. Tal fato implica o reconhecimento do viés público que tal bem ostenta, já que subsidiado por meio de fundos públicos.

Ora, se o bem se submete ao regime de direito público, sua ocupação clandestina configura o crime tipificado no artigo 9º da Lei 5.741/71, *in verbis:*

> *"Art. 9º Constitui crime de ação pública, punido com a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa de cinco a vinte salários mínimos, invadir alguém, ou ocupar, com o fim de esbulho possessório, terreno ou unidade residencial, construída ou em construção, objeto de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação.*
>
> *§ 1º Se o agente usa de violência, incorre também nas penas a esta cominada.*
>
> *§ 2º É isento da pena de esbulho o agente que, espontaneamente, desocupa o imóvel antes de qualquer medida coativa.*
>
> *3º O salário a que se refere este artigo é o maior mensal vigente no país, à época do fato."*

Além dessa vedação legal, a própria Constituição Federal estabelece, em seu art. 183, §3°, a impossibilidade de usucapir imóveis públicos. Então, no mesmo caminho, imóveis financiados com recursos públicos.

Nestes termos a Súmula 340 do STF:

> *"Sum. 340. Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".*

Aliás, bem lembrou o juiz de origem o conteúdo do art. 102 do Novo Código Civil:

> *"Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião".*

Neste viés, Fabrício Zamprogna Matiello comental tal artigo:

> *"Depois de considerar inalienáveis os bens públicos (como regra), nada mais conveniente e lógico do que impedir a incidência da chamada prescrição aquisitiva e a consequente aquisição do domínio por usucapião de tais bens. Sendo inalienáveis, a imprescritibilidade é uma decorrência natural em relação aos bens públicos, pois o interesse da coletividade tem supremacia sobre eventuais interesses privados. Também com base nesse raciocínio é que a le estabelece que os bens públicos são insuscetíveis de penhora, seja qual for a origem ou a finalidade da demanda judicial.*
>
> *A vedação do usucapião sobre bens públicos não leva em conta a categoria em que se inserem e tampouco considera a modalidade de usucapião que se pretende aplicar. Todos os bens públicos estão infensos a todos os tipos de usucapião, em qualquer circunstância, pois se trata de regra absoluta não excepcionada pela lei em momento algum"* (Código Civil Comentado. 3ªEd. São Paulo: LTr, 2007. p. 87-88)

A respeito do tema, colhem-se julgados dos TRFs:

> *"CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SFH. IMPOSSIBILIDADE, 1. A jurisprudência orienta-se no sentido da impossibilidade de aquisição de imóvel inserido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação mediante usucapião. Isso porque, tal imóvel possui a finalidade de atendimento à política habitacional do Governo Federal, estando, pois, submetido a regime de direito público, e porque a ocupação configura crime de ação pública, tipificado no artigo 9º da Lei 5.741/71. 2. Nega-se provimento ao recurso de apelação".* (TRF1; AC 0003962-43.2008.4.01.3700 / MA, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Rel.Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira, Sexta Turma, e-DJF1 p.221 de 30/09/2013).
>
> *"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. ART. 183 CRFB/88 E ART. 1240 DO CC/02. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. IMÓVEL DADO EM GARANTIA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO JUNTO A CEF. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. POSSE CLANDESTINA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A jurisprudência tende ao pacífico entendimento de que bens de propriedade da CEF, oriundos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, não podem ser objeto de usucapião, tendo em vista sua destinação especial. 2. Esta eg. Corte orienta-se no sentido de considerar clandestina a posse daquele que ocupa bem imóvel objeto de contrato de financiamento imobiliário junto à Caixa Econômica Federal, não se caracterizando, dessarte, o animus domini necessário ao reconhecimento da prescrição aquisitiva nos moldes do art. 183 da CFRB/88 e do art. 1.240 do Código Civil/2002. Precedentes. 3. Em se tratando de usucapião especial de imóvel urbano, o artigo 183 da Constituição estabeleceu os seguintes requisitos para sua configuração: (1) animus domini do possuidor; (2) não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; (3) posse ininterrupta e sem oposição; (4) posse por prazo superior a cinco anos; (5) posse pessoal, ou seja, utilização do imóvel para sua moradia ou de sua família; e, (6) imóvel de até 250 metros quadrados na área urbana. A ausência de*

qualquer uma dessas condições afasta, por si só, a possibilidade de se adquirir o domínio do bem pela prescrição aquisitiva. 4. Não há como reconhecer a usucapião do bem, na medida em que a Autora não só tinha conhecimento da existência de prévio contrato de financiamento, como também se caracteriza apenas como mera ocupante do imóvel, uma vez que referido financiamento foi realizado entre o mutuário originário e a CEF, tendo sido posteriormente firmado "contrato de gaveta" entre aquele e terceiros, que nem integram a lide. Inexiste nos autos qualquer documento que justifique, ainda que informal ou ilegitimamente, a posse da Autora no imóvel; sendo, com mais razão, clandestina a sua posse. 5. Apelação autoral desprovida". (TRF2; Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 201251020050574 – RJ; 5ª Turma Especializada; julgado em 26/06/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. IMÓVEL PERTENCENTE AO SFH. PROTEÇÃO CONTRA OCUPAÇÕES IRREGULARES. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. DESTINAÇÃO DO SFH À CONDUÇÃO DA POLÍTICA HABITACIONAL.

1. Tratando-se de beneficiário da justiça gratuita, o presente recurso merece ser conhecido independentemente de preparo.

2. A decisão de primeira instância está lastreada na análise do conjunto probatório carreado aos autos principais, estando devidamente fundamentada. Diante disso, e tendo em vista que o ora agravante não logrou demonstrar com provas concretas o desacerto dessa decisão, seus fundamentos devem ser mantidos.

3. A hipótese de usucapião urbana especial, prevista no art. 183 da Constituição, no art. 9º da lei 10.257/01 e no art. 1.240 do Código Civil, não exige justo título ou boa-fé, mas somente a inexistência de outros imóveis em nome da pessoa interessada e sua ocupação por cinco anos, para fins de residência familiar.

4. De igual forma, a outra espécie de prescrição aquisitiva de que se vale a apelante, qual seja, a usucapião extraordinária, prevista no antigo art. 550 do Código Civil de 1916, também independe de justo título ou boa-fé, necessitando tão apenas que a pessoa ocupe o imóvel pelo período de vinte anos, sem interrupção ou oposição, com animus domini.

5. Entretanto, não é possível singelamente ignorar que o imóvel pretendido pertence a um empreendimento objeto de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação - SFH, concedido pela Caixa Econômica Federal, tendo a hipoteca como garantia do mútuo. Trecho da decisão do Juízo a quo (Fls. 47v).

6. Como o imóvel em comento constitui objeto de operação financeira no bojo do sistema financeiro de habitação, merece proteção contra eventuais ocupações irregulares, consoante prescreve o art. 9º da Lei n.º 5.741/71. Precedentes do E. TRF-4, do E. TRF-2 e deste E. TRF-3.

7. Ausente, portanto, o requisito da intenção de ter a coisa para si (animus rem sibi habendi ou animus domini). Com isso, inviável a satisfação da pretensão recursal.

8. O SFH é destinado à condução de política habitacional que beneficia a população de baixa renda e, neste sentido, preservar as receitas derivadas do adimplemento de mútuos propicia a manutenção de recursos públicos necessários a implantação de empreendimentos habitacionais no país.

9. Manifestação do Ministério Público em sentido semelhante (Fls. 141).

10. Agravo de instrumento conhecido e não provido". (TRF 3ª Região, Décima Primeira Turma, AI 0033603-25.2012.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal José Lunardelli, julgado em 09/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 Data:19/09/2014).

> *"ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. IMÓVEL ADQUIRIDO COM RECURSOS DO SFH.*
>
> *1. A usucapião é forma originária de aquisição da propriedade, que se implementa pelo (a) decurso de prazo temporal compatível com a modalidade respectiva e (b) pelo qualificado animus domini, além de outros requisitos legais específicos.*
>
> *2. O imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) não é suscetível de aquisição por usucapião, dado o seu caráter público, a precariedade da posse e a finalidade social do mútuo habitacional - qual seja, possibilitar a aquisição de moradia a baixo custo para a população. Admitir que ocupantes de imóveis financiados por programas habitacionais governamentais possam adquiri-los, mediante usucapião, prejudica todos os que dependem do retorno dos recursos mutuados para também serem beneficiados e terem acesso à moradia. Precedentes"* (TRF4; Apelação Cível nº 5007233-13.2012.4.04.7204/SC; Relator: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão; julgado em 06.08.2015).

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – MODALIDADE ESPECIAL URBANO – SENTENÇA DE EXTINÇÃO PELA INÉPCIA DA INICIAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE POSSE "AD USUCAPIONEM" – POSSE COM VÍCIOS – SENTENÇA MANTIDA – APELAÇÃO IMPROVIDA. Para a declaração da usucapião especial urbana, necessário que se comprove a posse por cinco anos ininterruptos e sem oposição, para uso de sua moradia ou de sua família em área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Os imóveis objetos de financiamento imobiliário pelo SFH e gravados com hipoteca gozam de especial proteção e não se submetem a usucapião, notadamente por parte daqueles que assim o adquiriram e não cumpriram com a respectiva obrigação de pagamento, tornando a posse de má-fé. Evidenciada a posse viciada, não há como caracterizá-la como "ad usucapionem", apesar do transcurso do prazo. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido"* (TJMS; Apelação - Nº 0835149-60.2013.8.12.0001; 1ª Câmara Cível; Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan; julgado em 04 de novembro de 2014).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – RESPONSABILIDADE DA TRANSMITENTE EMGEA POR EVENTUAL EVICÇÃO – EVENTO FUTURO E INCERTO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRELIMINAR AFASTADA – IMÓVEL PERTENCENTE AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELA AUTORA – AUSENTE REQUISITO DE ANIMUS DOMINI – CIÊNCIA PELA OCUPANTE DA PRECARIEDADE DE SUA POSSE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. O simples fato da EMGEA eventualmente responder pela eviccção de direito, decorrente da transmissão do imóvel, não enseja a competência da Justiça Federal, uma vez que se trata de evento futuro e incerto relacionado à terceira interessada, já que não é parte no feito. A posse decorrente do contrato de financiamento imobiliário vinculado ao SFH é condicionada ao adimplemento das prestações, não se convalidando pelo decurso do tempo a fim de gerar usucapião. Do mesmo modo, a ciência pelo ocupante da irregularidade e precariedade de sua posse afasta o requisito animus domini"* (TJMS; Apelação – Nº 0013552-73.2010.8.12.0001; 2ª Câmara Cível; Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues; julgado em 20 de maio de 2014).

Aliás, vale destacar trecho do voto condutor do Recurso de Apelação - Nº 0835149-60.2013.8.12.0001, de relatoria do Des. Marcelo Câmara Rasslan:

> *"(...) a jurisprudência tem sedimentado, por inúmeras vezes, que o imóvel financiado pelo SFH não está sujeito a posse ad usucapionem, notadamente pelos adquirentes inadimplentes, seja porque o art. 9.º, da Lei n.º 5741/71, tipifica como crime a invasão ou ocupação, com fim de esbulho possessório, de terreno ou unidade habitacional construída ou em construção, objeto de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação, seja porque eles detêm natureza pública, sendo imprescritíveis para efeito de usucapião na forma do art. 183, § 3.º, da Constituição da República. Veja-se, a respeito, os autos n.º 0015005-67.2009.4.01.3400, do TRF da 1.ª Região, e n.º 0033603-25.2012.4.03.0000, do TRF da 3.ª Região, entre outros".*

Destarte, bem destacou o juiz singular, *litteris*:

> *"A questão essencial está que o imóvel presta garantia a um recurso com interesse público e a coletivida incluída naquele interesse não pode ficar prejudicada se a coisa é transferida isoladamente para terceiro, uma vez que a entrega dos recursos fica frustrada. Do que se viu nos autos, em nenhum momento a propriedade do imóvel ficou consolidada nas mãos da credora hipotecária, sendo esta a única hipótese em que a flexibilização da jurisprudência sobre o tema tem permitido a deflagração da contagem do interstício ad uscapione. Diante do acima exposto, o tempo de permanência dos autores naquele imóvel não pode ser juridicamente reconhecido como orientado pelo animus domini, daí por que se poderia determinar a impertinência da pretensão também pela manifesta ausência do intervalo legal. Como não questionou propriedade da instituição financeira, retoma-se um passo para afirmar como inatingível a usucapião. O pedido é então juridicamente impossível (...)"*

Sendo assim, deve ser mantida a sentença originária, a qual extiguiu o feito, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido.

Dispositivo

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0812630-91.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL – ILEGITIMIDADE DO CÔNJUGE – AFASTADA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – NULIDADE DO AVAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – APRECIAÇÃO EQUITATIVA – INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 4º, CPC – APELAÇÃO IMPROVIDA E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O consorte prejudicado pelo aval concedido sem a sua autorização tem legitimidade para ajuizar ação com o objetivo de anular a garantia prestada sem sua anuência (art. 1650 do CC).

2. Excetuado os casos de regime absoluto de bens, o aval dado por cônjuge em título de crédito sem a devida vênia marital é anulável, nos termos do art. 1.647, III, c/c 1.649, caput, do Código Civil.

3. Em atenção ao § 4º e diretrizes das alíneas do § 3º do art. 20 do CPC, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios para o fim de remunerar condignamente o patrono que obtém proveito econômico considerável em favor de seu cliente, sob pena de, caso mantido ou diminuído o arbitramento, aviltamento da profissão.

4. Apelação não provida e recurso adesivo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso do Banco e dar parcial provimento ao de Alice Mitsue, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de julho de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Banco Santander (Brasil) S/A interpõe apelação cível e Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen interpõem recurso adesivo em desfavor de sentença (fls.266/271) proferida nos autos da ação anulatória de aval movida por este em face daquele.

O *decisum*, em razão da ausência da outorga marital, julgou procedente o pedido *"para o fim de anular o aval prestado por Joanilson Toshio Ishioka no Contrato de Confissão e Renegociação de Dívida nº 63854292-7, determinando, por consequência, sua exclusão do polo passivo da execução nº 0069073-03.2010.8.12.0001, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC"*,

condenando o Banco Santander (Brasil) S/A ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Banco Santander (Brasil) S/A, em seu apelo (fls.275/290), ventila preliminar de ilegitimidade da esposa (Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka) para pleitear a suspensão da ação de execução e a exclusão do nome do cônjuge avalista do contrato objeto do litígio.

No mérito sustenta que não se configura a nulidade do aval por ausência da outorga uxória, pois *"basta tão somente a assinatura de uma pessoa para que o título seja avalizado"* (fl.283).

Defende que o aval é uma obrigação individual, portanto, responderá o cônjuge avalista até o limite da meação do patrimônio do casal.

Aduz que os honorários advocatícios foram fixados sem observância do princípio da proporcionalidade, razão pela qual devem ser reduzidos.

Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen, nas razões do recurso adesivo (fls.294/303), pugnam, tão somente pela majoração dos honorários advocatícios. Argumentam, para tanto, que, não obstante a fixação tenha fundamento no § 4º do at. 20 do CPC, deveria o magistrado arbitrar o valor atento às alíneas do § 3º do mencionado dispositivo.

Verberam sobre a complexidade e importância da causa que retirou o aval prestado em título de crédito cuja execução alcança R$ 402.437,69, de modo que deveria se averiguar o proveito útil obtido pelo patrono em favor de seu cliente. Culminam, assim, por pedir a verba honorária seja fixada em 10% sobre o valor da causa.

Em contraminuta (fls.306/329), Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen pugnam pela manutenção da sentença.

Banco Santander (Brasil) S/A contrarrazoou (fls.333/338), pugnando pelo improvimento do recurso adesivo.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Santander (Brasil) S/A e recurso adesivo manejado por Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen contra sentença que, nos autos da ação anulatória de aval, julgou procedente o pedido *"para o fim de anular o aval prestado por Joanilson Toshio Ishioka no Contrato de Confissão e Renegociação de Dívida nº 63854292-7, determinando, por consequência, sua exclusão do polo passivo da execução nº 0069073-03.2010.8.12.0001, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC"*, condenando o Banco Santander (Brasil) S/A ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

A instituição financeira apela, sustentando, preliminarmente, ilegitimidade *ad causam* da cônjuge para pretensão anulatória de aval prestado sem a outorga uxória. No mérito, defende a legalidade do aval e pede a redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen aderem ao apelo, pedindo a majoração da verba honorária.

Ab initio, consigno que a análise da questão atinente aos honorários advocatícios, tendo em vista ser objeto de insurgência em ambos os recursos, será analisada conjuntamente.

Ademais, proferirei o voto em tópicos, atento aos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco[1], de que as decisões devem ser decompostas em capítulos, e, por questão de lógica processual, apreciarei as teses e argumentos em ordem de prejudicialidade.

I. Ilegitimidade *ad causam*

Não merece prosperar a preliminar aventada.

Para que o autor e o réu sejam partes legítimas na demanda é necessário, quanto ao primeiro, que haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, enquanto que ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

À evidência, de fato, a esposa tem legitimidade para mover ação que visa anular o aval prestado pelo varão sem a outorga marital.

Tanto é assim que o art. 1650 do Código Civil, legitima apenas o consorte que não autorizou o aval ou os herdeiros a pleitear a anulação da garantia. A propósito:

> *"Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros."*

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em notas ao assunto, asseveram que *"o cônjuge prejudicado pela fiança ou pelo aval dado sem a sua autorização tem legitimidade para ajuizar ação anulatória da fiança ou do aval"* (*in* Código Civil comentado, 10ª ed., Revistas dos Tribunais, 2013, p.1438).

Nesse sentido são os precedentes dos Tribunais Pátrios:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - NULIDADE - AUSÊNCIA.*
>
> *A alegação de ausência de outorga uxória é restrita ao cônjuge prejudicado, sob pena de benefício da própria torpeza por aquele que assume a garantia. É anulável o aval prestado sem outorga uxória, provocando efeitos apenas na reserva de meação do cônjuge prejudicado." (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.13.036882-5/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, julgamento em 28/05/2015, publicação da súmula em 03/06/2015).*
>
> *"Tendo o embargante assumido a condição de avalista, não tem legitimidade para argüir nulidade por ausência de outorga, que compete somente ao cônjuge e aos herdeiros, além de não ser viável alegar em seu benefício a própria torpeza." (*TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.038732-3/002, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/01/2015, publicação da súmula em 30/01/2015).
>
> *"Outrossim, a legitimidade para pleitear a nulidade da garantia, com base na ausência de outorga uxória, é exclusiva da consorte do devedor solidário, nos termos dos artigos 239 do Código Civil de 1916 e 1650 do Código Civil vigente, não possuindo o embargante legitimidade para pleitear a nulidade invocada ou, ainda, a preservação da meação de sua mulher."* (TJRS - Apelação Cível Nº 70058458472, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 21/05/2015

1 *"São de notória relevância apenas os cortes feitos no decisório da sentença, mediante a identificação e isolamento de capítulos portadores de preceitos concretos e de imperativa eficácia prática."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34).

Aliás, o magistrado primevo bem analisou a questão:

> *"Dito isso resta claro que a autora detém legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, porquanto a pretensão de pleitear a anulação do aval diante da falta de outorga uxória é sua, não de seu marido avalista. Afinal, se assim não fosse, patente seria a contradição, na medida em que a própria pessoa que manifesta a intenção de avalizar sem anuência do cônjuge poderia pleitear a anulação do seu ato diante da omissão por si provocada." (fl.268).*

Sem mais delongas, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada no apelo.

II. Aval – necessidade de outorga uxória

Verifica-se que a cédula de crédito nº 63854292-7, espelhada às fls.35/43 dos autos, foi avalizado por Joanilson Toshio Ishioka sem que fosse concedida a outorga da cônjuge virago.

Com efeito, o art. 1.647, III, do Código Civil dispõe que:

> *"Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:*
>
> *(...)*
>
> *III - prestar fiança ou aval;"*

A necessidade da outorga marital para a concessão de aval trata-se de norma legal impositiva, sobre a qual só não será oponível nos casos em que o regime for de separação absoluta, o que não é caso dos autos, em que se vislumbra o regime de comunhão parcial de bens, conforme estampado na certidão de casamento colacionada à fl. 16.

Dessarte, indene de dúvidas que, *ex vi legis* do art. 1.649 da Lei Material Cível[2], a ausência de vênia marital no aval concedido em título de crédito configura situação que comporta a sanção de anulação da garantia prestada sem os ditames legais.

A respeito, gizem-se seguintes arestos oriundos da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ANULAR O AVAL PRESTADO SEM O CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE - INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.*
>
> *1. Nos termos do artigo 1.647, inciso III, do Código Civil, é necessária vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada.*
>
> *2. Precedentes específicos desta Corte.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1082052/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013).*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. Necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada, por força do artigo 1647, III, do Código Civil.*

2 Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

> *2. Precedentes específicos desta Corte.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1109667/PB, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 10/06/2011).

Acerca do assunto, frisem-se os escólios de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Para ser válido, o aval dado por pessoa casada – salo se no regime da separação absoluta (convencional) de bens – tem de vir acompanhado da autorização do outro cônjuge. Essa restrição do direito de família nada tem a ver com a autonomia do aval e de seu regramento pelos princípios do direito cambiário. A autorização conjugal é requisito de validade do aval dado por pessoa casada sob regime de bens que não seja o da separação absoluta convencional. Prestado o aval sem a observância desse requisito (autorização conjugal), o aval é anulável (CC 1649 caput). A anulabilidade do aval não contamina a higidez da obrigação principal que decorre do título."* (Código Civil comentado, 10ª ed., Revistas dos Tribunais, 2013, p.1438).

Neste panorama, não procede a alegação de que incide a norma do art. 898 do Código Civil, porquanto relativa à aval dado por pessoa não casada, e tampouco subsiste a tese de que a contrição patrimonial pode recair sobre a meação do consorte avalista, máxime porque a vênia conjugal tem o condão de resguardar o núcleo familiar e garantir o controle da gestão do patrimônio do casal.

Nesse tom, aliás, já se pronunciou o Tribunal da Cidadania. *In verbis:*

> *"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.*
>
> *2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.*
>
> *3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.*
>
> *4. Recurso especial provido."* (REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010).

No mesmo pórtico, cito julgado deste Sodalício:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – AVAL – ARTIGO 1.647, II DO CÓDIGO CIVIL – EXIGÊNCIA DE OUTORGA DO OUTRO CÔNJUGE – NORMA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO CONSORTE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *A exigência da outorga uxória/marital (artigo 1.647, II do Código Civil) para os negócios jurídicos de expressão econômica que exigem a prestação de aval decorre da necessidade de garantir aos cônjuges meio de controle da gestão do patrimônio já que, eventual dissolução do vínculo matrimonial interessa aos consortes no momento da partilha os bens adquiridos onerosamente durante o casamento."* (Apelação nº 0002288-32.2010.8.12.0010, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível, j. 08/10/13).

Por fim, incumbia a instituição financeira, na qualidade de credora, se cercar dos cuidados necessários à validade do aval, sobretudo porque, quando da assinatura da cédula de crédito, o avalista não omitiu o fato de ser casado, consoante se infere do item 9 do título (fl.36).

Portanto, a manutenção da sentença quanto à anulação do aval prestado é medida que se impõe.

III. Honorários advocatícios.

O magistrado fixou os honorários de sucumbência em R$2.500,00. Banco Santander (Brasil) S/A postula a diminuição do valor, ao argumento de que foi desproporcionalmente arbitrado, ao passo que Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen objetivam a majoração da quantia, pleiteando a fixação em 10% sobre o valor da causa.

Assiste razão, em parte, aos recorrentes Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen.

O magistrado *a quo* assim fixou a verba honorária:

> *"Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados com arrimo no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sobretudo diante da singeleza da matéria discutida." (fl.271).*

A minoração dos honorários advocatícios, no caso versando, culminaria no aviltamento da profissão, pois, levando-se em conta o valor dado à causa (R$ 402.437,69), que é reflexo da quantia que se executa e da qual o avalista foi eximido, não se mostra razoável e proporcional diminuir a verba para valor aquém do que foi fixado.

Com efeito, o arbitramento de honorários em ações desse jaez, em que não há condenação, deve ser pautado no art. 20, § 4º, da Lei dos Ritos, atento às diretrizes estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c" do mencionado dispositivo.

De fato, o magistrado se utilizou do adequado fundamento legal para o fim colimado (art. 20, § 4º, CPC), contudo, tenho que, após detida análise da *vexata quaestio,* os honorários devem ser majorados.

Entrementes, o patamar a ser elevado não pode ser aquele pretendido pelas partes que recorreram adesivamente, isso porque a fixação em percentual sobre o valor da causa, além de não ser o modo mais adequado para se chegar a um montante correto, refoge ao que dita o art. 20 do Digesto de Formas Cíveis.

Em situações como a presente, em que se está diante de uma sentença declaratória, deve o magistrado arbitrar valor consoante apreciação equitativa, forte no § 4º do art. 20 do CPC, *in litteris:*

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

Acerca da fixação dos honorários advocatícios, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"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 pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 13ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 313-314).

A respeito, inclusive, já se manifestou a Segunda Câmara Cível deste Areópago:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ACOLHIDO – FIXAÇÃO CONFORME OS CRITÉRIOS LEGAIS – RECURSO PROVIDO. Para a fixação do valor dos honorários advocatícios, além dos critérios legais, deve ser observado o benefício econômico proporcionado à parte pelos trabalhos prestados pelo seu advogado e, ainda, deve ser garantida a igualdade de tratamento entre os litigantes, devendo esta quantia ser suficiente a remunerar a atuação do causídico".* (TJMS; Apelação - Nº 0801602-88.2013.8.12.0046; 2ª Câmara Cível; Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues; julgado em 12 de maio de 2015).

Diante deste cenário, o valor de R$ 15.000,00 traduz-se em quantia pecuniária que remunera condignamente o patrono da parte vencedora, máxime ao se considerar o proveito econômico obtido pelo patrono que exitosamente conseguiu a anulação de aval prestado em título de crédito, excluindo, por corolário, o cônjuge avalista do polo passivo da execução que, como já dito, alcança valor que supera a casa dos R$ 400.000,00.

Portanto, levando em conta tais particularidades do processo, o grau de zelo do profissional, a natureza da ação e a importância da causa, além do benefício econômico obtido, altero o valor arbitrado a título de honorários advocatícios para R$ 15.000,00, pois exprime montante que atende aos parâmetros mencionados.

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta por Banco Santander (Brasil) S/A e dou parcial provimento ao recurso adesivo de Alice Mitsue Sakaguti Kawamoto Ishioka e Paulo Tadeu Haendchen para o fim de majorar os honorários advocatícios para R$ 15.000,00.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso do banco e deram parcial provimento ao de Alice Mitsue, 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 Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 14 de julho de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1401305-05.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA EM CONTA-CORRENTE – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE – AFASTADA – DESCONSTITUIÇÃO DA CONSTRIÇÃO QUANTO AO MONTANTE PERTENCENTE A TERCEIRO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os valores obtidos a título de aluguel e que servem para subsistência podem ser albergados pela regra de impenhorabilidade do inciso IV do artigo 649 do CPC, desde que o interessado, nos termos do art. 655-A, § 2º, da Lei dos Ritos, comprove que são a única fonte de renda destinada à manutenção da família.

2. Sob pena de desnaturar o instituto da impenhorabilidade, o montante constante na conta-corrente, ainda que inferior a 40 salários mínimos, não está amparado pela proteção do art. 649, X, do CPC quando, dos documentos espelhados nos autos, verifica-se não se enquadrar no conceito de economia ou aplicação do pequeno poupador, mas, sim, de valor oriundo de depósito realizado em favor do devedor.

3. Comprovado que parte do valor bloqueado na conta-corrente refere-se à garantia pecuniária prestada em contrato de locação, tal caução, por não fazer parte do patrimônio do devedor, não deve responder pela dívida por ele contraída, sob pena de infringência ao princípio da patrimonialidade, insculpido no artigo 591 do Digesto Processual 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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Gerson Tutoun Yamanari interpõe agravo de instrumento contra decisão (fls.13/17) que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial movida por Loridani Martins Gonçalves, reconheceu a validade da penhora de quantia bloqueada da conta bancária do executado.

Nas razões recursais o agravante sustenta que os R$ 24.717,21 penhorados de sua conta-corrente via Bacenjud são valores protegidos pela impenhorabilidade, uma vez que R$ 10.000,00 é dinheiro de terceiro

estranho à lide, pois referente a garantia locatícia de imóvel de sua propriedade, e o restante da quantia, concernente a aluguel de seu imóvel, é de natureza alimentar, porquanto configura sua única fonte de renda.

Pede, assim, o provimento do agravo para o fim de reformar a decisão infirmada.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls.41/42).

Informações do Juízo às fls.46/47, noticiando a manutenção do *decisum*.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (fls.50/53).

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. Relator

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gerson Tutoun Yamanari contra decisão interlocutória que reconheceu a validade da penhora de R$24.717,21 de sua conta-corrente para satisfação de débito exigido na ação de execução de título extrajudicial movida por Loridani Martins Gonçalves.

O agravante aduz que R$ 10.000,00 representam dinheiro de terceiro estranho à lide, pois concernentes à caução de locação de imóvel.

Verbera que o restante da quantia refere-se a economias decorrente dos aluguéis do imóvel, amparada, portanto, pela regra de impenhorabilidade constante do art. 649 do CPC, vez que, além de ser verba alimentar (inc. IV), o montante poupado é inferior a 40 salários mínimos (inc. X).

O recurso comporta parcial provimento.

No que tange aos valores decorrentes do aluguel do imóvel, que lhe renderam economias, não assiste razão ao agravante.

De fato, os valores obtidos a título de aluguel e que servem para subsistência poderiam ser albergados pela regra de impenhorabilidade constante do inciso IV do art. 649 da Lei Processual, desde que, no entanto, o interessado comprove que são a única fonte de renda para manutenção de sua família.

Nesse sentido, confira-se precedente oriundo deste Sodalício, em que se abordou questão similar à dos autos:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL ALUGADO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE CONSTITUI O ÚNICO IMÓVEL DO DEVEDOR E QUE A RENDA DO ALUGUEL É NECESSÁRIA AO SUSTENTO FAMILIAR – ÔNUS DO DEVEDOR – IMPENHORABILIDADE AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. A respeito da penhorabilidade do único imóvel do devedor, quando objeto de contrato de locação, a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que tal bem pode ser considerado bem de família, ainda que o devedor não resida nele, desde que a renda proveniente do aluguel seja necessária à sobrevivência da família.*
>
> *2. O agravado não comprovou que o bem penhorado é o único de sua propriedade, nem que o imóvel penhorado, a despeito de locado a terceiros, é indispensável ao sustento*

> *familiar do agravado ou à garantia de sua moradia, ônus que lhe competia."* (Agravo de Instrumento - Nº 1406392-39.2015.8.12.0000 – Inocência, Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Inocência; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/07/2015; Data de registro: 03/08/2015).

No caso enfocado, o agravante não se desincumbiu, a teor do art. 333, I, do CPC, de seu ônus probatório no sentido de demonstrar se, realmente, os alugueres são sua única fonte de sustento e, de todo modo, não é possível extrair tal informação dos documentos juntados aos autos (extrato bancário e contrato de aluguel).

A propósito, nesses termos é a regra prevista no art. 655-A, § 2º, da Lei dos Ritos, ao dispor que *"compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade."*

Sobre o tema, frise-se a construção jurisprudencial:

> *"É ônus do devedor/executado comprovar que as quantias depositadas em sua conta-corrente se enquadram na hipótese de impenhorabilidade prevista no inciso IV do art. 649 do CPC, consoante regra do art. 655-A, § 2º, do mesmo diploma legal."* (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.657723-4/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, julgamento em 11/09/2014, publicação da súmula em 19/09/2014).

> *"De outra parte, ausente demonstrativo de que o valor penhorado na conta corrente do particular é referente ao pagamento de salário, é penhorável a quantia. Inteligência do art. 655-A, §2º, do CPC."* (TJMG - Apelação Cível 1.0313.11.031591-5/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgamento em 05/05/2015, publicação da súmula em 15/05/2015).

Não se pode olvidar, ainda, que, consoante prevê o art. 612 da Lei Adjetiva Civil, *"realiza-se a execução no interesse do credor"*, de sorte que o agravante/executado não pode escusar-se de adimplir o seu débito com base em meras conjecturas, do mesmo modo que não há como deferir medida em desfavor do credor que visa, há muito, receber o seu crédito.

Aliás, acerca das restrições à penhorabilidade, o Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento: *"Excepcionalmente, estabeleceu o legislador hipóteses de impenhorabilidade, regras que devem ser interpretadas restritivamente, sem que se desnature o instituto de que se cuida."* (REsp 1367538/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 12/03/2014).

Não por outro motivo é que a Corte de Uniformização Infraconstitucional posiciona-se no sentido de que, ainda que os valores penhorados sejam provenientes de fonte mensal de sustento do devedor (no caso, aluguéis), a impenhorabilidade de tais verbas restringe-se apenas à quantia percebida no último mês. Sobre o assunto, confira-se:

> *"A segunda seção pacificou o entendimento de que a remuneração protegida pela regra da impenhorabilidade é a última percebida - a do último mês vencido - e, mesmo assim, sem poder ultrapassar o teto constitucional referente à remuneração de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Após esse período, eventuais sobras perdem tal proteção."* (EREsp 1330567/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014).

De igual forma, no que se refere à tese de impenhorabilidade consubstanciada no inciso X do art. 649 do CPC, melhor sorte não ampara o agravante.

Aduz o recorrente que a quantia de pouco mais de R$14.000,00 penhorada de sua conta-corrente seria resultante de economias derivadas do aluguel mensal de seu imóvel e que, conquanto não esteja depositada em caderneta de poupança, deve receber o mesmo amparo legal (649, X, CPC), máxime porque o montante não excede 40 salários mínimos.

Observa-se que o agravante vale-se de sofisma para sustentar a tese ventilada.

Isso porque, em análise ao extrato bancário espelhado às fls.25/32 dos autos, verifica-se que, ao contrário do que afirma, o agravante não poupou os valores depositados a título de aluguel. À evidência, pode-se perceber que, todo dia 15 de cada mês, foram consignados R$3.600,00 concernentes ao aluguel e, mensalmente, foi consumido tal montante.

Pode-se observar, ademais, que o valor ao qual o recorrente quer dar a falsa impressão de ser oriundo de economia é, em verdade, fruto de depósito no importe de R$12.915,36, realizado, aos 25/09/14, pela sua esposa, Sra. Cheng Foon Yamanari (*vide* fl.28).

Não fosse isso, a jurisprudência Pátria posiciona-se no sentido de que o valor constante de conta-corrente, quando não caracterizar poupança, investimento ou economias do devedor, não pode ser protegido pelo mesmo manto da impenhorabilidade conferida àquelas quantias constantes das cadernetas de poupança.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE QUANTIA EM CONTA CORRENTE PELO SISTEMA BACEN-JUD. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 649, X, DO CPC. MANUTENÇÃO DA PENHORA. É absolutamente impenhorável, até o limite de 40 salários mínimos, quantia depositada em caderneta de poupança. Inteligência dos artigos 649, X, do CPC (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006). Caso dos autos em que a penhora foi realizada em conta corrente do agravante e não em caderneta de poupança, razão pela qual deve ser mantida a penhora efetuada. Precedentes do TJRGS. Agravo de instrumento a que se nega seguimento."* (TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70066010760, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 07/08/2015).

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA ON LINE - CONTA CORRENTE - BLOQUEIO 30% - DEPÓSITO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA - DIVERSAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS NA MESMA CONTA - DESPROVIMENTO. Verificam-se pelos extratos bancários colacionados aos autos que a conta corrente do agravante recebe depósitos diversos além dos proventos de aposentadoria. Não comprovou o recorrente que os demais valores que ali são depositados possuem algum gravame de impenhorabilidade, sendo possível, então, a penhora via Bacenjud."* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0079.01.028081-0/005, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível, julgamento em 14/07/2015, publicação da súmula em 24/07/2015).

Por outro lado, o agravante tem razão quanto à impossibilidade de penhora de R$ 10.000,00 concernentes à caução de locação de imóvel, porquanto tal quantia, por sua natureza, pertence, em verdade, a terceiro estranho à lide.

O contrato de locação e o extrato de conta corrente espelhados nos autos do agravo servem para comprovar a contento os argumentos do recorrente quanto à origem dos R$ 10.000,00.

Consta do parágrafo único da cláusula terceira do contrato de locação que: *"A título de garantia das despesas referidas nesta cláusula será feito um depósito no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em conta corrente dos proprietários/locadores, servindo-se o mesmo como garantia a eventuais débitos relativo a presente hospedagem (...); devendo este ser devolvido à hospede/usuária na data de término do contrato (...)."* (*Sic,* fl.21).

O referido instrumento contratual foi firmado entre o ora agravante e a hóspede/usuária, Sodécia América do Sul Participações Ltda., aos 14/07/14, cujas firmas foram reconhecidas em 15 e 18 de julho de 2014 (fls.23/24).

O extrato bancário demonstra que, em 16/07/14, mencionada hóspede/usuária realizou um depósito de R$ 10.000,00 na conta-corrente do agravante (*vide* fl.25).

Assim, por se tratar de quantia que não faz parte do patrimônio do devedor/recorrente, pois relativa à garantia pecuniária prestada em contrato de locação, não pode tal montante responder pela dívida contraída pelo agravante, sob pena de infringência ao princípio da patrimonialidade, insculpido no artigo 591 do Digesto Processual[1].

Nesse pórtico, colacionam-se os seguintes julgados:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - CONTA CORRENTE - VALOR PERTENCENTE A TERCEIRO - REVELIA - IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO FÁTICA - SENTENÇA MANTIDA. - Em virtude dos efeitos da revelia, ou seja, presunção de veracidade dos fatos deduzidos na inicial, a parte revel ingressará no feito no estado em que se encontra, não lhe sendo lícito discutir matéria de fato tida como incontroversa.*
>
> *Demonstrado nos autos que o valor bloqueado na conta corrente da parte executada pertence a terceiro, há de ser desconstituída a penhora efetivada."* (TJMG - Apelação Cível 1.0521.09.082451-2/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, julgamento em 01/07/2015, publicação da súmula em 10/07/2015).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE VALOR EM CONTA-CORRENTE. CASO CONCRETO EM QUE RESTOU DEMONSTRADO QUE PARTE DOS VALORES PENHORADOS NÃO PERTENCIAM À EXECUTADA. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS."* (TJRS - Apelação Cível Nº 70048780944, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 30/07/2015).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para desconstituir a penhora concernente à quantia de R$10.000,00, mantendo, no mais, a constrição perfectibilizada pelo Juízo da origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

***

1 Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0140166-31.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE – AVÓS PATERNOS – LAUDO SOCIAL E CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS – COMPROVAÇÃO DE QUE A GENITORA POSSUI CAPACIDADE E CONDIÇÕES DE EXERCER O PÁTRIO PODER - PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES E NECESSIDADES DA MENOR – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por N. O. do N., contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara da Família da comarca de Campo Grande-MS na Ação de Guarda movida por J. C. e Z.C. C., por meio da qual se objetiva a guarda da menor G. C.

Referida sentença julgou procedente o pedido, concedendo a guarda da menor G. C. para seus avós paternos J. C. e Z. C. C, sob o argumento de que o conjunto probatório acostados aos autos, concluiu que a criança estará melhor amparada junto aos avós paternos, que vêm atendendo convenientemente às suas necessidades básicas, em seus vários aspectos.

Alega a recorrente, em apertada síntese, que resta claramente demonstrado que possui todas as condições necessárias para obter a guarda de sua única filha, bem como não se vislumbra nenhum impedimento à concessão da guarda à apelante.

Sustenta que consta em seu favor parecer técnico ministerial e laudo psicossocial acostado aos autos, bem como a vontade da menor em conviver com sua genitora.

Pede a reforma da sentença alegando que possui condições econômicas, sociais, financeiras, psicológica, moral e emocional para a guarda de sua filha.

Contrarrazões às fls. 351/358.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (363/371).

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por N. O. do N., contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara da Família da comarca de Campo Grande-MS na Ação de Guarda movida por J. C. e Z. C. C., por meio da qual se objetiva a guarda da menor G. C.

Referida sentença julgou procedente o pedido, concedendo a guarda da menor G. C. para seus avós paternos J. C. e Z. C. C., sob o argumento de que o conjunto probatório acostados aos autos, concluiu que a criança estará melhor amparada junto aos avós paternos, que vêm atendendo convenientemente às suas necessidades básicas, em seus vários aspectos.

Alega a recorrente, em apertada síntese, que resta claramente demonstrado que possui todas as condições necessárias para obter a guarda de sua única filha, bem como não se vislumbra nenhum impedimento à concessão da guarda à apelante.

Sustenta que consta em seu favor parecer técnico ministerial e laudo psicossocial acostado aos autos, bem como a vontade da menor em conviver com sua genitora.

Pede a reforma da sentença alegando que possui condições econômicas, sociais, financeiras, psicológica, moral e emocional para a guarda de sua filha.

Contrarrazões às fls. 351/358.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (363/371).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, passo a análise acerca da preliminar de intempestividade recursal alegada em sede de contrarrazões, sob o argumento de que o prazo de quinze dias para a interposição do recurso de apelação não foi respeitado.

Alegam os recorridos que a sentença foi publicada em 20/11/2009, findando o prazo em 07/12/2009, sendo que a apelação foi protocolizada via fax somente na data de 09/12/2009, ou seja, após 17 dias da publicação.

Não obstante as alegações alinhavadas, verifica-se que o apelo é tempestivo, uma vez que o termo final para a interposição do recurso foi prorrogado em virtude do feriado forense do Dia da Justiça, comemorado em 08 de dezembro.

Assim, uma vez que não houve expediente no TJ naquela data e no dia que precedeu o mencionado feriado, conforme Portaria nº 143 que estabelece a relação de feriados e os pontos facultativos para o exercício do ano de 2009, o prazo recursal fora prorrogado para o dia 09/12/2009, data em que o recurso foi interposto.

Diante disso, rejeito a preliminar suscitada.

Ultrapassada a preliminar arguida, passo a análise do mérito da demanda.

In casu, denota-se que a apelante (genitora da infante) pretende a reforma da sentença, sob a alegação de que pesa em seu favor a manifestação do Ministério Público, o estudo psicossocial, bem como possui uma vida organizada, estruturada e voltada para a reestruturação do convívio com sua filha, e ainda, a vontade da mesma em voltar a viver com a mãe.

Após detida análise dos autos, verifica-se que os avós paternos detinham a guarda de fato da menor desde que possuía 11 meses de vida, sendo que quando da prolação da sentença (17/11/2009), a mesma tinha sete anos de idade.

É cediço que a matéria em discussão impõe bastante acuidade e sensibilidade ao julgador, ante a existência de interesses colidentes, devendo prevalecer a pretensão que melhor se alinha com o interesse da menor.

Nesse contexto, não há que se falar em tutela de interesses de uma ou de outra parte, haja vista que se objetiva, tão somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente à obtenção de assistência material, moral e educacional, nos termos do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe *in verbis:*

> *"Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais."*

Assim, denota-se que a concessão de guarda do infante deve primar sempre pelo seu bem-estar, resguardando os direitos fundamentais e propiciando a convivência em um ambiente que promova o completo desenvolvimento de suas faculdades físicas e mentais.

Dito isso, após análise das provas produzidas nos autos, extrai-se que a menor tem bom relacionamento com os avós e com a genitora, bem como ambos possuem condições sociais e materiais semelhantes.

De início, observa-se do parecer Técnico nº 158/2009 realizado pela Secretaria Psicossocial Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios juntada às fls. 284/291, que concluiu que:

> *"(...) Em resposta ao objeto da carta precatória e com base nas informações obtidas, entende-se que a sra. N. e seu companheiro, Sr. L. têm condições de atender às necessidades básicas de afeto, saúde, proteção, educação e lazer a G., as quais são necessárias ao seu desenvolvimento psicossocial (...)".*

Na mesma linha, o Estudo Social realizado nesta comarca pelo Setor Psicossocial juntado às fls. 304/308 relata que:

> *"(...) Face ao exposto, verificamos que G. de 07 anos está adaptada ao lar dos avós paternos, no entanto a infante denota ter vínculos de afetividade com a mãe e tem uma imagem positiva da genitora e, apesar de ter se distanciado dela quando veio residir com os requerentes nesta cidade, deseja regressar ao seu convívio.*
>
> *Considerando que foi realizado estudo social com a Sra. N., cujo relatório concluiu que ela possui motivação e condições materiais para criar a filha, o parecer psicológico é de que haja uma aproximação gradativa de G. com a mãe e nesse período seja realizado estudo psicológico para avaliação da adaptação da criança ao lar materno, uma vez que os vínculos de afetividade entre mãe e filha serão determinantes para o desenvolvimento emocional saudável da infante. (...)"*

Dessa forma, da análise dos referidos relatórios extrai-se que a apelante goza de plenas condições de exercer o poder familiar sobre sua filha, possuindo condições de proporcionar afeto nas relações familiares, saúde, segurança e educação.

Por outro lado, nenhum indício de prova foi apontado no sentido de desabonar a idoneidade moral da apelante que lhe impeça o exercício da maternidade.

Cabe salientar ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 dispõe que a criança e o adolescente devem ser criados e educados, prioritariamente, no seio de sua família natural e, somente, excepcionalmente, devem ser colocados em família substituta.

Ademais, não se deve ser concedida a guarda a parentes pelo simples fato de terem melhores condições financeiras que os genitores, sendo certo que consoante a regra de direito natural o melhor ao infante é ser criado pelos pais.

Consta ainda o Relatório expedido pelo Conselho Tutelar de Samambaia do Norte – DF, juntado às fls. 383/386, que:

> *"(...) Relatou também que a filha demonstra querer morar com ela. Que todas as vezes que vem visitá-la nas férias volta para casa da avó chorando. Que em dezembro de 2011 quando veio passar as férias não quis retornar para a casa da progenitora. Que por isso, ela, comovida com a súplica da filha não a mandou para a cidade de Campo Grande-MS onde reside a progenitora.(...)*
>
> *(...) A infante ao ser ouvida neste Conselho Tutelar relatou que: "não quer voltar a morar com a avó porque sente saudades da mãe. Que gostaria de morar com sua mãe. Que as duas se dão muito bem. (...)"*

Desse último relatório, datado de 17/04/2012, extrai-se a vontade da expressa da infante em residir com sua genitora, e ainda, de que está em companhia da apelante desde o ano de 2011.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que:

> *Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.*
>
> *§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).*

Nesse diapasão, merece destaque trecho do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Amilton Plácido da Rosa (fls. 363/371):

> *"(...) É certo que, consoante regra de direito natural, o melhor para o infante é ser criado pelos pais, sendo que estes possuem preferência sobre qualquer outro parente. Assim, embora os avós partenos tenham tido o gesto louvável de acolher a criança, quando em tenra idade, lhes foi entregue pela mãe, estes não podem substituir a figura materna.*
>
> *Por essa razão, a mãe, que reúne as condições mínimas para garantir o atendimento aos direitos fundamentais da menor, não pode ser privada do convívio com a sua prole, pelo simples fato de parentes mais distantes terem melhores condições financeiras.*

(...)No caso, a vontade da menor, que obviamente sente falta da figura materna, é de residir com a mãe, o que foi constatado pela perícia, que concluiu pela necessidade de reaproximação entre mãe e filha. (...)"

Acrescente-se ainda o lapso temporal decorrido desde a prolação da sentença (17/11/2009) até a presente data, uma vez que consta dos autos que a menor, atualmente com 13 anos de idade, encontra-se com sua genitora/apelante desde o ano de 2011, conforme relatório juntado às fls. 385/386.

Dessa forma, infere-se que a pretendida ação de guarda não merece prosperar e a reforma da sentença é medida que se impõe, uma vez que não há razões de que a guarda da menor seja concedida aos avós paternos, mormente a vontade da sua genitora de criá-la, bem como possui condições para tanto, e ainda, devido o lapso temporal decorrido desde a prolação da sentença até a presente data, uma vez que consta dos autos que a menor encontra-se com sua genitora desde o ano de 2011.

Posto isto e com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação de guarda da menor G. C. formulada por seus avós J. C. e Z. C. C, com fulcro no artigo 269, I do CPC. E em razão da inversão da sucumbência, condeno os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), com base no art. 20, §4º do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 18 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0804135-37.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – *SITE* DE VENDA DE VIAGENS – CONTRATAÇÃO DE HOSPEDAGEM EM HOSTEL – PUBLICIDADE DISTINTA DA REALIDADE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OFERTADO – OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÕES CORRETAS, CLARAS, PRECISAS, OSTENSIVAS E EM LÍNGUA PORTUGUESA ACERCA DO SERVIÇO – INTELIGÊNCIA DO ART. 31 DO CDC – DEVER DE INDENIZAR – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de agosto de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

B2W Viagens e Turismo Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que lhe movem Onofre Garcia Braz e Vania Cristina Oliveira de Andrade Braz.

A sentença consiste na procedência dos pedidos para condenar a empresa requerida ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 1.090,69, corrigidos pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês desde a data da compra do pacote de viagem, bem como ao pagamento de danos morais no valor de R$ 7.000,00 para cada um dos autores, corrigidos pelo IGPM a partir da data do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde a data em que chegaram a Buenos Aires. Condenou ainda ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a apelante a excludente de responsabilidade, pois o caso se trata de culpa exclusiva dos autores e não de defeito no serviço, afirmando que os apelados não são pessoas ignorantes a ponto de não saber diferenciar *hostel* de hotel, e que todas as informações necessárias foram-lhes passadas no *site* da empresa momento da compra do pacote de viagem.

Aduz que os apelados tinham total e irrestrita ciência de que a contratação tratava-se de um *hostel,* ao invés de um hotel, evidenciando a responsabilidade deles próprios em relação ao objeto da presente lide.

Defende a inexistência de dano moral, uma vez que não houve nenhuma ofensa aos direitos da personalidade dos apelados, devendo estes arcarem com eventuais dissabores. Ressalta que o consumidor

não pode ser colocado em uma redoma de vidro, em que não podem ser responsabilizado por suas próprias condutas negligentes ou imprudentes.

Alternativamente, em hipótese de reconhecimento do dever de indenizar sustenta que o valor do dano deve ser arbitrado conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito dos autores.

Por fim, requer o provimento do recurso para que seja julgada a improcedência da ação.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

B2W Viagens e Turismo Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que lhe movem Onofre Garcia Braz e Vania Cristina Oliveira de Andrade Braz.

A sentença consiste na procedência dos pedidos para condenar a empresa requerida ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 1.090,69, corrigidos pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês desde a data da compra do pacote de viagem, bem como ao pagamento de danos morais no valor de R$ 7.000,00 para cada um dos autores, corrigidos pelo IGPM a partir da data do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde a data em que chegaram a Buenos Aires. Condenou ainda ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a apelante a excludente de responsabilidade, pois o caso se trata de culpa exclusiva dos autores e não de defeito no serviço, afirmando que os apelados não são pessoas ignorantes a ponto de não saber diferenciar *hostel* de hotel, e que todas as informações necessárias foram-lhes passadas no *site* da empresa momento da compra do pacote de viagem.

Aduz que os apelados tinham total e irrestrita ciência de que a contratação tratava-se de um *hostel,* ao invés de um hotel, evidenciando a responsabilidade deles próprios em relação ao objeto da presente lide.

Defende a inexistência de dano moral, uma vez que não houve nenhuma ofensa aos direitos da personalidade dos apelados, devendo estes arcarem com eventuais dissabores. Ressalta que o consumidor não pode ser colocado em uma redoma de vidro, em que não podem ser responsabilizado por suas próprias condutas negligentes ou imprudentes.

Alternativamente, em hipótese de reconhecimento do dever de indenizar sustenta que o valor do dano deve ser arbitrado conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito dos autores.

Por fim, requer o provimento do recurso para que seja julgada a improcedência da ação.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

O recurso não merece provimento.

Extrai-se dos autos que os autores adquiriram um pacote de viagens com destino a Buenos Aires, com hospedagem inclusa para o casal acompanhados de sua filha, mas que ao chegarem ao local destinado,

perceberam que foram vítimas de publicidade enganosa, de modo que a publicidade oferecida por fotografias em *site* de internet não condizia com a realidade disponibilizada.

Relataram os autores que o quarto reservado não contava com sistema de calefação, cobertores, toalhas de banho suficientes e, ainda, beliches no lugar de camas, divergindo-se por completo das fotos anunciadas. Inconformados a realidade apresentada, os apelados então saíram imediatamente a procura de outro hotel.

Por seu turno, a empresa requerida argumentou, em suma, que os consumidores tinham plena consciência do que haviam adquirido, visto que foram-lhes passadas todas as informações necessárias. Afirmou que os autores sabiam que o estabelecimento contratado tratava-se de *hostel*, e não de hotel.

O juiz singular julgou a procedência do pleito inicial, entendendo que os autores foram vítimas de propaganda enganosa, nos termos do art. 37, § 1º do CDC.

Pois bem. Indiscutivelmente a lide tem amparo nos princípios que norteiam o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, estando os autores equiparados a figura de consumidor em sentido estrito, por força do art. 17, da Lei 8.078/90.

Trata-se de responsabilidade de natureza objetiva – independe da existência de culpa – fundada na teoria do risco do empreendimento.

Assim, ao exercer atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o fornecedor o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa, eximindo-se somente se houver prova da ocorrência de uma das causas de exclusão do nexo causal (art. 14, § 3º do CDC).

Dessa forma, não há razão para se negar a indenização pretendida pelos autores.

Isso porque, ao contrário do que alega a apelante, não houve culpa exclusiva dos recorridos, pois incontroversa a comprovação das condições da acomodação disponibilizada aos autores, totalmente diversa do que foi exibido no anúncio.

Além do mais, ao manter um site de vendas de passagens e intermediação de hospedagem, a empresa deve responder pelas informações ali divulgadas.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE HOSPEDAGEM ATRAVÉS DA EMPRESA DEMANDADA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OFERTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS E MATERIAIS VERIFICADOS. 1. A autora logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que implementou as condições a fazer jus ao serviço contratado, comprovando a falha na prestação do serviço, consubstanciada na oferta de serviço e não cumprimento das condições que estavam incluídas nas contratações realizadas. 2. Assim, comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizada a empresa ré pelos danos causados à parte autora, conduta abusiva na qual assumiu o risco de causar lesão a esta, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar. 3. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita da demandada que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 4. O valor a*

> *ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano... não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum mantido. 5. O termo inicial da incidência dos juros moratórios se trata de matéria de ordem pública, podendo ser fixado de ofício, independentemente do pedido e do objeto do recurso. 6. Quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurgem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito. 7. O prejuízo de ordem material foi devidamente comprovado no caso em tela, de sorte que a parte autora deve ser ressarcida dos danos emergentes ocasionados. Negado provimento ao recurso e, de ofício, alterado o termo inicial de incidência dos juros de mora."* (Apelação Cível Nº 70062493614, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/03/2015).

Ainda que assim não fosse, a alegação de que os autores sabiam que estavam contratando um *hostel* (albergue), e não um hotel, não prospera. Ora, se a empresa se compromete a indicar a hospedagem, inclusive com o auxílio de imagens na internet, não pode eximir-se da responsabilidade sobre o estabelecimento, devendo, repita-se, zelar pela veracidade das informações por ela prestadas aos consumidores, em obediência às obrigações que regem a relação consumerista, entre eles a boa-fé objetiva, transparência, informação e cooperação.

Ademais, é relevante atentar-se ao que dispõe art. 31 do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Art. 31. 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".*

Dessa forma, a empresa apelante não pode sustentar ignorância ou má-fé dos contratantes que, por óbvio, não têm obrigação de conhecerem qualquer língua estrangeira.

Portanto, contatando-se que o referido passeio acabou por se tornar uma fonte de aborrecimento para os apelados, diante o vício na prestação do serviço da empresa, a procedência da ação é medida que se impõe.

A frustração dos autores pelo referido contratempo enfrentado no passeio, mormente considerando ser uma viagem internacional, precedida de grande expectativa, ultrapassa os meros dissabores, restando caracterizado o dano moral a ser reparado.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, este não pode ser exacerbado, a ensejar o enriquecimento ilícito, nem tampouco irrisório, a incentivar o descaso das pessoas físicas ou jurídicas no cometimento de seus atos, fiando-se na impunidade.

A jurisprudência atual tem se assentado no entendimento de que compete ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso e levando em consideração que o *quantum* arbitrado representa um valor simbólico, que tem por escopo não o pagamento do ultraje – a honra não tem preço – mas a compensação moral, a reparação satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido.

Apesar do alto grau de subjetivismo que circunda a fixação dos danos morais, três fatores contribuem decisivamente para que ela se dê de forma ponderada, adequada e, sobretudo, justa: capacidade econômica das partes, gravidade e repercussão do dano e nível de reprovação do culposo.

Dessa maneira, entendo que o valor de R$ 7.000.00 para cada um dos autores não necessita de nenhum reparo.

Por fim, comprovado o dano material, mantenho a condenação da apelante ao pagamento do valor de R$ 1.090,69, referente ao quarto de hostel não utilizado pelos autores.

Posto isso, 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. 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, 25 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1407481-97.2015.8.12.0000/50001 - Campo Grande
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C PARTILHA DE BENS, GUARDA DE FILHOS E PENSÃO ALIMENTÍCIA – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – FIXAÇÃO – BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – VALORES MANTIDOS – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – 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, 1 de setembro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

F. E. C. P. interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento que manteve a decisão proferida nos autos da ação de divórcio litigioso c/c partilha de bens, guarda de filhos e pensão alimentícia, que arbitrou os alimentos provisórios no valor equivalente a 10 (dez salários mínimos), sendo 05 salários para cada filho menor do casal.

Alega que seus recursos financeiros não suportam a obrigação que lhe foi imposta, além de que não restou comprovado nos autos originários que o valor arbitrado seja necessário para suprir as necessidades dos dois filhos, bem como que a agravada não arca com as despesas mensais.

Sustenta que para a fixação dos alimentos provisórios deve ser considerado o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

Pede a reconsideração do entendimento e, acaso mantido, seja o recurso submetido à análise do órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Decido.

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado nos autos da ação de Divórcio Litigioso c/c Partilha de Bens, Guarda de Filhos e Pensão Alimentícia.

O *decisum* vergastado foi assim proferido:

> *"F. E. C. P. interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida na ação de Divórcio Litigioso c/c Partilha de Bens, Guarda de Filhos e Pensão Alimentícia, que lhe move J. O.do N. P..*
>
> *Referida decisão consiste no arbitramento dos alimentos provisórios no valor equivalente a 10 (dez salários mínimos), sendo 05 salários para cada filho menor do casal, devendo o pagamento ser efetuado diretamente à genitora dos menores até o dia 10 de cada mês, a contar da citação (fls.10).*
>
> *Em suas razões, o agravante alega, em apertada síntese, que o valor fixado não atende o critério da possibilidade e da necessidade, sendo que seus recursos financeiros não suportam a obrigação que lhe foi imposta, bem como não restou comprovado que o valor necessário para suprir as necessidades dos dois filhos atingem o valor fixado provisoriamente.*
>
> *Aduz ainda que a agravada é funcionária pública federal, ou seja, tem condições de contribuir com o sustento dos filhos, uma vez que a obrigação da prestação de alimentos é conjunta, devendo a agravada também ser responsável na manutenção dos filhos.*
>
> *Requer a concessão do efeito suspensivo e ao final pede o provimento do presente agravo de instrumento para a redução do valor fixado à título de alimentos provisórios no importe de três salários mínimos para os dois filhos.*
>
> *Sem contrarrazões.*
>
> *O recurso não merece prosperar.*
>
> *De início, cumpre ressaltar que, em se tratando especificamente de fixação de alimentos, o Código Civil dispõe em seu artigo 1.694, § 1º que: "Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."*
>
> *Trata-se do binômio "necessidade do reclamante e possibilidade do devedor", que deverá ser observado pelo julgador para fixar a verba de natureza alimentar. A utilização do critério da proporcionalidade entre estas duas variáveis permitirá ao juiz estabelecer uma prestação alimentícia de forma racional e equilibrada, sem excessos nem deficiências*
>
> *É imprescindível, desta forma, perquirir-se acerca da necessidade de quem pede e a possibilidade de quem se pede alimentos.*
>
> *No caso dos autos, a pensão alimentícia foi arbitrada em valor correspondente a 10 salários mínimos, ou seja, 05 salários para cada filho com quatro anos de idade (gêmeos), sendo presumível a necessidade dos alimentos por ambos, bem como comprovado os gastos conforme vasta documentação apresentada na inicial (fls.12/140).*
>
> *Verifica-se dos documentos juntados que após o afastamento do agravante do lar conjugal, a agravada vem arcando com as despesas para a mantença dos filhos gêmeos, sendo que a mesma é bancária, percebendo um salário de R$ 4.000,00 ao mês.*
>
> *Por sua vez, há vasta documentação que comprova a possibilidade financeira do agravante que é empresário, proprietário de móveis e imóveis de alto valor, e ainda, renda referente a arrendamento de propriedade rural.*

Denota-se que o valor fixado pelo magistrado de piso, mostra-se, ao menos neste momento processual, razoável, considerando que são duas crianças com idades de quatro anos (gêmeos), e de que não restou demonstrada a impossibilidade financeira do alimentante, ora agravante, em suportar a obrigação.

Conclui-se, assim, conforme se verifica das provas carreadas aos autos, a presença do binômio necessidade-possibilidade que permeiam as relações alimentícias, devendo ser mantida a decisão atacada.

Nesse sentido:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – FIXAÇÃO – BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE – VALORES MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

A fixação de alimentos provisórios deve atender ao binômio necessidade/ possibilidade.

Inexistindo comprovação de que o alimentante não detém condições de suportar a quantia fixada em primeiro grau, os alimentos provisórios devem ser mantidos. (Agravo de Instrumento 4007891-43.2013.8.12.0000 – Terenos – 1ª Câmara Cível – Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins – J. 1 de outubro de 2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO – COMPROVAÇÃO DO BINOMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE – ALIMENTOS PROVISÓRIOS ARBITRADOS EM 3 SALÁRIOS MÍNIMOS – OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PROVISÓRIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento 0603375-33.2012.8.12.0000 – Campo Grande – 2ª Câmara Cível – Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz – J. 15 de outubro de 2013).

Ademais, é de se ressaltar que os alimentos provisórios poderão ser revistos a qualquer momento, desde que constem aos autos elementos de convicção suficientes para justificar sua revisão, comprovada alteração no binômio necessidade/possibilidade, e ainda, considerando a proximidade da audiência designada para o dia 19/08/2015, oportunidade que poderão ser novamente reanalisados.

Por conta disso, não vislumbro qualquer fundamento para que a decisão que arbitrou os alimentos provisórios seja reformada.

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso.

Intime-se."

A decisão deve ser mantida.

Reexaminei os autos em razão da interposição do presente regimental e não me convenci da necessidade de modificar o posicionamento que adotei ao decidir o agravo de instrumento interposto.

Além disso, neste regimental o agravante não trouxe nenhum fato novo capaz de ensejar a reforma da decisão, consigno, ainda, que o mesmo se limitou em rebater a decisão recorrida com os mesmos argumentos expostos nas razões do agravo, o que me leva a confirmar meu posicionamento já externado quando da decisão monocrática.

Ressalto que não se está a negar o direito do recorrente, uma vez que conforme salientado na decisão proferida: "*os alimentos provisórios poderão ser revistos a qualquer momento, desde que constem aos*

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Agravo Regimental n. 0001106-44.2015.8.12.0007/50000 - Cassilândia
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO REGIMENTAL – PENAL – SAÍDA TEMPORÁRIA – DELEGAÇÃO AO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL – VEDAÇÃO – SÚMULA N.º 520, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROVIMENTO.

O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional, conforme disposição da Súmula n.º 520, do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimenal defensivo a que se nega provimento, mantendo-se a decisão monocrática que reformou *decisum* em que se delegou atribuições da execução penal ao diretor do estabelecimento prisional.

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, 3 de agosto de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Jaimison Martins dos Santos interpõe agravo regimental objetivando a reforma do *decisum* que deu provimento ao recurso em sentido estrito antes interposto pelo Ministério Público Estadual.

Aduz que a decisão deve ser reformada eis que *"o que o r. Juízo das Execuções Penais fez, e com amparo no item **2.2.6.2 do Manual de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal do CNJ**, foi apenas determinar ao Diretor da Unidade Prisional que o mesmo comunicasse evasão, falta grave, alteração no comportamento carcerário e prática de crime, mas **JAMAIS DELEGOU PODERES PARA CONCEDER OU NÃO SAÍDA TEMPORÁRIA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA**"* (f. 05 – destaques originais).

Insiste na tese de que *"se o Juiz tivesse autorizado o Diretor da Unidade Prisional a revogar o benefício, aí sim poderia o douto Desembargador falar em violação à atividade jurisdicional exclusiva do magistrado"* (f. 06).

Requer, assim, a retratação da decisão agravada ou, se esse não for o entendimento, o provimento do presente a fim de que lhe seja garantido o julgamento pelo Colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Em que pese os argumentos expendidos pelo agravante, mantenho o posicionamento esposado no julgamento do Recurso em Sentido Estrito originário, de sorte que ao presente recurso deve ser negado provimento.

Por ocasião do *decisum* consignei, *in verbis*:

> *"A decisão vergastada foi proferida nos seguintes termos (f. 24/25):*
>
> *Vistos, etc.*
>
> *O reeducando requer a autorização de saída temporária para, embora permanecendo nesta comarca, ausentar-se do pernoite, a fim de visitar familiares (fls. 570-572).*
>
> *Primeiramente há de se registrar que o processamento coletivo e unificado de autorização de saída temporária está previsto no Manual de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal do CNJ, item 2.2.6.2. Visa melhor administração, racionalização e celeridade das autorizações de saída e não há impedimento legal para essa forma de proceder. Ou seja, em apenas uma decisão estabelece-se as saídas a serem deferidas durante o ano e, se for praticada alguma falta ou houver algum impedimento, o diretor do presídio comunicará ao Juízo da execução para suspensão do benefício.*
>
> *A autorização de saída temporária para visita à família tem previsão no artigo 12 e seguintes da Lei de Execução Penal, e será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, até cinco vezes por ano, com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra, se atendidos os requisitos previstos no art. 123 da LEP.*
>
> *O reeducando já cumpriu mais de 1/4 da pena e tem bom comportamento, conforme atestado de fl. 573. Logo, estão satisfeitas as exigências do art. 123 da Lei de Execução Penal. Ainda, os períodos solicitados para a saída temporária respeitam o intervalo de 45 dias (LEP, art. 124, § 3º). De outro tanto, o benefício almejado é compatível com os objetivos da pena, uma vez que é proveitoso para a reabilitação do preso, no sentido de fortalecer os laços familiares e o convívio social harmônico.*
>
> ***Diante disso**, com fundamento no art. 12, I, da Lei 7.210/84, **autorizo as saídas temporárias requeridas pelo reeducando Jaimison Martins dos Santos, desde que ele ostente boa conduta carcerária**, das 06:00 horas do primeiro dia até às 18:00 horas do derradeiro dia dos seguintes períodos: **(1ª) 15/05/2015 a 21/05/2015; (2ª) 17/07/2015 a 23/07/2015; (3ª) 12/09/2015 a 18/09/2015; (4ª) 10/11/2015 a 16/11/2015; e (5ª) 31/12/2015 a 06/01/2016.***
>
> *O apenado deverá fornecer o endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício ao Diretor do EPRSAA/Cas; no período de saída, durante a noite, o reducando deverá permanecer recolhido no endereço indicado; fica proibido de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.*
>
> *O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso (LEP, art. 125).*
>
> *Deverá a direção do EPRSAA/Cas fiscalizar o período de autorização de saída, informando nos autos a data de saída e do retorno ou, ainda, eventual evasão, se o apenado*

deixar de ter bom comportamento, praticar falta grave ou fato definido como crime doloso ou descumprir as condições impostas na autorização.

Por fim, considerando que a saída temporária será gozada nesta Comarca, fica dispensada a expedição da autorização de viagem.

Intimem-se. Comunique-se a direção do EPRSAA/Cas, via e-mail"

Conforme recentíssima Súmula do "Tribunal da Cidadania", publicada aos 06 de abril de 2015, o proceder adotado pelo julgador singelo não se mostra adequado aos ditames da execução da pena, cuja competência é privativa do Juiz da Execução Penal, não podendo ser delegada ou atribuída a autoridades administrativas a qualquer pretexto.

Assim, de acordo com a Súmula n.º 520, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, "o benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional".

Outrossim, cumpre ressaltar que tratando-se de regular cumprimento da pena é certo que as decisões que autorizam a saída temporária sujeitam-se a fiscalização do órgão ministerial, nos termos do art. 123, da Lei n.º 7.210/84, de sorte que concessão de saídas futuras, ainda que em datas determinadas, viola referida disposição legal quando refoge do controle individualizado de cada procedimento.

Ante o exposto, constata-se a manifesta procedência do presente recurso, razão pela qual, com base no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, aplico analogicamente o art. 557-A, do Código de Processo Civil, como permite o art. 3º, do Código de Processo Penal, e ***dou provimento*** *ao* ***AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL*** *interposto por* ***MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*** *para cassar a decisão na parte em que deferiu saídas temporárias futuras ao sentenciado." (Destaques originais)*

Deveras, conveniente anotar que a regra invocada pela defesa como fundamento de validade da decisão é datada de novembro de 2009, enquanto a Súmula n.º 520, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA foi editada em 23 de março de 2015, justamente em razão dos inúmeros recursos decorrentes de decisões de igual natureza.

Por outro lado, mister pontuar que embora haja especificação das datas das saídas temporárias autorizadas, o certo é que a automatização das mesmas, tal como procedido pela instância singela, subtrai do órgão ministerial, assim como do próprio Poder Judiciário, a chance de fiscalizar a regularidade da concessão de tal benesse.

Em casos de idêntico jaez, a 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, decidindo:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DO MPE PROVIDO DE PLANO – VIOLAÇÃO À SÚMULA 520, DO STJ – SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMÁTICAS OU SUCESSIVAS ATÉ 2016 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com a Súmula nº 520 do STJ - "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional", não havendo lugar para concessão automática, sucessivas e futura das saídas temporárias, pois implica em transferência da competência para a concessão do benefício, sem a oitiva do Ministério Público Estadual."[1]

1 AgReg 0000889-98.2015.8.12.0007, rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 02/06/2015.

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DO MPE PROVIDO DE PLANO – VIOLAÇÃO À SÚMULA 520, DO STJ – SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMÁTICAS OU SUCESSIVAS ATÉ 2016 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPRÓVIDO.

De acordo com a Súmula nº 520 do STJ - "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional", não havendo lugar para concessão automática, sucessivas e futura das saídas temporárias, pois implica em transferência da competência para a concessão do benefício, sem a oitiva do Ministério Público Estadual."[2]

Neste mesmo diapasão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMATIZADAS – INSURGÊNCIA MINISTERIAL.

Nos termos do caput do art. 123 da LEP, as saídas temporárias serão concedidas por decisão fundamentada do juiz da execução, precedida de manifestação do ministério público e da administração penitenciária. No caso em tela, não haverá como ser ouvido previamente o agente ministerial, se deferidas saídas temporárias, de plano, o que impedirá a eventual aferição sobre os requisitos preconizados na norma jurídica respectiva. Súmula n. 520 do STJ. Contudo, no que diz respeito às saídas temporárias deferidas para os dias 13/04/2015 e 09/06/2015, diante do lapso temporal transcorrido, resta prejudicado, neste ponto, o agravo ministerial. Agravo em execução parcialmente prejudicado e, na parte examinada, provido."[3]

"EXECUÇÃO – TRABALHO EXTERNO EM JORNADA SUPERIOR A QUARENTA E QUATRO HORAS POR SEMANA – IMPOSSIBILIDADE – SAÍDA TEMPORÁRIA AUTOMATIZADA – CASSAÇÃO.

(...)

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que autorização das saídas temporárias é competência do juiz da execução. Agora, editou a Súmula nº 520 que afirma: "o benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional. " portanto, não há espaço para a automatização das saídas, pois haveria transferência da competência para a concessão do benefício. Decisão. Agravo ministerial provido. Unânime."[4]

"AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP) – SAÍDAS TEMPORÁRIAS AUTOMATIZADAS – INCONFORMISMO MINISTERIAL.

O artigo 123 da LEP, expressamente determina que "a autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o ministério público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos (...). " como se pode observar, a Lei exige que seja ouvido o órgão ministerial antes do juiz manifestar-se quanto à concessão da benesse. Nesses casos, acaba-se por afastar o apenado da esfera de fiscalização do ministério público e do poder judiciário, pois o que ocorre é a delegação da função jurisdicional à autoridade administrativa, através do acompanhamento tão somente do estabelecimento prisional. Súmula nº 520, do STJ. Decisão cassada. Agravo provido." [5]

2 AgReg 0000928-95.2015.8.12.0007, rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 02/06/2015.

3 AgEx 0103364-56.2015.8.21.7000, 2ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 25/06/2015, DJ 21/07/2015.

4 AgEx 0174780-84.2015.8.21.7000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Sylvio Baptista, j. 24/06/2015, DJ 17/07/2015.

5 AgEx 0090396-91.2015.8.21.7000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez, j. 11/06/2015, DJ 06/07/2015.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental manejado por Jaimison Martins dos Santos.

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. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 03 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001713-84.2011.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – PROCESSO PENAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – APRESENTAÇÃO À POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL – CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA – COMPETÊNCIA ESTADUAL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO E DE INTERROGATÓRIO – ENDEREÇO INEXISTENTE – REVELIA – NÃO PROVIMENTO.

A apresentação de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) falsificada a Policial Rodoviário Federal em patrulhamento ostensivo de rodovia, lesiona bem jurídico tutelado pelo Estado (ente federativo), sendo crime contra a fé pública e não especificamente contra interesse da União.

A ausência de interrogatório não acarreta nulidade quando o acusado informou endereço incorreto na fase extrajudicial, autorizando a declaração da revelia.

Apelação defensiva a que se nega provimento ante a correta aplicação da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover os recursos, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 10 de agosto de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Lucas Mickael de Sousa Santos e Odenir da Cruz e Silva contra sentença (f. 146/151) que os condenou às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304, do Código Penal).

Preliminarmente pugnam pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, e, consequentemente, pela nulidade do feito, nos termos do artigo 564, I, do Código de Processo Penal.

Buscam, ainda, a declaração de nulidade absoluta do processo em relação ao acusado Lucas Mickael de Sousa Santos pela não realização de sua intimação e decorrente falta do interrogatório, nos termos do artigo 564, III, "e", do Código de Processo Penal.

Contrarrazões pelo parcial provimento a fim de que seja declinada a competência para a Justiça Federal (f. 179/189).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento a fim de que seja anulado o processo *ab initio* com a remessa dos autos à Justiça Federal (f. 195/198).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Lucas Mickael de Sousa Santos e Odenir da Cruz e Silva contra sentença (f. 146/151) que os condenou às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304, do Código Penal).

Infere-se que, aos 05 de abril de 2011, por volta das 11h, na BR 163, no posto de fiscalização da Polícia Rodoviária Federal, em Coxim, os acusados fizeram uso de Carteiras Nacionais de Habilitação (CNH) falsificadas, exibindo-as aos agentes como se autênticas fossem.

Na ocasião, policiais rodoviários federais abordaram o ônibus da "Viação Motta", placas HSY-8394, que fazia a linha Londrina (PR)/Cuiabá (MT), quando solicitaram os documentos pessoais dos passageiros, momento em que Lucas Mickael de Sousa Santos e Odenir da Cruz e Silva apresentaram os falsificados documentos como identificação dos mesmos.

Ao desconfiarem da veracidade daqueles papéis, os policiais consultaram ao SERPRO, quando confirmaram as alterações nos mesmos.

Foi constatado que o acusado Lucas Mickael de Sousa Santos apresentou a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) falsificada além de informar números de RG e CPF, data de nascimento e filiação inverídicos. Quanto à Carteira Nacional de Habilitação (CNH), nesta também constava nome diverso do seu, apresentando como sendo de Lucas da Siva. Além disso, foram inseridos dados falsos no número daquele documento, que constava como sendo 76099015, data de vencimento de 14/01/2014 e Renach MT002408317, quando os dados corretos seriam CNH nº 725228763, data de vencimento 09/06/2009 e Renach SP240831748.

Já no documento apresentado por Odenir da Cruz e Silva foram observadas as alterações no número do espelho/formulário 167542569 e na indicação da categoria "AD", quando corretos seriam nº 962853275 e categoria "AB".

Realizada perícia, constatou-se que os documentos apresentam *"os elementos de segurança comuns a documentos oficiais desta natureza, tratando-se de cédula autêntica"*, porém, com dados alterados, conforme o SERPRO.

Os acusados admitiram ter encomendado a alteração da documentação em Cuiabá (MT), de uma pessoa identificada por Emerson, evidenciando o dolo no uso do documento público alterado, obtidos sem a realização dos exames e avaliações imprescindíveis à obtenção da permissão para dirigir.

Processados e condenados, aduzem, preliminarmente, que a competência para julgamento do presente feito é da Justiça Federal porquanto o uso de documento falso foi cometido perante policiais rodoviários federais, lesionando bem jurídico tutelado pela União, qual seja, serviço de patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

A preliminar deve ser rechaçada, ante melhor concepção e reforma do posicionamento antes por mim acolhido.

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça seja no sentido de que a apresentação de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) adulterada a agente da Polícia Rodoviária Federal configura crime de alçada federal tendo em vista o prejuízo da União, *data venia*, ouso discordar de tal posicionamento por entender que o prejudicado em tal relação é o Estado, pois o objeto atingido é a fé pública dos documentos emitidos pelo mesmo.

À luz da legislação vigente que define a competência da Polícia Rodoviária Federal, esta é *"órgão permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Justiça, no âmbito das rodovias federais, compete colaborar e atuar na prevenção e repressão aos crimes contra a vida, os costumes, o patrimônio, a ecologia, o meio ambiente, os furtos e roubos de veículos e bens, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando, odescaminho e os demais crimes previstos em leis"*.[1] (art. 1º, X, do Dec. nº 1.655, de 3 de outubro de 1995, publicado no D.O.U. De 4.10.1995).

De seu turno, o art. 109 da Constituição Federal de 1988, elenca as matérias de competência da Justiça Federal, extraindo-se:

> *"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
>
> *I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*
>
> *II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;*
>
> *III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;*
>
> *IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;*
>
> *V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*
>
> *V- A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
>
> *VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;*
>
> *VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;*
>
> *VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;*

1 BEZERRA, Matheus Cintra. O Uso de CNH adulterada perante a Polícia Rodoviária Federal. Competência federal ou residual? (http://jus.Com.Br/artigos/14411/o-uso-de-cnh-adulterada-perante-a-policia-rodoviaria-federal). Jus Navigandi, Teresina, ano 15 (http://jus.Com.Br/revista/edições/2010), n. 2430.

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"

Portanto, não está inserida entre as matérias de competência da Justiça Federal o combate aos crimes contra a fé pública referentes ao uso de documento falso.

Da mesma maneira é como se entende, a competência quanto ao crime de tráfico de drogas atribuído à Justiça Estadual, mais precisamente, ao local da infração, nos moldes do art. 70, do Código de Processo Penal, que determina que *"a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução"*, ainda que se saiba que - salvo prova em contrário – não existe produção local de cocaína, sendo produtos desta natureza todos importados e de regra (em tese) atribuíveis à Justiça Federal, mas processadas perante a Justiça dos Estados.

Assim sendo, o local da infração determina a competência territorial, e em se tratando de crime cujo sujeito passivo não se mostre detentor de foro privilegiado, no caso do Estado, a justiça estadual mostra-se competente para conhecer do fato e conduzir a ação contra o agente em qualquer das hipóteses apresentadas.

É de se entender que as regras de competência traçadas em geral no Código de Processo Penal, além das previstas na Constituição, devam ser interpretadas de forma restritivas, não se podendo crer que a simples ação de uma das polícias em crime comum atraia a jurisdição daquela justiça especializada para o julgamento da causa. Se assim o fosse, qualquer crime cometido em rodovia federal seria da competência especial.[2]

2 BEZERRA, Matheus Cintra. O Uso de CNH adulterada perante a Polícia Rodoviária Federal. Competência federal ou residual? (http://jus.Com.Br/artigos/14411/o-uso-de-cnh-adulterada-perante-a-policia-rodoviaria-federal). Jus Navigandi, Teresina, ano 15 (http://jus.Com.Br/revista/edições/2010), n. 2430.

Desta forma, o crime de falso é tratado pelo local da apreensão do documento, e não pela origem, natureza ou autoridade emitente.

Colhe-se julgado referente ao tema:

> *"PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO – DESCONHECIMENTO DO LUGAR DA INFRAÇÃO.*
>
> *1 - Compete ao Juízo do local em que o documento falso foi utilizado processar e julgar o feito, quando desconhece-se o lugar da falsificação.*
>
> *2 - Conflito conhecido para declarar a competência do juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.*[3]
>
> *PROCESSUAL PENAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – USO DE DOCUMENTO FALS – CONEXÃO DOS DELITOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. Sendo impossível identificar-se o lugar da falsificação, fixa-se a competência pelo local do uso do documento falso, observadas as regras da conexão em relação aos ilícitos de pena abstrata menos rigorosa. Conflito procedente, competente o Juízo Suscitado* [4]

Essa regra processual deve incidir em caso de apreensão de documento falso por qualquer das polícias ligadas ao Ministério da Justiça, não se constituindo prejuízo da União a apresentação da CNH a seus agentes, mesmo que a destinação desta se dê unicamente como prova de habilitação.

Desta feita, há que ser mantida a competência da Justiça Estadual.

Requer ainda a defesa, a declaração de nulidade absoluta do processo em relação ao acusado Lucas Mickael de Sousa Santos pela não realização de sua intimação e decorrente falta do interrogatório, nos termos do artigo 564, III, "e", do Código de Processo Penal.

O acusado foi citado pessoalmente aos 18 de abril de 2011 (f. 68), apresentando defesa prévia (f. 73), entretanto, não foi encontrado para ser intimado da audiência de instrução e julgamento. Conforme certidão do Oficial de Justiça (f. 127), o mesmo percorreu toda a rua indicada pelo acusado como a da sua residência, porém, não localizou o número 316, informado como do seu imóvel. Relatou, ainda, que nas proximidades de onde deveria existir o referido número, buscou informações com os moradores que não sabiam nada a respeito do acusado, tampouco informar seu paradeiro.

Na audiência realizada aos 19 de maio de 2011, a magistrada *a quo* decretou a revelia de Lucas, com fundamento no art. 367, do Código de Processo Penal, vez que não foi encontrado para ser intimado e não compareceu. Diante da ausência de seu advogado, foi nomeado defensor dativo exclusivamente para o ato.

Não há nulidade processual, nos termos do que dispõe o art. 367, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> *"Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo."*

Conforme ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o réu que, devidamente citado, muda de endereço sem comunicar tal circunstância ao Juízo, arca com o ônus dessa ausência, podendo o processo seguir seu rumo e a decisão de mérito ser proferida:

3 STJ ,CC 31344/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 04/02/2002.

4 STJ , CC 21049/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 22/03/1999.

> *"Prosseguimento do feito sem a presença do réu: as hipóteses previstas neste artigo [artigo 367 do CPP] são mais que razoáveis para o curso do processo, ainda que o réu dele não participe ativamente. A primeira delas diz respeito à citação (dando-lhe conhecimento da ação e chamando-o para o interrogatório) ou à intimação pessoal (comunicando-lhe e chamando-o para audiência ou outro ato), quando não houver comparecimento, sem apresentação de motivo justificado. Demonstra o seu desinteresse de acompanhar a instrução. [...] A outra hipótese é a mudança de endereço, entendendo-se que já foi citado pessoalmente, sem comunicação. É natural que o Juiz, determinando a sua intimação para qualquer ato processual, não mais vai encontrá-lo. Reconhece-se, pois, a sua ausência. O processo segue seu rumo e a decisão de mérito pode ser proferida, arcando o acusado com o ônus dessa ausência, caso prejudique a sua ampla defesa (...)"*[5]

A respeito do assunto, colaciona-se o precedente:

> *"CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – NULIDADE PROCESSUAL – INOCORRÊNCIA – ACUSADO QUE INFORMA ENDEREÇO ONDE NÃO RESIDE E NÃO PODE SER ENCONTRADO – AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO E DA PRESENÇA DO PACIENTE NAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO – EFEITOS DA REVELIA – NOMEAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO – PROCURAÇÃO COM ENDEREÇO ONDE NÃO RESIDIA, MAS SEU GÊNITO – AUSÊNCIA DE NULIDADE – DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE DE SE OCULTAR DA JUSTIÇA – INOBSERVÂNCIA DO ART. 317 , DO CPP - ORDEM DENEGADA.*
>
> *I - Não acarreta nulidade processual a ausência de interrogatório, bem como da presença do paciente nas audiências de instrução, quando o próprio acusado informa endereço incorreto, onde não reside. Posteriormente confirma, como seu, em procuração, endereço do genitor. Revelia decretada corretamente, evidenciado o interesse em se ocultar da justiça. É dever do acusado, manter seu endereço atualizado nos autos, a teor do art. 317 , do Código de Processo Penal .*
>
> *II - Ordem denegada. Decisão unânime.*[6]

Dessa forma, inocorre o alegado cerceamento de defesa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Lucas Mickael de Sousa Santos e Odenir da Cruz e Silva.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Vou divergir para acolher a preliminar suscitada pela defesa, pois entendo que a sentença padece de nulidade insanável, por vício de incompetência material.

Segundo consta, os réus foram denunciados pela prática do delito previsto no artigo 304 do Código Penal, pois apresentaram CNH falsa para Policiais Rodoviários Federais.

Cuida-se, portanto, crime em tese praticado em detrimento de serviço da União, competindo à Justiça Federal processar e julgar a ação penal.

Nesse sentido menciono os seguintes precedentes do STJ, aplicáveis ao caso:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL - USO DE DOCUMENTO FALSO - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO*

5 1 **Código de Processo Penal comentado,** 10 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 709.

6 TJPE, HC n.º 1478119978170810, 4ª Câm. Crim., rel. Des. Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, j. 01/02/2011.

- APRESENTAÇÃO À AGENTE DA POLICIA RODOVIÁRIA FEDERAL - LESÃO A BEM JURÍDICO TUTELADO PELA UNIÃO - PRECEDENTES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1.- O uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante autoridade da Polícia Rodoviária Federal lesa serviço da União. Precedentes. 2.- É irrelevante para determinar a competência do Juízo no crime de uso de documento falso a qualificação do órgão expedidor do documento público pois o critério a ser utilizado se define em razão da entidade ou do órgão ao qual ele foi apresentado, porquanto são estes que efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens e serviços. 3.- Competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. 4.- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de Cachoeiro de Itapemirim SJ/ES, o suscitante." (CC 115.285/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ Acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Seção, julgado em 13/08/2014, DJe 09/09/2014)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. 1. USO DE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO FALSA PERANTE AUTORIDADE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. 2. DEMAIS DELITOS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONEXÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 122/STJ. 1. Com a ressalva do meu ponto de vista, quedo-me, por hora, ao entendimento sedimentado na Terceira Seção desta Corte Superior no sentido de que o uso de carteira nacional de habilitação falsa perante autoridade da Polícia Rodoviária Federal é crime de competência da Justiça Federal, uma vez caracterizada lesão a serviço da União. Precedentes. 2. No caso, não há qualquer vinculação entre o suposto crime de uso de carteira de habilitação falsificada (art. 304 do CP), com aqueles praticados pelos demais denunciados, relativos à falsificação de documentos (art. 297 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP), inexistindo conexão probatória entre eles, por se tratarem, aparentemente, de condutas independentes. 3. Impossibilidade de reconhecimento de quaisquer das causas de modificação de competência inseridas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, o que, por consequência, afasta a aplicação do enunciado n. 122 da Súmula deste Tribunal. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 15ª Vara Cível de Aracaju/SE, restando a competência da Justiça Federal firmada somente em relação ao suposto delito de uso de documento falso, determinando-se a cisão do processo, nos termos em que requerido pelo Juízo suscitante." (CC 112.984/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 07/12/2011)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CNH APRESENTADA PERANTE A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. LESÃO A BEM, SERVIÇO OU INTERESSE DA UNIÃO CONFIGURADO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Esta Corte firmou compreensão de que o uso de carteira nacional de habilitação falsa perante a Polícia Rodoviária Federal é crime a ser apurado pela Justiça Federal, pois caracterizada a lesão a serviço da União. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal e Juizado Especial de Bagé-RS, o suscitante." (CC 111.349/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado Do Tj/Ce), Terceira Seção, julgado em 22/09/2010, DJe 20/10/2010)

Do âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul colhe-se o seguinte precedente:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – USO DE DOCUMENTO FALSO – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO APRESENTADA À AUTORIDADE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA. Crime de uso de documento falso (CNH), apresentado em detrimento de serviço da União, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Aplicação do art. 109, IV, da Constituição Federal." (1ª Câmara Criminal - HC 0602300-56.2012.8.12.0000 - Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos - j. 12.11.2012)

Diante do exposto, de acordo com o parecer ministerial, acolho a preliminar suscitada pela defesa e declaro a nulidade do processo *ab initio*, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não proveram os recursos, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 10 de agosto de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0005661-22.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – COMUTAÇÃO DE PENA – CONDENAÇÕES POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E DELITO COMUM – EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA INFRAÇÃO HEDIONDA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO PRESIDENCIAL N.º 8.380/2014 – AFASTAMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.

Pelas regras estabelecidas no Decreto Presidencial n.º 8.380/2014, não há possibilidade de comutação de pena ou concessão de indulto aos crime hediondos e ao tráfico de drogas. Assim, a exigência de que o condenado cumpra 2/3 (dois terços) da pena do delito equiparado a hediondo em nada infringe as disposições constitucionais e legais apontadas pelo julgador singular, não havendo de se cogitar a inconstitucionalidade do art. 8º, parágrafo único, do referido Diploma Legal.

Agravo de execução penal defensivo a que se dá parcial provimento, para o fim de afastar a inconstitucionalidade reconhecida pela instância singela e determinar a análise dos requisitos objetivos e subjetivos à eventual concessão da benesse pleiteada.

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 em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de junho de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Dionízio Echeverria contra a decisão que indeferiu o pedido de comutação de pena e considerou parcialmente inconstitucional o Decreto Presidencial n.º 8.380/2014.

Aduz já haver cumprido os requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo referido diploma legal, não havendo de se falar, ainda, em afronta a qualquer dispositivo constitucional.

Requer o provimento do recurso, deferindo-se a benesse pleiteada.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 39/58).

A decisão combatida foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 72).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento (f. 78/81).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Dionízio Echeverria contra a decisão que indeferiu o pedido de comutação de pena e considerou parcialmente inconstitucional o Decreto Presidencial n.º 8.380/2014.

O agravante cumpre pena de 07 (sete) anos de reclusão, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n.º 11.343/06) e 02 (dois) anos e 09 (nove) meses pelo delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, da Lei n.º 9.503/97).

Pelo cálculo de pena realizado aos 20 de outubro de 2014, o reeducando havia cumprido 05 (cinco) dois) anos e 06 (seis) meses de sua reprimenda.

O pleito de comutação de pena foi indeferido com base nos seguintes fundamentos (f. 67/70):

> *"(...) Em Dezembro de 2014, a Presidente da República expediu o Decreto n.º 8.380/14 concessivo de comutação e indulto coletivo a diversas situações de presos, entre elas, concedeu àqueles condenados as penas privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, ainda que reincidente se tivessem cumprido 1/3 da pena até o dia 25.12.14 o direito a comutação de 1/5 da reprimenda remanescente (art. 2º, do Decreto Presidencial n.º 8.380/14).*
>
> *O sentenciado foi condenado definitivamente a 7 anos no crime assemelhado a hediondo e 2 anos e 9 meses em relação ao crime comum. Assim, de primeiro plano, forte no artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90, nos casos de tráfico de entorpecentes, incabível a anistia, graça e indulto. (...)*
>
> *Crível portanto que o indulto e a comutação, por força do disposto no inciso XLIII, do artigo 5º, da Carta Magna e conforme bem salientou o* ***parquet*** *(f. 225-7), estão vedados aos crimes hediondos e ao tráfico de entorpecentes. (...)*
>
> *Desse modo, tenho que a inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto Presidencial, quanto a conceder indulto ou, como queira, comutação de pena, graça em sentido amplo a crimes de tráfico de drogas, impede a concessão. (...).*
>
> *Portanto, para a concessão da comutação como pretende a defesa, necessário o cumprimento integral da pena no crime hediondo e não apenas 2/3 dada a inconstitucionalidade do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto n.º 8.380/2014.*
>
> *Verifica-se ainda que o acusado foi condenado a 7 anos de reclusão em regime inicialmente fechado, por infração ao artigo 33, da Lei n.º 11.343/06 e até 25.12.2014 cumpriu 6 ano, 10 meses e 1 dia da reprimenda (f. 208/10), assim, sem cumprimento integral da pena no crime de tráfico de drogas, deve-se indeferir o pedido de indulto."*
>
> *(Destaques originais)*

Malgrado as razões expendidas, manifesto o equívoco do *decisum*.

O Decreto n.º 7.873, de 26 de dezembro de 2012, estabelece:

> *"Art. 1º É concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:*
>
> *I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão*

condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

(...)

Art. 7º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se, para efeito do indulto e da comutação de penas, até 25 de dezembro de 2012.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com crime descrito no art. 8º, não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.

Art. 8º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas por:

(...)

II - crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;"

Neste cenário, pelas regras estabelecidas no aludido decreto, não há possibilidade de comutação de pena ou concessão de indulto aos crime hediondos e ao tráfico de drogas. Assim, a exigência de que o condenado cumpra 2/3 (dois terços) da pena do delito equiparado a hediondo em nada infringe as disposições constitucionais e legais apontadas pelo julgador singular.

Em caso de igual jaez, a 1ª Câmara Criminal já teve oportunidade de se manifestar, decidindo:

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – DECRETO PRESIDENCIAL 8.380/2014 – CONCURSO DE CRIMES – PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA PARA O CRIME COMUM – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 8º AFASTADA – PREVISÃO DE COMUTAÇÃO DE PENA SOMENTE PARA O CRIME COMUM – VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 8º , Decreto 8.380/2014 , uma vez que existe a previsão para comutação de pena ou indulto somente para crimes comuns e, "De fato, não faz sentido exigir que a pena do delito impeditivo seja integralmente executada para que a comutação possa ser concedida [...] Repita-se que a comutação da pena referente ao crime não impeditivo não configura qualquer afronta à proibição do artigo 2°, I, da Lei 8.072/90, haja vista não se estar deferindo o benefício em relação aos delitos de natureza hedionda. (STJ. AgRg no REsp 1486461/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)".

Compete ao juízo da Execução Penal verificar se preenchidos os critérios de ordem objetiva (cumprimento de 2/3 do delito impeditivo + cumprimento de 1/3 da pena do crime comum), além dos requisitos de ordem subjetiva para a concessão de comutação ao reeducando."

Logo, a declaração de inconstitucionalidade não deve prevalecer.

Afastada a inconstitucionalidade aventada, cabe ao magistrado *a quo* a análise do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo, devendo os autos serem devolvidos ao mesmo para consecução de tal mister, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso manejado por Dionízio Echeverria para o fim de afastar a declaração incidental de inconstitucionalidade do Decreto Presidencial n.º 8.380/2014 e, neste sentido, determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda ao exame do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo para concessão da comutação de pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 29 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001163-66.2009.8.12.0009 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECISÃO DOS JURADOS CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – CRIME CONEXO DE QUADRILHA – IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE PARTE DO JULGAMENTO – PRISÃO CAUTELAR MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO – RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não é permitido ao Tribunal emitir um juízo de valor a respeito do mérito da ação penal, em especial em relação à materialidade e autoria delitiva, sob pena de influenciar o novo julgamento. A análise deve ficar restrita à verificação da existência de prova suficiente a embasar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença. No caso, a decisão do Corpo de Jurados de absolvição dos réus está manifestamente contrária à prova dos autos. Há nos autos os depoimentos prestados pelos corréus Michel, David e Francisco que indicam os recorridos como participantes do conluio criminoso, identificando a parcela de atuação de cada um, bem como depoimento do mandante do homicídio – Oswaldo - todo o acervo probatório, inclusive interceptações telefônicas. Entretanto, a decisão dos jurados divorciou-se das provas contidas no bojo do caderno processual ao absolver os réus Michel, David e Francisco dos crimes de homicídio. Estando o julgamento contrário às provas dos autos, deve ser anulado a fim de que seja novamente submetido a outro corpo de jurados, como determina o art. 593, §3º, do CPP.

2. Em relação aos recursos de Michel e Francisco, bem como do Ministério Público em relação a absolvição de Oswaldo, Jair, Edoildo e Willia, em que a impugnação versa somente quanto ao crime de quadrilha, o entendimento dos tribunais superiores é de inviabilidade de anulação parcial dos julgamentos, salvo no caso de nulidade na quesitação ou de crimes conexos cuja prova não haja interdependência. No presente caso, não é possível a anulação parcial das sentenças proferidas pelos júris a fim de determinar submissão dos réus a novos julgamentos somente em relação ao crime conexo de quadrilha, porquanto embora caracterizado o concurso material dos delitos, as provas no caso são interdependentes, inclusive em relação à delação premiada efetivada por três dos sete acusados e que consiste em elemento imprescindível para o desenredo dos fatos apurados na ação penal em análise. Também nesse ponto, a decisão dos jurados está manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto nos três júris realizados, a conclusão, em resumo, é que, dos sete réus, apenas dois praticaram crime de quadrilha, isentando, inclusive, o suposto mandante do delito. Ainda, condenaram quatro, mas absolveram três dos agentes do delito de homicídio, inclusive o que é indicado como “braço direito” do mandante e que teria esquematizado a execução, também, o que providenciou a contratação dos algozes e o que os indicou. A nossa legislação penal dispõe que não só os executores materiais, mas também o mandante e os intermediadores se enquadram na figura típica da formação de quadrilha. E, se o júri, porventura, condenar tais réus, o número de agentes configurará o crime de quadrilha. Incabível absolver os réus que o júri condenou, bem como condenar os que absolveu, o que fatalmente aconteceria se anulado fosse apenas em relação ao crime de quadrilha, pois todas as decisões, dos três júris, estão conflitantes. Além disso, à época, o tipo penal do art. 288 do Código Penal, exigia o número mínimo de quatro agentes. Na impossibilidade de cisão do julgamento, deve-se submeter à reapreciação do Júri conjuntamente com o crime de homicídio, inclusive em face dos réus identificados pelos delatores como partícipes ou coautores.

A soberania dos veredictos reconhecida constitucionalmente no art. 5º, XXXVIII, da Lei Maior, reflete a impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa. Os réus devem ser submetidos a um novo corpo de jurados a quem caberá a apreciação das teses apresentadas pela acusação e pela defesa, nos termos do § 3º do art. 593 do CPP.

3. Quanto aos réus que respondem ao processo presos – Michel, David, Francisco e Oswaldo, devem ser mantidas as prisões preventivas, pois são réus confessos e que apresentam elevada periculosidade pelo *modus operandi*, pois agiram em grupo, de forma concatenada e praticaram o crime em lugar público, na presença de várias pessoas, colocando em risco a comunidade local, bem como pelo risco de reiteração delitiva, inclusive com informação do cometimento de outros delitos além do presente, conforme consulta SAJPG. Necessária a garantia da ordem pública e que se assegure a aplicação da lei penal.

Em parte com o parecer, dou provimento ao recurso Ministerial e anulo integralmente o julgamento pelo Conselho de Sentença em relação aos réus Oswaldo José de Almeida Júnior, Edoildo Ramos, Jair Roberto Cardoso e Willia Inácio Rodrigues; dou parcial provimento ao recurso de David da Silva Rosendo e Francisco Pereira Feitoza e anulo integralmente o julgamento pelo Júri Popular, por conseguinte, todos devem ser submetidos a novos julgamentos pelo Júri, com fundamento no art. 593, §3º, do CPP. O recurso de Oswaldo José de Almeida Júnior resta prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar provimento ao recurso ministerial, para anular integralmente o julgamento pelo Conselho de Sentença em relação aos réus Oswaldo José de Almeida Júnior, Edoildo Ramos, Jair Roberto Cardoso e Willia Inácio Rodrigues; dar parcial provimento aos recursos de David da Silva Rosendo e Francisco Pereira Feitoza para anular integralmente o julgamento pelo Júri Popular e julgar prejudicado o recurso de Oswaldo José de Almeida Júnior.

Campo Grande, 25 de junho de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Michel Leandro dos Reis, David da Silva Rosendo, Francisco Pereira Feitoza (fls. 2965-2994); Oswaldo José de Almeida Junior (fls. 3083-3103) e; Ministério Público Estadual (fls. 3007-3015 e 3018-3026);

Michel Leandro, David da Silva e Francisco Pereira impugnam a pena-base, contestando a avaliação negativa das circunstâncias judiciais, requerendo a redução do apenamento. Pedem o aumento do patamar da causa de diminuição da pena em razão da delação premiada. Em relação aos réus David e Francisco, requer a absolvição do crime de formação de quadrilha, por falta de provas para configuração do delito e pela insuficiência do número de agentes para configuração do crime que exigia à época dos fatos a associação de mais de três pessoas.

O Ministério Público Estadual nas razões de apelação de fls. 3007-3015 alega que a decisão dos jurados acerca da absolvição do crime de quadrilha quanto ao acusado Oswaldo é contrária às provas dos autos e os quesitos apresentam contradição e incoerência, requer a anulação do referido julgamento.

No apelo de fls. 3018-3026, o *Parquet* requer a anulação do julgamento dos acusados Edoildo, Jair e Willia por estar a decisão dos jurados contrária às provas dos autos. Argumenta que os delatores David e Michel confessaram a autoria do delito e apontaram os recorridos como intermediadores da ação criminosa e que o corréu Oswaldo confirma que contratou Jair e Edoildo para executar o crime. Relata que os jurados consideraram que Willia participou do crime, mas que deveria ser absolvido nas respostas aos quesitos 3 e 4. Sustenta que Jair e Edoildo não deveriam ser absolvidos do crime de formação de quadrilha.

Contrarrazões do Ministério Público as fls. 3029-3038; 3110-3130; de Edoildo Ramos as fls. 3062-3067; de Jair Roberto e Willia as fls. 3071-3078; de Oswaldo José de Almeida as fls. 3105-3108.

Oswaldo José de Almeida nas razões de apelação de fls. 3083-3108, impugna a pena-base requerendo o expurgo das moduladoras da culpabilidade, motivo, circunstâncias e maus antecedentes. Pede a aplicação da atenuante da confissão espontânea na segunda fase ainda que a pena fique aquém do mínimo legal. Requer a aplicação da minorante da delação premiada no patamar máximo. Prequestiona os artigos 1º, 59, *caput,* 65, *caput,* III, "d", art. 68, II, do CP; art. 5º, V, XXXIX, XLVI e 93, X, todos da Constituição Federal e art. 387, II e III, do CPP.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 3135-3151 no sentido de: 1. Provimento do recurso do Ministério Público em face dos apelados Edoildo, Jair e Willia no sentido de anular o julgamento; 2. Não provimento do recurso Ministerial em relação à absolvição pelo crime de quadrilha dos réus Oswaldo, Edoildo, David e Jair; 3. Que sejam estendidos os efeitos da absolvição do crime de quadrilha ao réu Michel; 4. Provimento dos recursos interpostos por Michel, David, Francisco e Oswaldo quanto à redução da pena-base; 5.Não provimento do recurso de Oswaldo em relação à aplicação da minorante da delação preminada; 6. Não provimento dos recursos de Michel, David e Francisco quanto ao patamar de diminuição referente à delação premiada.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Michel Leandro dos Reis, David da Silva Rosendo, Francisco Pereira Feitoza (fls. 2965-2994); Oswaldo José de Almeida ("vulgo Dinho") (fls. 3083-3103) e; Ministério Público Estadual (fls. 3007-3015 e 3018-3026);

Analiso primeiramente o recurso Ministerial por ser o mais amplo.

Merece acolhida a pretensão de nulidade do julgamento dos réus Edoildo (vulgo "Piá" ou "Ramos"), Jair ("do Mototáxi") e Willia ("Falcão") em primeiro lugar quanto ao crime de homicídio.

Como é sabido, compete ao Tribunal, quando provocado, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri se o veredicto é manifestamente contrário à prova dos autos - art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal.

Entretanto, no intuito de resguardar a soberania dos veredictos, não é permitido ao Tribunal emitir um juízo de valor a respeito do mérito da ação penal, em especial em relação à materialidade e autoria delitiva, sob pena de influenciar o novo julgamento.

A análise deve ficar restrita à verificação da existência, ou não, de prova suficiente a embasar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

A decisão do Corpo de Jurados de absolvição dos réus está manifestamente contrária à prova dos autos, pois não condizente com o conjunto probatório, devendo ser anulada.

Há nos autos as fls. 1551-1504; 1507-1511; 2692-2707;2710-2720 e 2723-2732, os depoimentos prestados pelos corréus Michel, David e Francisco, que indica os recorridos como participantes do conluio criminoso identificando a parcela de atuação de cada um, bem como o depoimento do mandante do homicídio – Oswaldo as fls. 2789-2790, e todo o acervo probatório, inclusive interceptações telefônicas as fls. 1893-1907.

Constata-se que a decisão dos jurados divorciou-se das provas contidas no bojo do caderno processual ao absolver os réus Michel, David e Francisco dos crimes de homicídio e não se trata de opção por uma das teses apresentadas.

Neste sentido, ensina Nucci[1] sobre a análise de apelação de decisão do júri:

> *"[...] pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o 'melhor' fundamento. Não se deve esperar do Júri que siga a jurisprudência dominante ou orientação desta ou daquela Câmara do Tribunal Superior; aguarda-se do Tribunal Popular um veredicto que tenha alguma guarida na prova dos autos e nada mais."*
>
> *Diz, ainda, que deve o tribunal ad quem verificar se a conclusão do júri "nenhum apoio encontra na prova, ou seja, que ela foi manifestamente contrária à provas dos autos, e não apenas contrária às provas dos autos[...]".* O que não ocorre no caso em comento.

Colaciono o julgado do Tribunal Gaúcho:

> *Ementa: APELAÇÃO-CRIME. ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. JULGAMENTO ANULADO. 1. O Ministério Público apelou da decisão do Tribunal do Júri que absolveu o réu, acusado como incurso nas sanções do art. 121, caput, do CP. Nas razões, sustenta que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. 2.* ***Se o veredicto absolutório não se sustenta em nenhuma vertente probatória, caracteriza-se arbitrário e constitui-se decisão manifestamente contrária à prova dos autos. No caso dos autos, a decisão destoa-se de qualquer prova constante do sumário de culpa, inclusive a versão apresentada pelo apelado.*** *RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.* (Apelação Crime Nº 70063011332, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 29/04/2015) – g.n.

Estando o julgamento contrário às provas dos autos, deve ser anulado a fim de que seja novamente submetido a outro corpo de jurados, como determina o art. 593, §3º, do CPP.

Recorrem quanto ao crime de quadrilha os réus Michel e Francisco – únicos que restaram condenados pelo referido delito, objetivando absolvição por insuficiência do número de agentes para caracterização. Recorre também o Ministério Público da absolvição do crime de quadrilha imputado ao réu Oswaldo, bem como postula a nulidade do julgamento dos réus Edoildo, Jair e Willia também quanto ao crime quadrilha, além do homicídio, já analisado.

1 NUCCI, Guilherme de Souza- **Júri: Princípios Constitucionais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 98

Em relação aos recursos de Michel e Francisco, bem como do Ministério Público em relação a absolvição de Oswaldo, em que a impugnação versa somente quanto ao crime de quadrilha, o entendimento dos tribunais superiores é de inviabilidade de anulação parcial dos julgamentos, salvo no caso de nulidade na quesitação ou de crimes conexos cuja prova não haja interdependência. Colaciono os julgados:

> *"(...) A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos vereditos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Precedentes. 2.* ***A anulação parcial do julgamento seria válida tão-somente em caso de quesitação irregular****, o que não se dá na presente ação, cuja defesa sustenta a negativa de autoria do Paciente. (...) 4. A alegação dos Impetrantes de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seria "mais prejudicial" ao Paciente não é suficiente para justificar a concessão da ordem, ainda mais quando se verifica que será renovada a oportunidade de buscar a absolvição do Paciente pelos crimes de quadrilha e de fuga de pessoa presa; e mesmo na eventualidade de nova condenação, a pena dos crimes de quadrilha e de fuga de pessoa presa não ultrapassará a dosimetria estabelecida no primeiro julgamento. 5. Ordem denegada.* (HC 113627, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, processo eletrônico DJe-070 divulg 16-04-2013 public 17-04-2013)

> *"(...) 5.* ***A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção sustenta ser possível o reconhecimento da nulidade parcial do julgamento do Júri, desde que a prova de uma infração não influa na outra. 6. No caso, entretanto, a relação de continência entre os crimes, derivada do fato de terem sido praticados em concurso formal, é suficiente para demonstrar que não há autonomia probatória entre eles, pelo contrário, são interdependentes.*** *Basta lembrar que uma só ação gerou os vários resultados considerados típicos. 7. Necessidade de anulação integral do julgamento, com a submissão do paciente a novo Tribunal do Júri, em relação a todos os delitos pelos quais foi pronunciado. (...)11. Ordem concedida, inclusive de ofício, para anular o processo a partir do julgamento pelo Tribunal do Júri, devendo outro ser realizado, com a observância da vedação à reformatio in pejus indireta.* (HC 230.194/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 17/09/2012)

> *"(...)* ***1. Em relação à alegada omissão relativa aos pleitos de não submissão do acusado a novo julgamento e de reconhecimento de validade da decisão dos jurados na parte em que absolveu o paciente, a decisão não se apresentou omissa, apenas decidiu de forma contrária à pretensão do impetrante, tendo o acórdão embargado sido claro ao afirmar ser inviável a anulação de parte da sentença proferida pelo Tribunal do Júri quanto a crimes conexos, em que se determina a realização de novo julgamento somente em relação a esses crimes, sob o fundamento de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. 2. Verificando a nulidade do acórdão do Tribunal de origem que anulou parcialmente a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a solução utilizada, inclusive já adotada por esta Corte Superior de Justiça em outra oportunidade (HC n. 96.414/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1º/2/2011), foi a anulação do julgamento do Tribunal de origem e a determinação de submissão do paciente a novo julgamento em relação a todos os fatos imputados por quem tem competência para conhecê-los (Conselho de Sentença).*** *3. Estando os fatos enfrentados e a decisão embargada adequadamente fundamentada, não há confundir omissão com decisão contrária aos interesses da parte* (EDcl no HC n. 193.344/SP, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), DJe 3/10/2011). (...) (EDcl no HC 199.241/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 09/05/2012) - grifos meus -

Não é possível a anulação parcial das sentenças proferidas pelos júris a fim de determinar submissão dos réus a novos julgamentos somente em relação ao crime conexo de quadrilha, porquanto embora

caracterizado o concurso material dos delitos, as provas no caso são interdependentes, inclusive em relação à delação premiada efetivada por três dos sete acusados e que consiste em elemento imprescindível para o desenredo dos fatos apurados na ação penal em análise.

Há que considerar também o depoimento do corréu Oswaldo que em Plenário alterou sua versão, admitindo ser o mandante do delito e indicando os coautores, conforme consta na sentença a fl. 2916.

A decisão dos jurados está manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto nos três júris realizados, a conclusão, em resumo, é que, dos sete réus, apenas dois praticaram crime de quadrilha, isentando inclusive o suposto mandante do delito.

Ainda, condenaram quatro, mas absolveram três dos agentes do delito de homicídio, inclusive o que é indicado como "braço direito" do mandante e que teria esquematizado a execução, também o que providenciou a contratação dos algozes e o que os indicou. Ou seja, não há suporte probatório para a decisão dos jurados.

E, se o júri, porventura, condenar tais réus, o número de agentes configurará o crime de quadrilha.

Incabível, neste momento, absolver os réus que o júri condenou, bem como condenar os que absolveu, o que fatalmente aconteceria se anulado fosse apenas em relação ao crime de quadrilha, pois todas as decisões dos três júris estão conflitantes.

Além disso, à época, o tipo penal do art. 288 do Código Penal, exigia o número mínimo de quatro agentes.

Embora a Lei n. 12.850, publicada em 02-08- 2013 haver retirado os termos "bando ou quadrilha" e criado a "associação criminosa", formada por grupos de três ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes, logo reduzido o número mínimo exigido de agentes para sua consumação, é aplicável ao caso a antiga redação por ser mais benéfica aos réus, vez que exigia a presença de, no mínimo, quatro pessoas, pois o fato foi praticado em 23 de março de 2009.

É de bom alvitre relembrar que, segundo a nossa legislação penal, não só os executores materiais, mas também, o mandante e os intermediadores, se enquadram na figura típica da formação de quadrilha; logo é da atribuição do Corpo de Jurados apreciar a participação ou não. E, na impossibilidade de cisão do julgamento, como já dito, deve reapreciar o crime de homicídio, inclusive em face dos réus identificados pelos delatores como partícipes ou coautores do crime.

A decisão de absolvição do delito de quadrilha está manifestamente contrária às provas dos autos.

A soberania dos veredictos reconhecida constitucionalmente no art. 5º, XXXVIII, da Lei Maior, reflete a impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa.

Os réus devem ser submetidos a um novo corpo de jurados e a ele caberá a apreciação das teses apresentadas pela acusação e pela defesa, nos termos do § 3º do art. 593 do Código de Processo Penal.

Quanto aos réus que respondem ao processo preso – Michel, David, Francisco e Oswaldo, devem ser mantidas as prisões preventivas, pois são réus confessos e que apresentam elevada periculosidade pelo *modus operandi*, pois agiram em grupo, de forma concatenada e praticaram o crime em lugar público, na presença de várias pessoas, colocando em risco a comunidade local, bem como pelo risco de reiteração delitiva, inclusive com informação do cometimento de outros delitos além do presente, conforme consulta SAJPG. Presente a necessidade de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Neste sentido, colaciono os julgados:

> *"(...) 6. A anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri não conduz necessariamente ao relaxamento de prisão do paciente, visto que o acórdão manteve a prisão preventiva pelos mesmos motivos apresentados no momento de sua decretação, ou seja, o modus operandi revelador da periculosidade do agente.7. Writ não conhecido.(HC 257.929/PE, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 31/05/2013)*

> *"(...) O Tribunal de origem anulou tão somente o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando que seja submetido a outro perante o Conselho de Sentença. Já encerrada a instrução criminal, está superada a alegação de excesso de prazo. Aplicável a Súmula 52/STJ.(...) (HC 281.716/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)*

Improcede o prequestionamento ventilado de violação aos artigos os artigos 1º, 59, *caput,* 65, *caput,* III, "d", art. 68, II, do Código Penal; art. 5º, V, XXXIX, XLVI e 93, X, todos da Constituição Federal e art. 387, II e III, do Código de Processo Penal.

Em parte com o parecer, dou provimento ao recurso Ministerial e anulo integralmente o julgamento pelo Conselho de Sentença em relação aos réus Oswaldo José de Almeida Júnior, Edoildo Ramos, Jair Roberto Cardoso e Willia Inácio Rodrigues; dou parcial provimento ao recurso de David da Silva Rosendo e Francisco Pereira Feitoza e anulo integralmente o julgamento pelo Júri Popular, por conseguinte, todos devem ser submetidos a novos julgamentos pelo Júri Popular, com fundamento no art. 593, §3º, do Código de Processo Penal. O recurso de Oswaldo José de Almeida Júnior resta prejudicado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram provimento ao recurso ministerial, para anular integralmente o julgamento pelo conselho de sentença em relação aos réus Oswaldo José de Almeida Júnior, Edoildo Ramos, Jair Roberto Cardoso e Willia Inácio Rodrigues; deram parcial provimento aos recursos de David da Silva Rosendo e Francisco Pereira Feitoza para anular integralmente o julgamento pelo júri popular e julgaram prejudicado o recurso de Oswaldo José de Almeida Júnior.

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, 25 de junho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0002450-46.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

PRELIMINARES

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRELIMINARES DE NULIDADE – ALEGADA ILEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL PARA PROMOVER PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO – INVIABILIDADE – ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA – EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA – INOCORRÊNCIA – FATOS DISTINTOS – VALIDADE DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS – REJEITADAS.

I- É inquestionável a legitimidade constitucional do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias, notadamente por ser previsto na Carta Magna, sendo tal atividade consectário do próprio ônus desempenho pelo Parquet – titular exclusivo da ação penal pública –, proceder a coleta de elementos de convicção, com escopo de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

II- Muito embora pese o fato do delito em questão ser de caráter permanente, não há que se cogitar a ocorrência da litispendência (*bis in idem*), porquanto as condutas não coincidem entre si, haja vista terem sido perpetradas de forma desvinculada, em circunstâncias e momentos completamente diversos.

III- Denota-se que as escutas telefônicas são perfeitamente legais, notadamente por terem sido autorizadas judicialmente, nos moldes do estatuído no art. 1.º da Lei n.° 9.296/96. Não se vislumbram quaisquer elementos que atestem, cabalmente, a realização de interceptações telefônicas em datas pretéritas a autorização judicial, sendo inquestionável que a prorrogação atendeu a finalidade de investigar a complexa participação dos acusados na prática do crime de tráfico de drogas.

IV- Não há falar em nulidade da decisão que deferiu as escutas telefônicas em razão do não preenchimento do requisito contido no II do artigo 2º da Lei n.º 9.296/96, posto que as decisões que deferiram a interceptação e a prorrogação restaram devidamente alicerçadas nas peculiaridades do caso, sendo indubitável que a atuação de forma sorrateira, torna praticamente impossível a realização de apreensão de drogas e a prisão em flagrante, caso inexista monitoramento das ações do envolvidos através das interceptações telefônicas.

V- Preliminares rechaçadas.

PARA O RECORRENTE ADEIR:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – MODULADORAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS – ALMEJADO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INVIABILIDADE – RELATOS INÚTEIS PARA ELUCIDAÇÃO DOS FATOS – NÃO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 – ALTERAÇÃO DO REGIME

PRISIONAL – INCABÍVEL – REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

I- A sentença condenatória está em perfeita consonância com os elementos probatórios coletados durante a instrução criminal, mormente se considerados os depoimentos dos milicianos que atuaram na operação que culminou na apreensão dos entorpecentes e na prisão em flagrante do recorrente, as ações de monitoramento, as filmagens, as fotografias, os relatórios de investigação e de inteligência do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e as interceptações telefônicas, não remanescendo dubiedades sobre a prática de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, tendo sido demonstrada a existência de um vínculo duradouro, estável e permanente para a comercialização intensa de entorpecentes. Não há que se cogitar a absolvição do recorrente quanto às condutas tipificadas nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06.

II- Mantém a exasperação da reprimenda inicial confeccionada na hipótese, posto que o magistrado singular expôs de forma legal e fundamentada os motivos que deram azo a elevação da pena do recorrente.

III- O apelante apenas admitiu já ter vendido drogas em ocasiões distintas da presente conduta, apresentando escusas como a de que os entorpecentes eram "consumidos" juntamente com outros usuários ou de que comercializava os narcóticos para sustentar o seu vício, não explicando de modo plausível as interlocuções interceptadas, isto é, além de ter relatado os fatos de modo parcial, sustentou que sua conduta estaria adstrita ao uso compartilhado, sendo indubitável que tais informações em nada contribuíram para elucidação dos fatos apurados no caso em epígrafe. Impossível o reconhecimento da atenuante confissão espontânea.

IV- A incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado está adstrita ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais estampados no art. 33, § 4º, da Lei 1.343/06. Nesse viés, não há como descurar que restou indubitavelmente comprovada a associação para o tráfico, circunstância esta que desnatura totalmente a condição de tráfico ocasional, impondo óbice ao reconhecimento da diminuta em epígrafe.

V- Muito embora o recorrente seja primário, eis que as diversas condenações que pesam em seu desfavor, ainda, não transitaram em julgado, observa-se que as circunstâncias judiciais, não recomendam o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado, o qual demonstra ser o único suficiente para reprovação e prevenção dos crimes perpetrados.

VI- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ante ausência de correspondência com o artigo 44, incisos I e III, Código Penal, pois as circunstâncias judiciais indicam que tal providência não seria socialmente adequada no caso. No mais, a pena infligida é superior a quatro anos, o que, por si só, obsta a substituição pleiteada.

VII- Recurso não provido.

PARA O RECORRENTE AILTON:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO– IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

I- A sentença condenatória está em perfeita consonância com os elementos probatórios coletados durante a instrução criminal, mormente se considerado os depoimentos dos milicianos que atuaram na operação que culminou na apreensão dos entorpecentes e na prisão em flagrante do recorrente, as ações de monitoramento, as filmagens, as fotografias, os relatórios de investigação e de inteligência do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e as interceptações telefônicas, não remanescendo dubiedades sobre a prática de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, posto ter sido demonstrada a existência de um vínculo duradouro, estável e permanente para a comercialização intensa de entorpecentes. Não há que se cogitar a absolvição do recorrente quanto à conduta tipificadas nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06.

II- Recurso não provido.

PARA A RECORRENTE NILVA:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – MANUTENÇÃO DO PERDIMENTO DO VEÍCULO APREENDIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

I - A sentença condenatória está em perfeita consonância com os elementos probatórios coletados durante a instrução criminal, mormente se considerado os depoimentos dos milicianos que atuaram na operação que culminou na apreensão dos entorpecentes e na prisão em flagrante do recorrente, as ações de monitoramento, as filmagens, as fotografias, os relatórios de investigação e de inteligência do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e as interceptações telefônicas, não remanescendo dubiedades sobre a prática de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, posto ter sido demonstrada a existência de um vínculo duradouro, estável e permanente para a comercialização intensa de entorpecentes. Não há que se cogitar a absolvição da recorrente quanto às condutas tipificadas nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06.

II- Os depoimentos colhidos, tanto na fase policial, quanto na fase judicial, convergem ao demonstrar que a recorrente Nilva, juntamente com Ailton, utilizavam o automóvel apreendido para o transporte das substâncias entorpecentes, mormente se considerada as imagens carreadas aos autos, as quais, nitidamente, exibem a utilização do veículo para a entrega de substância entorpecente, sendo de rigor a manutenção do perdimento do bem em favor da união, em razão de seu uso como meio de execução para a prática criminosa, nos moldes dos artigos 62 e 63, ambos da Lei n.º 11.343/06,

III- Recurso não provido.

Com o parecer, rejeito as preliminares arguídas. No mérito, nego provimento aos recursos de Adeir, Ailton e Nilva.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos de Adeir Braga Mariano, Nilva Aparecida Marques Mulina e Ailton Fantinati Mariano.

Campo Grande, 16 de julho de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tratam-se de Apelações Criminais interpostas por Adeir Braga Mariano, Ailton Fantini Mariano e Nilva Aparecida Marques Mulina, contra a sentença proferida as fls. 917-969, que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

a) condenar Adeir Braga Mariano pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, a uma pena total de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 899 (oitocentos e noventa e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

b) condenar Ailton Fantini Mariano pela prática das condutas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, a uma pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 1.633 (mil seiscentos e trinta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

c) condenar Nilva Aparecida Marques Mulina, pela prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal a uma pena de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 1.350 (mil trezentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

Ailton Fantini Mariano, em razões recursais (fls. 1.056-1.102), sustenta, preliminarmente: a) ilegitimidade do Ministério Público para investigação criminal; b) ocorrência de litispendência (ofensa ao Princípio *ne bis in idem*); c) a ilegalidade das escutas telefônicas; d) nulidade da decisão que deferiu as escutas telefônicas em razão do não preenchimento do requisito contido no inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.296/96. No mérito, o recorrente pugna pela sua absolvição quanto aos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, ao argumento de que o conjunto probatório produzido é insuficiente.

Por fim, prequestiona violação aos artigos 5.º, XII e LV, 129 e 144 da Constituição Federal; 8.º, V e IX, da Lei Complementar n.º 75/1993; 8.º, n.º 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos; 20 do Estatuto de Roma; 1.º e 2.º, II, ambos da Lei n.º9296/1996; 76, I, II, "c", III, 156 e 157 do Código de Processo Penal; e 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006.

Adeir Braga Mariano, em razões de apelação (fls. 1.012-1.039), pleiteia, preliminarmente, a nulidade em razão da ocorrência de litispendência (ofensa ao Princípio *ne bis in idem*). No mérito, pugna pela absolvição quanto aos crimes de tráfico e associação para o tráfico, sob o argumento de que inexistem provas suficientes para arrimar uma condenação por tais delitos. Alternativamente, postula: a) a redução da pena-base; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; c) aplicação da causa de diminuição do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06; d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e e) a fixação de regime prisional diverso do fechado.

Nilva Aparecida Marques Mulina, em razões recursais (fls. 1.152-1.181), requer: a) a absolvição quanto aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sob o argumento de que inexistem provas idôneas para embasar o édito condenatório; e b) a restituição do veículo apreendido. Por fim, prequestiona negativa de vigência aos artigos 33, 35 e 62, todos da Lei n.º 11.343/2006.

Em contrarrazões (fls. 1.183-1.232), o Ministério Público Estadual pugnou pelo parcial provimento do recurso de Adeir Braga Mariano, a fim de que este seja beneficiado com a atenuante da confissão e pelo não provimento dos demais recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, as fls. 1240-1267, manifestou-se pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo improvimento dos recursos defensivos. Prequestiona negativa de vigência aos artigos 129 e 144, ambos da Constituição Federal, 8º, V e IX, da Lei Complementar n. 75/93; 1º e 2º, ambos da Lei n. 9.296/96; 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Tratam-se de Apelações Criminais interpostas por Adeir Braga Mariano, Ailton Fantini Mariano e Nilva Aparecida Marques Mulina, contra a sentença proferida as fls. 917-969, que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

a) condenar Adeir Braga Mariano pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, a uma pena total de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 899 (oitocentos e noventa e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

b) condenar Ailton Fantini Mariano pela prática das condutas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, a uma pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 1.633 (mil seiscentos e trinta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

c) condenar Nilva Aparecida Marques Mulina, pela prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal a uma pena de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 1.350 (mil trezentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime fechado;

Ailton Fantini Mariano, em razões recursais (fls. 1.056-1.102), sustenta, preliminarmente: a) ilegitimidade do Ministério Público para investigação criminal; b) ocorrência de litispendência (ofensa ao Princípio *ne bis in idem*); c) a ilegalidade das escutas telefônicas; d) nulidade da decisão que deferiu as escutas telefônicas em razão do não preenchimento do requisito contido no inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.296/96. No mérito, o recorrente pugna pela sua absolvição quanto aos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, ao argumento de que o conjunto probatório produzido é insuficiente.

Por fim, prequestiona violação aos artigos 5º, XII e LV, 129 e 144 da Constituição Federal; 8º, V e IX, da Lei Complementar n. 75/1993; 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos; 20 do Estatuto de Roma; 1º e 2º, II, ambos da Lei n. 9296/1996; 76, I, II, "c", III, 156 e 157 do Código de Processo Penal; e 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

Adeir Braga Mariano, em razões de apelação (fls. 1.012-1.039), pleiteia, preliminarmente, a nulidade em razão da ocorrência de litispendência (ofensa ao Princípio *ne bis in idem*). No mérito, pugna pela absolvição quanto aos crimes de tráfico e associação para o tráfico, sob o argumento de que inexistem provas suficientes para arrimar uma condenação por tais delitos. Alternativamente, postula: a) a redução da pena-base; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; c) aplicação da causa de diminuição do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06; d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e e) a fixação de regime prisional diverso do fechado.

Nilva Aparecida Marques Mulina, em razões recursais (fls. 1.152-1.181), requer: a) a absolvição quanto aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sob o argumento de que inexistem provas

idôneas para embasar o édito condenatório; e b) a restituição do veículo apreendido. Por fim, prequestiona negativa de vigência aos artigos 33, 35 e 62, todos da Lei n.º 11.343/2006.

Narra a denúncia:

> *"(...) I - DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS*
>
> *No período compreendido entre os meses de julho e agosto de 2012, os denunciados associaram-se de maneira estável e duradoura para a prática reiterada do tráfico ilícito de drogas.*
>
> *No dia 04 de julho de 2012, Adeir Braga Mariano foi preso em flagrante por embriaguez ao volante e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.*
>
> *Durante a abordagem, seu telefone celular tocava insistentemente e ao ser atendido pelos policiais militares, o interlocutor solicitou a entrega de drogas.*
>
> *Os policiais então marcaram um encontro e ao chegarem encontraram Paulo Cezar Oliveira Freitas, o qual informou que constantemente adquiria entorpecentes de Adeir Braga Mariano e estava interessado em comprar mais.*
>
> *O flagrante pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 não fora possível, já que não fora encontrada droga em poder do denunciado Adeir ou de Paulo Cezar Oliveira Freitas.*
>
> *Diante disso e levando em consideração que os denunciados Adeir Braga Mariano e Ailton Fantinati Mariano há tempos estavam se dedicando à traficância, fora solicitada, e deferida, a interceptação telefônica das linhas de propriedade do denunciado Adeir.*
>
> *Durante o período de monitoramento, constatou-se que os denunciados estavam desenvolvendo ativamente o tráfico nesta cidade, adquirindo drogas em outra cidade e a redistribuindo, sobretudo por meio do sistema conhecido como "disque-droga".*
>
> *Por meio das escutas autorizadas, verificou-se, ainda, que por diversas vezes os denunciados Adeir e Ailton, mediante o uso de siglas, combinaram a compra, a remessa e a distribuição de droga.*
>
> *O relatório do núcleo de inteligência (fs.119/132) é bastante elucidativo:*
>
> *"Durante todo o período de interceptação – mesmo utilizando gírias e códigos nos diálogos – ficou explícita a movimentação de tráfico de entorpecentes praticada por Adeir e Ailton tanto no sistema vulgarmente chamado – disque droga – , quanto na participação no envio de entorpecentes para outros estados. O sistema disque-droga" de Adeir ficou claro, pois há vários áudios de pessoas ligando solicitando drogas e a entrega era feita em algum local combinado, ou mesmo o usuário pode ir até a casa de Adeir para retirar sua 'encomenda' mediante o pagamento." (f.120).*
>
> *Os denunciados Adeir e Ailton, que são irmãos, valiam-se do auxílio da denunciada Nilva, a qual muitas das vezes era responsável por fazer a entrega da droga aos usuários.*
>
> *A denunciada Nilva também ajudava a armazenar e a transportar o entorpecente, não raramente em companhia do denunciado Ailton, seu companheiro.*
>
> *E mais, por meio das escutas telefônicas constatou-se a estreita proximidade dos denunciados com uma carga de quase 17 kg de cocaína apreendida no Estado Minas Gerais, em veículo com placa de Dourados.*

Em suma, vê-se que os denunciados faziam da traficância sua principal ocupação, exercendo-a rotineiramente e ininterruptamente.

Não se deve olvidar que os denunciados Adeir e Ailton traficam drogas nesta cidade de longa data, inclusive ambos respondem ações penais pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 (autos n. 0005089-08.2011.8.12.0002 e 0003324-02.2011.8.12.0002)*, ao passo que Ailton possui ainda duas condenações pelo mesmo crime* (autos ns. 0000682-66.2005.8.12.0002 e 0005725-42.2009.8.12.0002).

De tal modo patente que todos os denunciados estavam associados há tempos para traficar drogas, ou seja, agiam mancomunados para adquirir, armazenar e distribuir entorpecente.

II – DO TRÁFICO DE DROGAS

No dia 31 de agosto de 2012, por volta das 10h00m, na rua João Damaceno, 845, Jardim Água Boa, nesta cidade, os denunciados traziam consigo para a venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 03 (três) porções contendo 26 g (vinte e seis gramas) de pasta base de cocaína, droga proscrita em todo o território nacional, de acordo com a Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, com as atualizações mais recentes.

Apurou-se que policiais do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO deslocaram-se à residência do denunciado Adeir Braga Mariano para cumprir um mandado de busca e apreensão expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS.

Enquanto aguardavam, visualizaram o denunciado Adeir, em frente a sua casa, conversar com os denunciados Ailton e Nilva, que estavam no interior do veículo Hyundai i30, placas HTQ-1196.

Depois de um certo período de campana, os policiais flagraram o exato momento em que a denunciada Nilva, que estava no banco do passageiro do veículo, entregou uma porção de droga, que se destinava à mercancia, ao denunciado Adeir (fotografia f. 128).

Diante da situação de flagrância, os policiais decidiram abordar os denunciados.

Primeiro, dirigiram-se ao denunciado Adeir, que ao avistar a aproximação policial dispensou a droga e correu, mas fora interceptado e detido.

Os policiais então realizaram buscas e localizaram no quintal da residência vizinha as 03 (três) porções contendo 26 g (vinte e seis gramas) de pasta base de cocaína, que foram arremessadas pelo denunciado Adeir.

Outra equipe policial abordou o veículo onde estavam os denunciados Ailton Fantinati e Nilva Aparecida.

Em continuidade às diligências, foi cumprido mandado de busca e apreensão na residência localizada na rua Z Dois, 2170, Jardim Canaã III; na propriedade rural situada na rua Vilso Gabiatti, s/ n., Jardim Canaã III; e, no estabelecimento comercial "Conveniência Brasil", localizado na rua Frei Antônio, esquina com a rua Z Dois, Jardim Canaã III, todas de propriedade dos denunciados.

Nos imóveis foram localizados diversos bens, entre os quais: 02 (duas) balanças de precisão; 01 (uma) CPU; 01 (um) aparelho DVR; 10 (dez) aparelho de telefone celular; 19 (dezenove) chips para celulares de diferentes operadoras; 35 (trinta e cinco) folhas de cheques de diferentes bancos e emissores, totalizando R$ 23.348,00 (vinte e três mil,

trezentos e quarenta e oito reais); R$ 4.298,75 (quatro mil, duzentos e noventa e oito reais e setenta e cinco centavos) em espécie; 03 (três) aparelhos de DVD automotivos; 01 (um) monitos de DVD automotivo; 02 (dois) auto-falantes automotivos; 01 (um) aparelho GPS; 01 (um) aparelho compressor de ar 12v (doze volts); 04 (quatro) máquinas fotográficas digitais; e, 04 (quatro) relógios de pulso.

Em poder dos denunciados foram apreendidos ainda 01 (um) veículo Hyundai I-30, placas HTQ-1196; 01 (um) veículo GM Corsa Wind, placas HRI-8572; 01 (uma) motocicleta Honda NXR 150 Bros, placa HSN-7217; e, 01 (uma) motocicleta Honda Biz 125, placa NRM-0960.

Os bens apreendidos, especialmente as folhas de cheque, dinheiro e veículos, eram provenientes do intenso mercadejo de drogas por parte dos denunciados, que estavam associados para o tráfico de entorpecentes.

Por tal motivo, os denunciados foram presos em flagrante delito (...)" (fls. 02-06).

São esses, em síntese, os fatos que merecem relevância.

1 – Da preliminar de nulidade em decorrência da intervenção ministerial na fase preparatória (inconstitucionalidade dos incisos X e IX, do artigo 8 º da Lei Complementar nº75/1993).

A defesa do recorrente Ailton Fantini Mariano argui preliminar de nulidade do processo por ilegitimidade da prova produzida, decorrente da atuação direta do Ministério Público na fase preparatória, sob o pretexto de que tal ingerência não encontra arrimo constitucional.

Não obstante as alegações sustentadas, importante ponderar que inexiste nulidade no caso em questão, posto que, conquanto seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas, porque não detém ela o monopólio da investigação criminal.

Não se pode olvidar que a investigação na fase preparatória nada mais é do que procedimento administrativo que serve, basicamente, para avaliar a existência de elementos informativos para deflagrar a *persecutio criminis*, cumprindo salientar que nem mesmo a falta de investigação prévia anula ou prejudica a persecução penal.

Ao contrário do sustentado pelo recorrente, a ordem jurídica confere sim, ainda que implicitamente, ao Ministério Público poderes de investigação, no art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993.

Nesse sentido, eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de

produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, mutatis mutandis, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público. No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: "situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal". No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. 2. [...]. 3. ORDEM DENEGADA". (HC 84965/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/12/2011).

Colhe-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ORDEM DENEGADA. 1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar documentos e informações que entender necessários ao exercício de suas atribuições. 2. A atuação do Ministério Público, no contexto da

> *investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais - a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial -, representa, na realidade, o exercício concreto de uma atividade típica de cooperação, que, em última análise, mediante a requisição de elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real. 3. Habeas corpus denegado". (HC 116.466 – MG, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/12/2011).*
>
> *HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LC N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. TESE DE FALTA DE JUSTA CAUSA. PLEITO DE TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. PROCEDIMENTO CONCLUÍDO. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL.1. A legitimidade do Ministério Público para determinar diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93.2. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, mormente quando se trata de crime atribuído a autoridades policiais que estão submetidas ao controle externo do Parquet.3. A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993.4. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. "A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o 'dominus litis', determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua 'opinio delicti', sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial."* (STF - HC 94.173/BA, 2.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/11/2009). *5. Concluído o procedimento investigativo a que se visava trancar por falta de justa causa, resta evidenciada, no particular, a perda superveniente do interesse processual.6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.* (STJ - HC 94.129/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010)

No mesmo norte o entendimento deste Sodalício:

> *"Não há falar em nulidade da ação penal decorrente de procedimento investigatório realizado pelo Parquet em crimes envolvendo organizações criminosas, posto que inexiste monopólio da polícia judiciária em atuar em procedimentos que visam elucidar práticas delitivas de tal natureza, mesmo porque é de primária sabença a dispensabilidade de inquérito policial à apresentação de denúncia quando existentes indícios de crime".* (TJMS, Apelação. Criminal. n. 028127-86.2010.8.12.001, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Julgado em 26.05.2014).

É inquestionável a legitimidade constitucional do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias, notadamente por ser previsto na Carta Magna, sendo tal atividade consectário do próprio ônus desempenhado pelo *Parquet* – titular exclusivo da ação penal pública – proceder a coleta de elementos de convicção, com escopo de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

Não há como prevalecer a nulidade arguída.

2. Da preliminar de litispendência (*bis in idem*).

Os apelantes Adeir e Ailton, em suas respectivas razões, preliminarmente, aduzem a ocorrência de *bis in idem*, discorrendo já terem sido processados e condenados pelo fato encartado nos autos, motivo pelo qual pugnam pela nulidade do presente feito.

O pleito não merece acolhimento.

Os fatos apurados nos autos em epígrafe são totalmente distintos dos que restaram investigados na ação penal nº 0013708-58.2010.8.12.0002, dado que neste último processo, os recorrentes Adeir e Ailton foram sentenciados como incursos nas sanções dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, em razão de estarem associados ao tráfico então desenvolvido no estabelecimento comercial denominado "Conveniência Brasil", localizado na Rua Frei Antônio, Bairro Canaã III, em Dourados-MS.

No feito em questão, após o cumprimento de mandado de busca e apreensão em 18 de setembro de 2010, houve a apreensão de cerca de R$ 26.599,00 (vinte e seis mil quinhentos e noventa e nove reais), documentos pessoais de diversos indivíduos, R$ 691,00 (seiscentos e noventa e um reais) em cédulas, R$ 1.605,00 (um mil, seiscentos e cinco reais) em moedas, jóias, aparelhos eletrônicos, apetrechos para embalagem e mistura dos entorpecentes, além de certa quantidade de droga, sendo indubitável que as condutas que restaram apuradas nos autos 0013708-58.2010.8.12.0002 não coincidem com os fatos delituosos aqui retratados, porquanto foram praticadas de forma desvinculada, em circunstâncias e momentos completamente diversos.

Tais peculiaridades restaram muito bem ponderadas pelo d. Magistrado sentenciante:

> *"Argumenta-se, finalmente, que o caso estaria a realçar bis in idem quanto à imputação atinente ao artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, tendo em vista que a mesma associação é objeto de análise nos autos n. 0013708-58.2010. Razão, pois, também não lhe assiste, vez que os fatos nestes autos apurados diferem da conduta analisada nos autos n. 0013708-58.2010, conforme, aliás, lá já devidamente analisado e julgado.*
>
> *Consta, naqueles autos, que os acusados Adeir e Ailton, no estabelecimento comercial denominado "Conveniência Brasil", associaram-se de maneira estável e duradoura, visando à prática reiterada de tráfico de entorpecentes, sendo, então, denunciados como incursos no artigo 35, caput, da Lei Antitóxico, na data de 19/06/2012.*
>
> *Nos presentes autos apura-se imputação relativa ao delito apenado no artigo 33, caput, bem como do artigo 35, caput, ambos da Lei 11.343/06, este último tendo em vista que nos períodos compreendidos entre os meses de julho a agosto de 2012, os acusados Adeir, Ailton e Nilva, encontravam-se associados entre sí, de maneira estável, visando a prática de tráfico de entorpecentes, notadamente a distribuição das substâncias, no sistema conhecido como "disque-drogas".*
>
> *Aliás, quando deferidas as interceptações que deram azo à denúncia do presente feito, já haviam sido os acusados Ailton e Adeir denunciados nos autos n. 0013708-58.2010, na data de 19/06/2012, como alhures mencionado. Não obstante, consta, da exordial acusatória, que os acusados continuaram a traficar, vindo a se associar, agora juntamente com a também acusada Nilva, de forma estável e duradoura, nos termos do artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, de modo que as condutas típicas são totalmente divergentes, concernentes a contextos distintos, não podendo ser consideradas como ação única a ensejar apenas um crime, como pretende a defesa" (fls. 933-934).*

Em casos análogos ao presente, trago o posicionamento adotado pelos Tribunais Pátrios:

> *"(...) Não há que se falar em exceção de coisa julgada ou mesmo em litispendência, quando a denúncia tida como coincidente narra fatos diversos, com agentes diversos, datas e vítimas diferentes. (...)"*. (TJMG; APCR 1.0352.1.03802-8/01; Rel. Des. Duarte de Paula; Julg. 18/06/2013; DJEMG 28/06/2013).

> *"(...) LITISPENDÊNCIA. Associação para o tráfico de drogas que é distinta e autônoma quanto ao tráfico que se apura em outros autos. Denúncia que, ademais, consigna tal fato. Pleito afastado (...)"*. (TJSC; ACr 201.065478-0; Itajaí; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho; DJSC 09/05/2012; Pág. 39).

Rejeito a prefacial de nulidade.

3. Da preliminar de nulidade das escutas telefônicas em razão da ausência de autorização judicial.

A defesa sustenta que inexistiu prévia autorização judicial para a interceptação telefônica, de modo que "*se faz imperiosa a declaração da ilicitude das escutas telefônicas para que não surtam efeitos na ação penal deflagrada em desfavor do Apelante*" (f. 1.078).

Observa-se que o pedido formulado pelo Ministério Público foi deferido pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados em 10/07/2012, pelo prazo de 15 (quinze) dias (fls. 98-102).

Por meio do relatório n. 043/SOI/GAECO/DRS/2012, referente às escutas realizadas, verifica-se que elas iniciaram-se no dia 30/07/2012 e findaram-se no prazo de 15 (quinze) dias (fls. 107-119).

Constata-se, ainda, que o d. representante do *Parquet* requereu a prorrogação das escutas, por igual período, sendo este pleito deferido em 16/08/2012, compreendendo o período entre os dias 18/08/2012 a 01/09/2012 (fls. 120-124).

Malgrado as insurgências sustentadas pela defesa, não há quaisquer elementos que atestem a realização de interceptações telefônicas em datas pretéritas a autorização judicial.

Denota-se que as escutas telefônicas são perfeitamente legais, notadamente por terem sido devidamente autorizadas judicialmente, nos moldes do estatuído no art. 1º da Lei n. 9.296/96, sendo que as prorrogações atenderam a finalidade de investigar a complexa participação dos acusados na prática do crime de tráfico de drogas.

Rejeita-se a preliminar.

4. Da preliminar de nulidade da decisão que deferiu as escutas telefônicas em razão do suposto não preenchimento do requisito contido no II do artigo 2º da Lei n. 9.296/96 (ausência de motivação).

Novamente não assiste razão à defesa.

No que tange à motivação, constata-se que as decisões que deferiram ou prorrogaram as interceptações telefônicas encontram-se fundamentadas (fls. 98-102 e 120-124), não havendo qualquer vício nesse sentido.

A decisão que deferiu a primeira interceptação telefônica entre os investigados, o fez com fulcro no preenchimento dos requisitos dos artigos 2º e 4º ambos da Lei 9.269/61, arrimando-se nos argumentos apresentados pelo d. representante do *Parquet*.

Tais documentos apontavam indícios razoáveis de autoria, levando o órgão Ministerial a pleitear as interceptações telefônicas, para o fim de se avançar na apuração dos fatos, *in verbis*:

"No dia 19 de junho de 2012, Adeir Braga Mariano e Ailton Fantinati Mariano, que são irmãos, foram denunciados pelo crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, pois estavam associados para o tráfico de drogas, o qual era desenvolvido no estabelecimento comercial denominado "Conveniência Brasil", localizado na rua Frei Antônio, Bairro Canaa III, nesta cidade.

O exercício da traficância ficou demonstrado durante a investigação policial, que culminou com o cumprimento de mandado de busca e apreensão cumprido na referida conveniência no dia 18 de setembro de 2010, quando foram apreendidos, entre outros, R$ 26.599,00 (vinte e seis mil quinhentos e noventa e nove reais) em cheque, oriundos do mercadejo de drogas.

E mais, no local ainda foram encontrados documentos pessoais de diversos indivíduos, possivelmente retidos como garantia de divida de droga, como sói acontecer em pontos de distribuição de entorpecente.

Não bastasse isso, no dia 04 de março de 2011, durante cumprimento de mandado de busca e apreensão Ailton Fantinati Mariano foi preso em flagrante por tráfico de drogas, pois tinha em depósito na "Conveniência Brasil" certa quantidade de cocaína para a venda e grande quantidade em dinheiro, oriundo do mercadejo de entorpecentes (autos n. 00003324-02.2011.8.12.0002 – doc. 01).

De igual modo, no dia 30 de abril de 2011, Adeir Braga Mariano foi preso em flagrante por tráfico de drogas, já que vendeu drogas aos usuários Alberto Alencar Brandão de Almeida e Carlos Roberto da Cruz, além de ter em depósito para a venda, na "Conveniência Brasil", certa quantidade de cocaína (autos n. 0005089-08.2011.8.12.0002 – doc. 02).

Não se deve olvidar ainda que Ailton Fantinati Mariano possui 02 (duas) condenações anteriores pelo crime de tráfico de drogas (autos ns. 0000682-66.2005.8.12.0002 e 0005725-42.2009.8.12.0002 – doc. 03).

Enfim, o envolvimento dos acusados, ora requeridos, com o tráfico de drogas é patente.

Mas não é só, no dia 04 de julho de 2012, Adeir Braga Ribeiro foi preso em flagrante por embriaguez ao volante e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (autos n. 0006127-21.2012.8.12.0002 – doc. 04).

Durante a abordagem, o seu telefone celular tocava insistentemente e ao ser atendido pelos militares, o interlocutor pediu "duas paradas".

Os policiais então marcaram um encontro e ao chegarem encontraram Paulo Cezar Oliveira Freitas, o qual informou que constantemente adquiria drogas de Adeir Braga Mariano e estava interessado em comprar mais.

O flagrante pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11343/06 não fora possível, já que não fora encontrada droga em poder de Paulo Cezar Oliveira Freitas ou de Adeir Braga Mariano.

Nada obstante o episódio deixa transparecer que Adeir Braga Mariano continua a se dedicar reiteradamente ao tráfico de drogas, muito provavelmente em companhia de seu irmão Ailton Fantinati Mariano.

Diante disso, é patente a necessidade da interceptação telefônica dos telefones dos acusados Adeir e Ailton, ora requeridos.

> *As exigências previstas no art. 2º da Lei 9.296/96, analisadas a contrario sensu, estão atendidas.*
>
> *Com efeito, os crimes investigados previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11343/06, são punidos com reclusão e há indícios razoáveis da participação de ambos nos ilícitos.*
>
> *Além disso, a prova pretendida não pode ser produzida por outros meios disponíveis. Somente com a interceptação telefônica será possível desbaratar o esquema de distribuição de drogas mantido pelos investigados, sem embargo de possibilitar a identificação de seus eventuais comparas.*
>
> *Em suma, a diligencia é imprescindível para o fim a que se destina" (fls. 88-90).*

Tem-se que a irresignação defensiva está completamente equivocada, bastando lembrar-se que o suposto vício de fundamentação, isto é, a ausência de indícios e possibilidade de produzir provas por outros meios, redundou na apreensão de drogas, balanças de precisão, cheques, dinheiro, automóveis, motocicletas e na realização de prisões em flagrante.

Sabe-se que a atuação e o comércio desenvolvido por certos traficantes, como no caso dos recorrentes, é algo de difícil elucidação, especialmente *in casu*, onde todos os envolvidos não são inexperientes em tais práticas, notadamente por terem envolvimentos pretéritos com a comercialização de entorpecentes.

A atuação de forma sorrateira, torna praticamente impossível a realização de apreensão de drogas e a prisão em flagrante, caso inexista monitoramento das ações do envolvidos através das interceptações telefônicas.

Não há que se falar em quaisquer vícios de fundamentação.

Passo ao exame do mérito.

5. Do pleito absolutório quanto ao crime de tráfico de drogas.

Muito embora pesem os esforços dos apelantes Ailton, Adeir e Nilva, observa-se que o conjunto probatório produzido é subsistente para amparar as suas condenações.

A materialidade do delito restou claramente comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 40-50), do laudo de exame de constatação (fl. 49), auto de exibição e apreensão (fls. 57-61 e 78), laudo definitivo de exame toxicológico (fls. 84-87), relatório de investigações (fls. 127-140), laudo pericial (fls. 386-389), assim como pelas provas orais coligidas no caderno processual.

Tem-se a comprovação da autoria criminosa, evidenciada, em especial, pelas interceptações telefônicas e pelos depoimentos dos policiais que participaram da diligência que culminou a apreensão da droga e na prisão em flagrante dos recorrentes, sendo firmes e coerentes os relatos dos milicianos quanto à prática de tráfico de drogas narrado na prefacial acusatória.

Observa-se que a deflagração da prisão dos recorrentes resultou das investigações realizadas pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO, o qual logrou êxito na apreensão dos entorpecentes e no desmantelamento da associação criminosa, em razão das interceptações telefônicas realizadas e do monitoramento pessoal dos apelantes.

Em decorrência de tais diligências, no dia 31 de agosto de 2012, os milicianos deslocaram-se até a residência do apelante Adeir Braga Mariano, ocasião em que os policiais avistaram este conversando com

os recorrentes Ailton Fantini Mariano e Nilva Aparecida Marques Mulina, os quais estavam no interior do veículo Hyundai i30, placas HTQ-1196.

Decorrido certo tempo, a apelante Nilva, a qual estava no banco do passageiro do referido veículo, entregou determinada porção de drogas através da janela, instante em que os policiais de campana, ante a flagrância das circunstâncias, abordaram os envolvidos.

No entanto, Adeir, ao visualizar os milicianos, dispensou os entorpecentes na calçada de sua vizinha e em desabalada carreira tentou subtrair-se da ação policial, sendo, todavia, capturado e preso juntamente com os demais envolvidos. Ato contínuo, os policiais realizaram buscas para encontrar as substâncias dispensadas, localizando 03 (três) porções de pasta base de cocaína, cerca de 26 (vinte seis) gramas, arremessados pelo apelante no referido local.

O apelante Adeir Braga Mariano, ao ser inquirido na fase judicial, negou as imputações contidas na prefacial acusatória, mencionando que a ligação recebida de "Paulinho" – usuário de drogas conforme fls. 88-90 – tratava-se de convite para tomar cerveja, relatando não saber sobre quaisquer cargas de cocaína, sustentando, ainda, que as lâminas de cheques apreendidas eram decorrentes de seu antigo trabalho, enquanto a balança de precisão era para a aferição de pescados. Ao ser indagado sobre as ligações interceptadas, o recorrente mencionou que os usuários ligavam-lhe para consumirem os entorpecentes conjuntamente, tendo relatado que já comercializou drogas para sustentar o seu vício (arquivo de áudio a fl. 547).

No mesmo sentido, o apelante Ailton Fantinati Mariano negou os fatos contidos na prefacial acusatória, relatando que, na data de sua prisão, apenas teria deslocado-se até a residência de seu irmão para entregar uma lâmina de cheque, negando a veracidade de todos os fatos descritos na inicial acusatória (arquivo de áudio a fl. 547).

Nilva Aparecida Marques Mulina, também, negou as imputações contidas na prefacial acusatória, mencionando que jamais esteve envolvida com as respectivas condutas criminosas (arquivo de áudio a fl. 547).

Nota-se que o conjunto probatório é subsistente para amparar o édito condenatório, merecendo destaque o depoimento prestado pelo Policial Willian Gustavo Ferreira Segóvia, o qual narrou de modo minudente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a diligência que deu azo à apreensão da droga e a prisão dos apelantes, *in verbis*:

> *(...) que ratifica os depoimentos que prestou perante autoridade policial (f. 08/09 desta CP), cujos termos foram lidos nesta audiência, para que passem a fazer parte integrante destes; (...); que os fatos que confirma se tratam aos relativamente a:* ***"Aí o Ailton (e não o Adeir) juntamente com a esposa dele Nilva, em um veículo I30 eles vão até a casa do Adeir, aí tem uma filmagem que o Adeir estica a mão e pega uma coisa dentro do carro, da pra ver que ele pega de quem esta no banco do carona, e adentra a residência"; que somente depois da abordagem é que ficou identificada a acusada Nilva****, como sendo a carona que estava no veículo; que o depoente baseia seus depoimentos pelo que assistiu na filmagem e pelo que se vê na filmagem, o fato questionado pelo advogado, ou seja, que "Nilva abaixou o banco para Ailton sobre ele entregar algo para Adeir", o que não ocorreu; que o tempo decorrido, no máximo, foi de 02 minutos até que o agente policial conseguiu render o Aldeir que havia adentrado na cama;* ***que em nenhum momento, o Aldeir saiu do foco de visão do Herculano, ou seja, o Herculano acompanhou com o olhar permanentemente o acusado nesses momento da diligências policial (...) que existem interceptações telefônicas que confirmam essa atividade delituosa por parte desse acusado (Adeir);*** *(...) que nas investigações que antecederam ao interrogatório do acusado Adeir, constatou-se, com segurança, que "ele realmente é traficante."* (fls. 796-797) (g.n.).

No mesmo sentido, o Policial Militar Joilson Leite Vitorino dos Santos relatou de modo seguro que a recorrente Nilva foi a responsável por ter repassado os entorpecentes ao apelante Adeir, o qual se evadiu do local e dispersou os tóxicos nas proximidades do local, sendo, entretanto, capturado (arquivo de áudio a fl. 547).

Ressalta-se que ao contrário do que defende a defesa, de que o pacote entregue é diferente daquele em que estavam as drogas, visto que estas estavam condicionadas em plástico preto, enquanto que o pacote entregue era branco "bastante reluzente", contendo cheques e dinheiro, a sequência de imagens juntadas as fls. 813-814 demonstram apenas a entrega de um pacote, no qual foi constatado tratarem das "paradinhas", conforme citado no parágrafo supra.

Como bem decidiu o magistrado *a quo*, "*percebe-se, todavia, tratar-se de estratagema da defesa, no exercício da ampla defesa, não se vislumbrando, dos vídeos captados, a certeza que permeia tal assertiva. Nota-se, sim, que a transação que se deu foi ágil e sub-reptícia, como soi acontecer em situações desse jaez. Se se tratava realmente*" (fl. 951).

O Policial Militar José Carlos Herculano, responsável pela oitiva das interceptações e filmagem da entrega dos entorpecentes, mencionou que os áudios eram claros em demonstrar a realização de traficância, posto que, embora fossem utilizadas gírias como subterfúgios para camuflarem as expressões concernentes ao comércio de entorpecentes (cheque, óleo, cimento, dentre outras), sempre que os policiais diligenciaram até os locais não visualizavam os objetos mencionados, tanto é que no dia da prisão, ao visualizarem o repasse dos entorpecentes, os policiais realizaram a abordagem dos envolvidos (arquivo de áudio a fl. 547).

O miliciano José Herculano relatou, ainda, que avistou, em ocasião diversa do flagrante em questão, Nilva Mulina abaixando-se na frente de sua residência e pegando objeto (entorpecente) que estava ocultado abaixo de uma pedra, enquanto um ciclista desconhecido repassou certa quantia em dinheiro para o recorrente Ailton Mariano (arquivo de áudio a fl. 547 - 06':05''- 06':35'').

Os depoimentos dos policiais estão em sintonia com outros elementos de convicção constantes nos autos, notadamente com as interceptações telefônicas, filmagem (fls. 134-137), e, ainda, com a efetiva apreensão do entorpecente.

Trago a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que bem sintetiza a necessidade de conjugação dos elementos probatórios para apreciação de autoria do crime de tráfico:

> *"(...) A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto,* ***não podendo ser desprezados depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados*** *(...)"* (TRF - 4.ª Reg. - AC 92.04.08590-8 - Rel. Ari Pangendler - JSTJ E TRF LEX 47/525).

Anote-se que os testemunhos policiais não devem ser desconsiderados na análise do conjunto probatório, porquanto, foram compromissados em juízo, de forma que não se pode presumir que tenham incriminado os apelantes falsamente, sobretudo porque não há, nos autos, razões para desvalorizar tais depoimentos.

Os relatos prestados são firmes e ricos em detalhes acerca da empreitada delituosa, sendo dignos, por tal razão, de crédito.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que "*é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*"[1].

1 RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho *in* "**Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais**", p. 61.

Em outra passagem, a Corte Suprema reafirmou que "*os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos*" (HC 98766/SP, Sexta Turma, São Paulo, Ministro Og Fernandes, em 05/11/2009).

Este Tribunal de Justiça tem reiteradamente proclamado que "*não obstante a negativa de autoria pelo réu, se os firmes e unânimes depoimentos dos policiais aliados a outros elementos de convicção comprovam a conduta descrita na peça vestibular, que subsume-se ao tipo penal do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, é de rigor a manutenção do édito condenatório"* (ACr n. 2010.016118-9, 2.ª Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, em 30/07/2010).

Não se deve olvidar, ainda, que o policial é o agente do Estado incumbido da segurança pública, o qual foi legalmente investido no cargo e possui a seu favor a presunção de legalidade e legitimidade nos atos perpetrados, o que, longe de desqualificá-lo, torna-o idôneo.

Cumpre salientar que, além de não serem críveis as alegações dos recorrentes sobre os termos utilizados nas interlocuções interceptadas, não foram trazidos quaisquer elementos que comprovem as versões apresentadas ou afastem as circunstâncias e os elementos probatórios que bem demonstram a responsabilidade criminal dos envolvidos.

Nesse sentido, oportuna é a colação dos segmentos das referidas interceptações telefônicas, *in verbis*:

> *"Índice 1611124: Uma usuária que se identifica como Sueli encomenda ao acusado Adeir "da boa" "cinco gotas, ou cinco lascas".*
>
> *Índice 1611352: A mesma usuária liga para o acusado Adeir e diz "não tinha cinco gotas não né?" e complementa "então para fechar mesmo me dá vinte gotas ai".*
>
> *Índice 1611700: pessoa não identificada liga para o acusado Adeir e diz: "deixa umas 3 latas pra mim", complementando "arruma um negócio bom pra mim".*
>
> *Índice 1613001: Adeir inicia uma conversa perguntando quanto ficaria a mão de obra, interlocutor não identificado pergunta se é o quarto para alugar, Adeir pergunta "é, vai ficar em quanto?" "Ah parece que, aquele dia você não disse quatrocentos parece?" e complementa "ãh, não, não, quarenta você falou né?".*
>
> *Índice 1612809: pessoa não identificada liga para o acusado Adeir e diz: "na casa do irmão ai pede pra por graxa e balão", e ainda pergunta "entendeu né?".*
>
> *Índice 1614041: pessoa não identificada liga para Adeir e solicita "quando você subir traz um cheque pra mim", não dizendo mais nada, sequer o valor do cheque.*
>
> *Índice 1615154: Adeir fala para MNI que "tem uma caixa e tem que ser duzentos reais".*
>
> *Índice 1615727: Cícero liga para Adeir e diz: depois você passa aqui e pega o noventão" e Adeir responde que "passo ai e pego o dinheiro e deixo o cheque com você, o cheque esta comigo aqui no meu carro".*
>
> *Índice 1623657: Paola pede para Adeir "trocar um cheque de 20 reais".*
>
> *Índice 1623983: pessoa não identificada pergunta a Adeir "quanto fica o quarto", Adeir responde que "60, daí eu levo ai pra você".*

Índice 1626019: pessoa não identificada liga para o acusado Adeir pedindo duas caixinhas de cerveja a vista, Adeir completa que é duzentos e oitenta.

Índice 1681071: Sueli diz "mas eu queria agora, não da pra levantar?" Adeir responde que "dá mas eu não tenho" e que só terá lá pelas 8 e meia. Sueli diz "mas oito e meia é muito tarde, já passou a vontade já".

Índice 1681095: Adeir diz a interlocutor que dali meia hora levaria, e pergunta: "quantos sacos de cimento? Qual o valor da obra lá... dos meninos lá? Seu interlocutor responde que "ficou o negócio do cal pra gente acertar... e ficou vinte real né?. Adeir então questiona"quanto ficou ao todo", obtendo a resposta que "a menor... cinquenta".

Índice 1625905: Pessoa não identificada diz que um terceiro deseja fazer um seguro de carro também por cinquenta mil, complementando que essa pessoa deseja fazer um seguro hoje.

Índice 1676417: Adeir liga para pessoa não identificada, que diz : caiu a prancha referindose ao Luiz Paulo Acosta. Adeir pergunta se com a moto ou com aquele outro negócio lá, obtendo a resposta: "com tudo, não liga no celular dele não".

Índice 1669501: Sueli liga para Adeir e diz: "eu queria aquele colírio, mas um melhor, porque o de ontem estava muito fraco, não é verdade?" Adeir pergunta: "uma se 60?" e a interlocutora responde: "uma nota de vinte" (fls. 109-114 e 129-133).

Malgrado os argumentos apresentados pela defesa no sentido de que os termos eram utilizados em seus respectivos sentidos literais, constata-se, indubitavelmente, que tal asserção não encontre nenhum respaldo probatório.

Para se admitir tal versatilidade e quantidade de vendas e serviços, os recorrentes teriam que, no mínimo, serem empresários e/ou atacadistas de grande porte, haja vista que comercializavam para terceiros e trocavam entre si cimento, cal, óleo, colírio, balão, graxa, seguro de automóveis, etc, sendo tais atividades, conforme os elementos constantes nos autos (arquivos de áudio a fl. 547), totalmente apartadas e alheias as profissões dos recorrentes.

Grande parte das interlocuções não possuem qualquer estrutura lógica, sendo certo que muitas das palavras proferidas nos diálogos estão fora de contexto.

Não se pode olvidar da apreensão de 10 (dez) celulares, 14 (quatorze) chips, R$ 4.298,75 (quatro mil, duzentos e noventa e oito reais e setenta e cinco centavos) em moeda corrente, 02 (duas) balanças de precisão, 01 (um) talão contendo quatro lâminas de cheques em branco, além de outras folhas de cheques somando o importe de R$ 23.348,00 (vinte e três mil trezentos e quarenta e oito reais), dentre outros produtos de procedência dúbia.

Criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão de que os recorrentes Adeir, Ailton e Nilva perpetraram o delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), devendo o pleito absolutório ser desprovido.

6. Da absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas.

Os recorrentes Ailton, Adeir e Nilva pugnam pela absolvição do crime de associação para o tráfico, ao argumento de que o acervo probatório é insubsistente para arrimar uma condenação por tal conduta.

Segundo orientação dos tribunais pátrios, para a condenação pelo delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas não basta o mero acerto ocasional, haja vista ser imprescindível comprovar, indubitavelmente, que

os agentes sejam efetivamente integrantes de um grupo estável e permanente, criado com o fim específico de fomentar o tráfico de entorpecentes.

A respeito, Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

> *"(...) Associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1.º, e 34 da Lei 11.343/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. (...) Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa.*
>
> *(...)"elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum (...)"*[2]

No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça doutrina que "*associar-se significa unir-se de maneira estável. A característica da associação, portanto, é a estabilidade do vínculo*"[3] .

Nesse átimo, eis os excertos do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006. Doutrina. Precedentes (...)"* (HC 271.616/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013)
>
> *"(...) 2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incursa no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa. Atipicidade reconhecida (...)"* (HC 248.844/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)
>
> *"(...) como sabido, o crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006 não se configura diante de uma associação meramente eventual, mas apenas quando ela for estável e duradoura, ligada pelo animus associativo dos agentes, formando uma verdadeira societas sceleris, não se confundindo com a simples co-autoria (...)"* (HC 99373/MS, Rel. Min. Jane Silva, 6.ª Turma, em 18/03/2008).

Deve ser mantida a condenação dos recorrentes pelo crime de associação ao tráfico, pois evidenciada a durabilidade e o *animus* colaborador entre os réus para a comercialização de entorpecentes. Há inequívoca comprovação do ânimo de associação estável e duradoura, posto que o flagrante foi fruto de prévia investigação na qual constatou-se que as condutas eram perpetradas de forma ordenada e rotineira e identificada a função específica de cada integrante.

Oportuna a colação de segmento do relatório das investigações, *in verbis*:

> *"(...) Durante todo o período de interceptação - mesmo utilizando girias e códigos nos dialogos - ficou explicita a movimentação de tráfico de entorpecentes praticada*

2 NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 365 e 366.

3 BORGES, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas:** Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. São Paulo: Método, 2008. p. 125.

por Adeir e Ailton, tanto no sistema vulgarmente chamado "disque-droga", quanto na participação no envio de entorpecentes para outros estados. O sistema "disque-droga" de Adeir ficou claro, pois há vários áudios de pessoas ligando solicitando drogas e a entrega era feita em algum local combinado, ou mesmo o usuário pode ir até a casa de Adeir para retirar sua encomenda mediante pagamento (...)" (fl. 128).

No mesmo sentido, colhe-se relevante segmento da sentença combatida:

"(...) Extrai-se, ainda, que o delito era mais um dentro do contexto de traficância desenvolvido pelos réus, decorrente da associação que haviam estabelecido, de maneira duradoura, estável e que, como se percebe, se arrastava no tempo de maneira intensa, em nítida comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, nos exatos termos do artigo 35, caput, da Lei 11.343/06.

Atuavam como sócios, inclusive em um esquema de disque-drogas, venda e entrega de substâncias entorpecentes através de telefonemas recebidos de viciados-clientes, restando inconteste que o acusado Ailton, com o auxílio da corré Nilva, exercia o comando à frente dos negócios alusivos à ilícita mercancia, cabendo ao corréu Adeir distribuir, de forma intensa, os entorpecentes aos usuários

Há, na espécie, concurso material, porquanto nítido que os réus firmaram, num primeiro momento, de maneira organizada e estável, a associação voltada ao cometimento de delitos alusivos à traficância, perpetrados em contextos fáticos distintos, de forma a conferir-lhes lucro e aumento patrimonial.

Impende consignar que a traficância em tela não se restringia à quantidade apreendida durante o flagrante, abrangendo também às vendas pretéritas, notadamente considerando que os acusados, como visto, há tempos dedicavam-se à essa nefasta atividade (...)" (f. 956).

É indubitável, ante o robusto conjunto probatório, que os recorrentes Adeir, Ailton e Nilva estavam desenvolvendo intensamente o comércio de entorpecentes em Dourados, adquirindo as drogas e redistribuindo-as, especialmente pelo sistema denominado como "disque-drogas".

Deve ser mantida também, a condenação dos recorrentes em relação ao crime de associação para o tráfico.

7. Do pleito de redução da pena-base quanto ao recorrente Adeir.

A defesa sustenta que "*o Apelante é primário e de bons antecedentes, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, pois conjugada de acordo com todas as circunstâncias judiciais, tanto da lei de drogas quanto do Código Penal, não há motivos para que a pena seja majorada*", bem como que na aplicação da pena ao condenado pelo crime de tráfico de drogas, deve ser considerado primordialmente o art. 42 da Lei 11.343/06 e, subsidiariamente, o art. 59 do Código Penal (fls. 1029-1030).

Vejamos os fundamentos elencados pelo d. magistrado singular para exasperar a reprimenda inicial:

"(...) I- No tocante ao acusado Adeir Mariano:

I.a- Quanto ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06:

Referido acusado atuou com significativo grau de culpabilidade, face à premeditação e ao longo iter que percorreu, delineador de sua persistência na prática do delito, notadamente considerando que desenvolvia a mercancia havia considerável lapso temporal. Deixo claro que o cumprimento das regras elementares de convívio em

coletividade não se afigura inserido em suas prioridades. No tocante a antecedentes, deve ser tido como primário, por força da Súmula 444 do STJ, a despeito da condenação por tráfico formalizada na execução provisória n. 0008610-87.2013.8.12.0002, mas ainda em grau de recurso, assim como da condenação, por prática delituosa à semelhança, formalizada nos autos n.0005089-08.2011.8.12.0002, igualmente em grau de recurso e da recente condenação proferida por este juízo nos autos 0013708-58.2010. Revela preocupante propensão, tamanha a facilidade e, sobretudo, persistência com que entregou-se à pràtica tão nefasta. Por tais razões, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Sem atenuantes.

Inaplicável a redução prevista no art. 33, §4°, da atual Lei Antitóxicos, por se tratar de acusado que, como se verifica, há tempos vem se dedicando à atividade criminosa, em atividade habitual e constante, inclusive em associação com o irmão e Nilva. Aliás, o benefício se afiguraria inclusive incompatível com essa associação.

Inaplicável a redução prevista no art. 41, do mesmo estatuto, porquanto não vislumbrada confissão ou qualquer colaboração à completa elucidação do caso.

Por se tratar de semi-imputável (fl.474), reduzo, com base no art. 46 da Lei 11.343/06, as reprimendas em um terço (1/3), fixando-as em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 366 (trezentos e sessenta e seis) dias-multa à razão acima especificada.

A redução se deu no patamar acima, tendo em vista o que já restou consignado ao longo desta.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, assim como a concessão de sursis, porquanto não atendidos os pressupostos subjetivos. A despeito do limite antes fixado, a conduta social, a culpabilidade do acusado, bem como a gravidade, as negativas conseqüências, a noção de periculosidade à saúde pública e os motivos da prática delituosa, lucro fácil em detrimento de famílias, deixam claro que tal possibilidade redundaria em insuficiência da reprimenda, inobservando-se a exigência espelhada no inciso III do art. 44, bem como no inciso II do art. 77, ambos do Código Penal.

A pena privativa de liberdade será inicialmente cumprida em regime fechado, não apenas por força da Lei 8.072/90, aplicável ao caso presente, mas também porque desfavoráveis ao acusado diretrizes do art. 59 do Código Penal, conforme já frisado, permitindo a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo codex. Está inclusive preso atualmente por força de outras ações penais, alusivas a tráfico e associação ao

I.b- Quanto ao delito previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06:

Consideradas as mesmas circunstâncias elencadas na análise anterior, fixo a pena-base em quatro (04) anos de reclusão e pagamento de oitocentos (800) dias-multa à razão unitária já citada (...)" (fls. 959-961).

Observa-se que não há irregularidade na aplicação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, mesmo porque as circunstâncias foram avaliadas corretamente e de forma proporcional, expondo o livre convencimento da magistrada sentenciante.

Quanto ao conceito de culpabilidade , colhe-se os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt, *in verbis*:

> *"(...) A circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja conduta podia não praticá-la ou evita-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal. É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo (...)"*[4].

Vê-se que a fundamentação apresentada pelo juiz sentenciante mostra-se satisfatória, pois demonstra a intensidade do dolo na execução do crime que exceda a previsão legal e enseja o recrudescimento da resposta penal, uma vez que restou demonstrado, especialmente se considerada as interlocuções interceptadas, que o recorrente vem se dedicando a comercialização de entorpecentes há tempos, mesmo após diversas prisões decorrentes de condutas análogas a presente.

Não há reparos a serem feitos na fundamentação apresentada pelo magistrado sentenciante.

8. Do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em benefício do recorrente Adeir.

Não há como reconhecer a atenuante confissão espontânea na hipótese, uma que vez o apelante admitiu apenas já ter vendido drogas em outras ocasiões, apresentando escusas como a de que os entorpecentes eram "consumidos" juntamente com outros usuários ou de que comercializava os narcóticos para sustentar o seu vício, não explicando de modo plausível o teor das interlocuções interceptadas, isto é, além de ter relatado os fatos de modo parcial, ainda, sustentou que sua conduta estaria adstrita ao uso compartilhado.

Os relatos prestados pelo recorrente em nada contribuíram para elucidação dos fatos apurados no presente feito.

Tais circunstâncias foram muito bem ponderadas pelo magistrado singular:

> *"Questionado em juízo, Adeir Braga a princípio negou a prática das condutas delituosas a si imputadas, para, então, valendo-se de evasivas, dizer que vendia drogas esporadicamente visando apenas sustentar seu vício. Frise-se:*
>
> *Perguntado acerca dos acontecimentos dados na data do flagrante, no dia 31.08.2012, na rua João Damasceno, Jardim Água Boa, ocasião em que teria sido flagrado com 3 porções de pasta base de cocaína, respondeu que possuía o entorpecente para uso, e o mantinha em tal quantidade em sua residência, visando consumi-la com outras pessoas também viciadas, mas, adiante, acabou por admitir que em muitas ocasiões realmente "passou droga". Acrescentou que a balança apreendida no interior de sua residência era uma balança de pesca. Questionado pelo Ministério Público acerca do período de monitoramento telefônico, quando evidenciado pelo setor de inteligência que algumas expressões utilizadas durante conversas travadas com várias pessoas, como sendo operações relativas ao comércio de entorpecentes, nega veementemente, dizendo desconhecer o conteúdos das referidas ligações. Nega, ainda, que o irmão, o corréu Ailton, tenha lhe passado o entorpecente apreendido, dizendo que o mesmo já se encontrava em*

4 SCHIMITT. Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática.** 5ª ed. Salvador: Podium, 2010. Pág. 88. g.n.

sua residência, e que o objeto que lhe foi entregue, mostrados em fotografia, eram, em verdade, cheques" (fls. 941-942).

Nesse sentido:

> *"Roubo. Absolvição por insuficiência de provas. Incabível. Autoria e materialidade comprovadas. Reconhecimento feito pela vítima. Desclassificação do delito para furto ou roubo tentado. Inviabilidade. Crime consumado. Redução da pena. Inadmissibilidade. Constitucionalidade do instituto da reincidência (precedentes STJ). Confissão parcial não tem o condão de reduzir a pena. Pena e Regime mantidos. Recurso desprovido" (Apelação crime Nº 0074975-91.2010.8.26.0050, Segunda Câmara Criminal Extraoridinária, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Aguinaldo de Freitas Filho, Julgado em 14/02/2014).*

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. PROVA ROBUSTA PARA CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REJEIÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea se a admissão do fato é apenas parcial, como ocorreu no caso dos autos. Apelação parcialmente provida"* (Apelação Crime Nº 70056297583, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 24/10/2013).

Tendo em vista que os depoimentos do recorrente não auxiliaram na elucidação das presentes condutas, tanto é que o juiz *a quo* sequer fez menção aos mesmos durante a fundamentação do édito, não há como acolher a pretensão recursal neste ponto.

9. Da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

O recorrente Adeir apregoa que "*pela análise das provas acostadas aos autos, a única conclusão a que se pode chegar é que, em caso de condenação, o Apelante deve ser beneficiado com a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois preenche todos os requisitos legais para tal*" (fl. 910).

Para a consideração do benefício encartado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível que estejam presentes, cumulativamente, todos os requisitos previstos no dispositivo, quais sejam, ser primário o agente, de bons antecedentes, que não se dedique à atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Neste sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput, ou § 1.º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosas, pode valer-se de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4.º, para que possa aplicar a diminuição de pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes.*

> *Portanto, não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e de bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando (...)"*[5].

Restou, indubitavelmente, comprovada a associação para o tráfico, circunstância esta que desnatura totalmente a condição de tráfico ocasional, de modo a revelar óbice ao reconhecimento da diminuta em epígrafe.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 3. A jurisprudência desta Corte estabeleceu que não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, haja vista que esse fato evidencia a dedicação à atividade criminosa.*
>
> *Precedentes (...)"* (AgRg no AREsp 438.943/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)
>
> *"(...) 4. A teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art.3 da Lei 1.343/206. Precedentes. (...)"* (HC 284.568/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 12/03/2014).

No mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *"(...) 10. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da referida lei - associação estável ou de caráter permanente -, o que demonstra sua dedicação a atividades criminosas, no caso, relacionadas ao cometimento do crime de tráfico de drogas (...)"* (TJMS, Apel. Crim. n. 0003078-40.2010.8.12.0002, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Julgado em 18.03.2013).

Não há que se cogitar a aplicação da referida minorante no caso em epígrafe.

10. Do pleito de fixação de regime prisional diverso do fechado e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Importante esclarecer que a declaração de inconstitucionalidade da norma que preconizava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e aos a eles equiparados pelo STF (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), não autoriza, por si só, o estabelecimento de regime inicial menos severo, notadamente por, ainda, ser necessário a análise dos preceitos legais.

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 o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Embora o recorrente Adeir seja primário, observa-se que as circunstâncias judiciais, não recomendam o estabelecimento de regime prisional diverso do fechado, o qual demonstra ser o único suficiente para reprovação e prevenção dos crimes perpetrados.

5 NUCCI. Guilherme de Souza. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas.** 4 ed. São Paulo: RT, 2009. Pág. 361.

Nesse norte é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *"(...) A despeito da redução da pena a patamar inferior a oito anos de reclusão, preserva-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ante as demais circunstâncias do caso concreto, que apontam que a fixação de regime prisional mais brando se revelaria insuficiente para reprovação e resocialização do sentenciado (...)"* (TJMS, ACr n. 001501-71.2013.8.12.018 – Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Julgado em 18.08.2014).

Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois embora seja primário, observa-se que a pena concretamente aplicada ao recorrente suplanta a quatro anos de reclusão, sendo-lhe, ainda, desfavoráveis as circunstâncias judiciais, as quais evidenciam que tal substituição não é medida socialmente adequada na hipótese.

Nesse sentido:

> *"(...) 3. Para que seja possível a concessão do benefício da substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, é necessário que se façam presentes, de forma cumulativa, todos os requisitos legais estampados no art. 44 do Código Penal. No caso em tela, considerando a quantidade total de pena privativa de liberdade aplicada - superior a 4 (quatro) anos, bem como as circunstâncias do crime praticado (natureza da droga e existência de "boca de fumo" na residência do réu), verifica-se que não estão presentes os requisitos enumerado nos incisos I e III do dispositivo legal retromencionado, fator capaz de afastar a possibilidade de conversão (...)"* (TJMS, ACr n. º 0004485-24.2010.8.12.0021 – Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgado em 18.08.2014).

Não há como acolher a irresignação defensiva.

11. Do pedido de restituição da veículo Hyundai i30.

A Defesa da apelante Nilva postula seja reformada a sentença na parte que determinou o perdimento da veículo Hyundai i30 apreendido em favor da União, sob a alegação de que não restou comprovada a origem ilícita.

Conforme se depreende da sentença, foi decretada a perda do veículo de propriedade da apelante Nilva, em razão do referido automóvel ter sido empregado na comercialização dos entorpecentes.

A respeito do tema, preconiza a Constituição Federal, em seu artigo 243:

> *"(...) Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituição e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias (...)".*

O Código Penal estabelece, no artigo 91, que: "*São efeitos da condenação: (...) II a perda em favor da União, ressalvando o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso;* (...)".

A Lei 11.343/06 também reza, em seu artigo 63, que: "(...) *ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível* (...)."

Os depoimentos colhidos, tanto na fase policial, quanto na fase judicial, demonstram que os recorrentes utilizavam o referido automóvel para o transporte das substâncias entorpecentes, mormente se considerada a imagem carreada a fl. 133, a qual, nitidamente, exibe o recorrente Ailton utilizando do veículo para entregar substância entorpecente para um ciclista.

Da mesma forma, as fotografias carreadas as fls. 134-137 capturaram, momentos antes da abordagem policial, o apelante Ailton, novamente, valendo-se do referido veículo para entregar entorpecentes ao recorrente Adeir.

Em caso análogo ao presente, eis o entendimento adotado por este Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO. PROCESSO PENAL. RESTITUIÇÃO DE BEM. SUPERVENIÊNCIA DESENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA RECUPERAÇÃO DO VEÍCULO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO. Afasta-se a prejudicial de não conhecimento da insurreição pela superveniência de sentença condenatória prolatada nos autos principais, quando tal matéria já foi objeto de decisão em recurso em sentido estrito, para o qual foi dado provimento, a fim de determinar o prosseguimento da apelação. Não é possível a restituição de veículo utilizado para o tráfico de drogas, mantendo-se o perdimento do bem em favor da união, de conformidade com o art. 63, da Lei n.º 11.343/06. Apelação defensiva a que se nega provimento, por falta de amparo legal".* (TJMS; APL 0043588-06.2007.8.12.0001; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 08/08/2013).

Mantém-se o édito no segmento que determinou o perdimento do veículo Hyundai i30.

No que tange aos prequestionamentos suscitados pela Defesa, cabe esclarecer que as matérias relativas ao que dispõem os artigos suscitados nas razões não merecem abordagem específica, tendo em vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Com o parecer, rejeito as preliminares arguídas e, no mérito, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento aos recursos de Adeir Braga Mariano, Nilva Aparecida Marques Mulina e Ailton Fantinati Mariano.

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, 16 de julho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0022369-24.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS – INCABÍVEL – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REGIME ALTERADO PARA O ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INAPLICABILIDADE – RESTITUIÇÃO DE VALOR APREENDIDO – IMPOSSIBILIDADE – PROVIDO EM PARTE.

1. Há provas suficientes de que o entorpecente apreendido tinha por finalidade a traficância, em face da forma como estava disposto no local da prisão, parte escondido no interior do colchão e a outra parte estava sendo transportada. No momento da abordagem o acusado assumiu a propriedade da droga – 29,06 gramas de cocaína, bem como afirmou que seria divida em papelotes para venda. O depoimento dos policiais prestados em juízo são uníssonos, coerentes e harmônicos. A negativa de autoria não serve para desconstituir o testemunho dos policiais, que é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório. Condenação mantida.

2. O magistrado singular na sentença reconheceu a primariedade, os bons antecedentes e não indicou qualquer elemento que indique dedicar-se o sentenciado a atividade criminosa ou integrar organização criminosa, de forma que deve ser agraciado com a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

3. Regime inicial reformulado para o aberto em razão do *quantum* do apenamento, nos termos do art. 33, §2º, "c", do CP.

3. Inaplicável, todavia, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza extremamente perniciosa do entorpecente, - cocaína -, indicando ser insuficiente para prevenção e repressão do delito as penas alternativas.

4. Incabível a restituição de valor apreendido na posse do réu, posto que caracterizado ser proveniente da atividade do tráfico.

RECURSO MINISTERIAL – MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DO CODENUNCIADO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – REGIME PRISIONAL AO COACUSADO – PEDIDO PREJUDICADO.

1. Das provas dos autos, são insuficientes os elementos contra o apelado para embasar um decreto condenatório. O que se verifica é a fragilidade das provas contra o réu como bem constou na sentença, pois não há nada que aponte que ele teria participado de qualquer maneira com dolo na conduta. A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. Aplicação do princípio *in dubio pro reo* para manter a absolvição.

2. Fica prejudicado o pedido Ministerial referente ao regime prisional do coacusado, porquanto estabelecido o regime aberto quando da análise do recurso defensivo.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas e alterar o regime inicial para o aberto e nego provimento ao recurso Ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso defensivo, e negar provimento ao recurso Ministerial.

Campo Grande, 9 de julho de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tratam-se de apelações criminais interpostas em face da sentença de fls. 302-310, que condenou Kelver Carvalho de Oliveira pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena definitiva de 05 anos de reclusão e 50 dias-multa, em regime semiaberto e absolveu, por insuficiência de provas, André Henrique Oliveira, da mesma imputação.

O Ministério Público requer a condenação de André nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e a alteração do regime prisional para o fechado ao réu Kelver (fls. 248-258).

Kelver requer: a desclassificação para o delito de posse da droga para uso pessoal; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas; a alteração do regime inicial aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a restituição dos valores aprendidos. Prequestiona violação ao art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. (fls. 260-274).

Em contrarazões, as partes pugnaram pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 275-286/228-330).

Parecer da PGJ pelo provimento do apelo ministerial e não provimento do recurso defensivo. Prequestiona violação aos arts. 33, § 2º e 44, I, do CP e art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Tratam-se de apelações criminais interpostas em face da sentença de fls. 302-310, que condenou Kelver Carvalho de Oliveira pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena definitiva de 05 anos de reclusão e 50 dias-multa, em regime semiaberto e absolveu, por insuficiência de provas, André Henrique Oliveira, da mesma imputação.

O Ministério Público requer a condenação de André nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e a alteração do regime prisional para o fechado ao réu Kelver (fls. 248-258).

Kelver requer: a desclassificação para o delito de posse da droga para uso pessoal; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas; a alteração do regime inicial aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a restituição dos valores aprendidos (fls. 260-274).

Recurso da defesa de Kelver Carvalho de Oliveira

1.1. Autoria

Não prospera a pretensão de desclassificação para o crime de porte para consumo próprio.

A prisão em flagrante ocorreu em razão de rondas realizadas pelos policiais, quando avistaram duas pessoas numa motocicleta e ao verem a viatura, demonstraram nervosismo e tentaram evadir do local, todavia, foram abordados e no poder destes foi encontrado uma porção de pasta-base de cocaína – 29,06 gramas-, que estava nas mãos de André, sendo que, ao ser inquirido, respondeu que a droga pertencia ao apelante Kelver e que este, momentos antes da abordagem, tinha pedido-lhe para segurá-la. A equipe policial foi até a residência de Kelver, onde encontrou mais 26 papelotes de cocaína escondidos no interior de um colchão, totalizando 36,6 g (trinta e seis gramas e seis decigramas).

Em que pese a quantidade da droga não ser vultosa, as circunstâncias do caso comprovam a traficância.

Sabidamente o tráfico está cada vez mais organizado e ramificado, sendo de rigor que o Poder Judiciário não se deixe levar pelos "esquemas" montados por traficantes corriqueiramente com a finalidade de passar por usuário e se ver beneficiado com as disposições do art. 28, §2 º da Lei Antidrogas.

Por isso é que, para avaliação acerca da conduta do usuário, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, o § 2º, do citado dispositivo, estabeleceu não só a natureza e quantidade de entorpecente, mas outros critérios a serem adotados pelo julgador, tais como, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

Ao analisar os elementos trazidos aos autos, constata-se que há provas suficientes de que o entorpecente apreendido tinha por finalidade a traficância, em face da forma como estava disposto no local da prisão, parte sendo transportada pelo réu e outra parte escondida no interior do colchão de sua residência. Além disso, foi apreendida quantia de R$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais).

Os depoimentos dos policiais prestados em juízo são uníssonos, coerentes e harmônicos. Vejamos.

Alasson Luiz Inácio de Alvarenga narrou que ao abordar o apelante, a droga estava na mão do codenunciado André (29,6 gramas de cocaína) e este afirmou que foi adquirida por Kelver e este admitiu que a droga seria divida em "papelotes" e posteriormente foi encontrada em sua residência mais 26 papelotes de cocaína dentro de um colchão. (fl. 135 – arquivo audiovisual)

Confirma os relatos dos fatos ainda o policial Dener Ricardo Justino da Silva, pois afirmou avistaram os acusados, sendo encontrada droga com André, que estava na garupa da moto, contudo, este no momento da abordagem disse que o entorpecente pertencia ao recorrente, que pilotava a moto, e que tinha comprado da pessoa de "Andressa". Na casa de Kelver foi encontrada mais droga, no interior do colchão, bem como foram encontradas sacolas recortadas para embalagem do entorpecente. Relata que André estava com a droga na mão, mas disse que apenas estava segurando, pois era de propriedade de Kelver. (fl. 135 – arquivo audiovisual)

No mesmo sentido foram as declarações do policial Luiz Willian Meira. (fl. 135 – arquivo audiovisual)

É de se ressaltar, por oportuno, que os testemunhos dos agentes policiais não devem ser desconsiderados na análise do conjunto probatório, porquanto, os mesmos, como qualquer outra testemunha, foram compromissados em juízo. Sobretudo não há, nos autos, razões para desvalorizar tais depoimentos.

Guilherme de Souza Nucci defende a validade dos depoimentos prestados por policiais:

> *"[...] 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:

> *"[...] O testemunho de policiais militares, prestados em juízo, quando aliados com o restante das provas coligidas, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, merecendo crédito como de qualquer outra testemunha"*[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].

O apelante Kelver, nas duas fases da persecução penal (fl. 12 e 135 – arquivo audivisual), assumiu a propriedade da droga, contudo, disse que era para consumo próprio.

Não é crível a versão do réu e está isolada nos autos, ao passo que a autoria do crime de tráfico está suficientemente comprovada.

É de se ponderar, ainda, que o tráfico pode ser evidenciado através de vários indícios, como a forma de embalagem do entorpecente, a natureza, a diversidade e a quantidade da substância, dentre outras peculiaridades que não devem ser olvidadas durante a análise do caso concreto. Tais como na situação em análise, em que foram encontrados significativa quantidade de entorpecente - uma pedra pesando 29,06 gramas de cocaína, bem como 26 papelotes do mesmo entorpecente, prontos para venda, que totalizou 7 gramas, estas escondidas no interior do colchão.

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]".

O julgador ao analisar o caso concreto não deve se ater apenas à quantidade de tóxico apreendida para a configuração do tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas.

Além das circunstâncias da apreensão, há os depoimentos dos policiais no sentido de que no momento da abordagem, o apelante assumiu que a droga seria dividida em papelotes para venda.

Deve-se registrar, ainda, que o simples fato de o apelante ser usuário de drogas não afasta a condição de traficante, tampouco torna sua conduta atípica, pois, como é cediço, inúmeros são os casos de traficantes que, além de comercializarem, utilizam as drogas para o consumo, sendo comum a figura do usuário-traficante.

1 NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais comentadas.** 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323.

2 TJAM – ACr 2009.001900-6 – 2ª C.Crim. – Rel. Rafael de Araújo Romano – DJe 17.08.2009 – p. 11.

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

Nesse sentido:

> *"(...) II. Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que a droga era destinada à mercancia, resta devidamente comprovado o crime de tráfico, não há que se falar em desclassificação para o delito de posse para uso próprio. III. Recurso improvido (...)"* (TJMS; APL 0050211-13.2012.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 12/09/2013)

> *"(...) Se o conjunto probatório deixa claro que os apelantes tinham plena ciência da ilicitude e se uniram para o comércio de substância entorpecente, não há falar em absolvição do crime de tráfico de drogas, nem em desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06 (...)"* (TJMS; APL 0007154-42.2012.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 12/09/2013)

Rejeita-se a pretensão desclassificatória para o art. 28 da Lei de Drogas, mantendo-se inalterada a sentença condenatória.

Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas

1.2 Causa de diminuição da pena – tráfico privilegiado

Subsidiariamente pede o reconhecimento da causa de diminuição da pena do tráfico privilegiado no patamar máximo e neste ponto merece guarida a pretensão defensiva.

A magistrada singular na sentença de fls. 308-310 reconheceu a primariedade, os bons antecedentes e não indicou qualquer elemento que indique dedicar-se o sentenciado à atividade criminosa ou integrar organização criminosa, de forma que deve ser agraciado com a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Passo à readequação da pena.

Aplicada a pena-base no patamar de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, reconhecida a minorante do tráfico privilegiado, considerando que a quantidade de entorpecente não é elevada, aplico no patamar de 1/2 (metade), pois razoável e proporcional à reprovação da conduta.

A pena fica em 02 anos e 06 meses de reclusão e por conseguinte, reduzida a pena de multa ao patamar de 250 dias-multa. Sem outros elementos, torna-se definitiva.

Por conseguinte, o regime inicial há que ser alterado para o aberto em razão do *quantum* do apenamento, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do CP. Sopesando ainda que, apesar da natureza perniciosa, trata-se de quantidade não elevada - 36,6 g (trinta e seis gramas e seis decigramas), bem como em razão de serem favoráveis ao sentenciado as moduladoras da personalidade e conduta social, nos moldes do art. 42 da Lei Antidrogas.

Incabível, todavia, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza extremamente perniciosa do entorpecente, indicando ser insuficiente para prevenção e repressão do delito as penas alternativas.

1.3 Restituição dos valores apreendidos

O apelante pugna pela restituição da importância de R$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais).

A Lei de Drogas dispõe regras sobre a apreensão, arrecadação e destinação dos bens apreendidos ligados ao tráfico. O art. 63, da mencionada legislação, refere-se ao perdimento de bens apreendidos em decorrência de crime, como explica NUCCI:

> *"Se as coisas não forem de uso ilícito, é preciso aguardar pronunciamento do juiz, determinando ou não o seu confisco ou sequestro para indenização da vítima, pagamento das custas ou outro fim."*[5]

Além disso, o art. 62, da mencionada legislação, refere-se à apreensão de instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados na prática dos crimes relativos à Lei de Drogas, não exigindo a demonstração da ilicitude do objeto, bastando que se demonstre sua conexão com a prática do crime.

Assim, vê-se uma maior abrangência da Lei de Tóxicos para o recolhimento de objetos ligados a seus crimes, visando a um maior aproveitamento destes.

Depreende-se dos autos que não há comprovação de que o dinheiro foi adquirido licitamente e, em sentido oposto, há comprovação consistente da traficância, evidenciando-se, portanto, que são produtos do crime, motivo pelo qual é inviável acolher a pretensão defensiva.

Aplicável o artigo 243, p. único da Constituição Federal, que dispõe:

> *"Parágrafo único - Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias."*

Diante disso, mantenho o perdimento do valor apreendido, conforme consta da sentença, especificamente a fl. 309.

2. Recurso do Ministério Público Estadual

Nas razões do recurso Ministerial as fls. 248-258, impugna a absolvição do crime de tráfico em relação ao réu André Henrique Oliveira Candido.

A absolvição deve ser mantida.

Conforme narraram os policiais responsáveis pela apreensão da droga, no momento da abordagem, Kelver admitiu ser proprietário da droga que estava sendo trasnportada - 29,06 gramas de cocaína - e afirmou que seria dividida em papelotes, sendo que na sua residência foram encontradas mais 26 papelotes da mesma droga, bem como relatam que o apelado André teria dito que apenas segurava a droga no momento do flagrante, mas que na verdade pertencia ao codenunciado Kelver. (fl. 135 – arquivo audiovisual)

Na fase policial, o coacusado Kelver assumiu a propriedade da droga, todavia, afirmou que seria para consumo próprio, eximindo a participação do recorrido André. *In verbis*:

> *"Que, durante a abordagem, os policiais encontraram a droga que estava na posse de André; que, o interrogando informou aos policiais que era proprietário daquele entorpecente e que pretendia fazer uso do mesmo;" (fl. 12)*

5 NUCCI,Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4ed. São Paulo: RT, 2009.

Em juízo, o corréu afirmou que a droga seria para seu consumo juntamente com André. (fl. 135 – arquivo audiovisual)

Já André manteve-se silente na fase inquisitorial (fl. 11) e em juízo afirmou que a droga seria apenas para consumo (fl. 135, arquivo audiovisual).

Ao contrário do que sustenta a acusação, na casa de Kelver é que foi encontrado mais entorpecente e não na residência de André, conforme depoimentos judiciais dos policiais Alasson Luiz Inácio Alvarenga, Dener Ricardo Justino da Silva e Luiz Willian R. de almeida Meira - fl. 135, arquivo audiovisual.

Da prova dos autos, não há elementos que comprovem a participação do recorrido na traficância, ao contrario do corréu Kelver, em que foi encontrada mais droga na sua residência, pronta para venda e a narrativa dos Policiais no sentido de que o recorrido teria dito no momento da prisão que a droga pertencia apenas a Kelver e que este teria assumido a propriedade para venda.

Embora tais elementos indiquem indícios de autoria em face de André, não o liga de forma concreta à prática do tráfico de drogas, pois insuficientes para embasar um decreto condenatório.

O que se verifica é a fragilidade das provas contra o apelado como bem constou na sentença, pois não há nada que aponte que ele teria participado de qualquer maneira com dolo na conduta, sendo impunível a forma culposa.

Oportuna a lição de NUCCI:

> *"Merece consideração, ainda, o confronto de falhas. Imputado ao réu o furto. Afirmado pelo acusado o estado de necessidade. Ônus da prova pertence a ambos (acusação e defesa). Nenhum dos dois consegue desempenhar seu encargo de maneira satisfatória e convincente. É justamente o que permite gerar a dúvida no espírito do julgador. Este poderá sentir-se inseguro de que o réu foi o autor do furto e, caso fosse, se teria agido em estado de necessidade. Ora, in dubio pro reo, devendo ocorrer absolvição. As falhas probatórias das partes terminam por incitar a utilização do princípio da presunção de inocência associado à prevalência do interesse do réu: o caminho é a permanência do estado de inocência, não desfigurado pela propositura da ação penal."*

Não há provas seguras nos autos, de forma que surge a dúvida no espírito deste julgador, devendo ser aplicado o princípio *in dubio pro reo.*

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela.

Oportuna a exposição de NUCCI:

> *"Como ensina CARRARA, "a certeza está em nós; a verdade está nos fatos" (Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa, v. 2, p. 291). Dessa forma, observa-se ser a descoberta da verdade sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros (cuida-se da verdade subjetiva).*
>
> *(...)*
>
> *A parte deve convencer o magistrado, valendo-se dos variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico, de que a sua noção da realidade é correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda qeu possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira*

(corresponde à realidade – verdade objetiva) ou errônea (não corresponde à realidade – verdade subjetiva), mas jamais falsa, que é um "juízo não verdadeiro". Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma "certeza incerta", o que é um contra-senso."[6]

Mantenho a absolvição de André Henrique Oliveira Candido.

Quanto ao pedido Ministerial de alteração do regime prisional ao réu Kelver, resta prejudicado, porquanto estabelecido o aberto quanto da análise do apelo defensivo.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas e alterar o regime inicial para o aberto e nego provimento ao recurso Ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso defensivo, e negaram provimento ao recurso ministerial.

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, 09 de julho de 2015.

***

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**.São Paulo:RT,2009

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0001399-02.2015.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CÁLCULO DA PENA – DATA-BASE PARA A PROGRESSÃO PRISIONAL – MARCO DEFINIDO PELO EFETIVO INGRESSO DO REEDUCANDO NO REGIME INTERMEDIÁRIO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO PROVIDO.

I - Nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário. Uma vez concedida a progressão para o regime semiaberto, a data-base para próxima progressão será a do efetivo ingresso no novo regime.

II - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de setembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de recurso de Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da r. decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Coxim - MS (fls. 183-185), em que determinou a elaboração de um novo cálculo, estabelecendo como data-base para a progressão ao regime aberto o dia em que o reeducando implementou os requisitos para o regime semiaberto.

Em suas razões recursais (fls. 01-12), o Ministério Público Estadual pugna a reforma da decisão agravada, a fim de que o cálculo da progressão para ao aberto seja realizada tendo como data-base o dia do efetivo ingresso do reeducando no regime semiaberto, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal e Súmula 491 do STJ.

Ao final, prequestiona os artigos 33, § 2°, do Código Penal e artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Em contrarrazões (fls. 191-198), o agravado, por intermédio da Defensoria Pública, requer o improvimento do recurso ministerial.

A decisão foi mantida pela juíza "a quo" por seus próprios fundamentos (fls. 199-200).

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 206 - 210), opina pelo desprovimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de recurso de Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da r. decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Coxim - MS (fls. 183-185), em que determinou a elaboração de um novo cálculo, estabelecendo como data-base para a progressão ao regime aberto o dia em que o reeducando implementou os requisitos para o regime semiaberto.

Em suas razões recursais (fls. 01-12), o Ministério Público Estadual pugna a reforma da decisão agravada, a fim de que o cálculo da progressão para ao aberto seja realizada tendo como data-base o dia do efetivo ingresso do reeducando no regime semiaberto, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal e Súmula 491 do STJ.

Passo a análise do recurso.

De uma análise dos autos, observa-se que o reeducando Severino foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, Lei de Drogas.

Segundo consta, a juíza *a quo*, atendendo o requerimento da defesa, determinou a elaboração de novo cálculo de pena, estabelecendo como data-base para a progressão ao regime aberto o dia em que o reeducando implementou os requisitos para o regime semiaberto.

Oportunamente, colaciona a decisão guerreada, *in verbis*:

> *"(...) A Defesa apresenta impugnação ao cálculo de pena elaborado nos autos, requerendo a elaboração de novo cálculo, constando como data-base, para a progressão ao regime aberto, o dia em que o reeducando implementou os requisitos para o regime semiaberto. Decido. Observa-se dos autos que o reeducando atingiu o lapso temporal para o regime aberto em 24/05/2014, mas somente obteve a referida progressão em 15/07/2014. Tem-se, portanto, que o reeducando somente não obteve a progressão de regime prisional para o semiaberto na data prevista devido ao atraso na prestação jurisdicional, de modo que agora não pode ser prejudicado. Ressalte-se que, caso tivesse sido negada a progressão, por ausência de requisito subjetivo, a data-base deveria ser a da entrada efetiva no novo regime. Por outro lado, se até o Ministério Público opinou pela progressão de regime, significa que, se o pedido tivesse sido apreciado na data oportuna, o reeducando teria ingressado no regime mais brando antes. Assim, se o reeducando esteve, desde a data que atingiu o requisito objetivo, em regime mais gravoso, não há como não se computar esse período para fins de nova progressão de regime. Dessa forma, a data-base que deve ser utilizada para a progressão para o regime aberto é aquela em que ele teria direito à progressão para o regime semiaberto e não a data em que efetivamente ingressou no novo regime. Nesse sentido: " AGRAVO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. DATA-BASE CONTADA A PARTIR DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRETENDIDA ALTERAÇÃO PARA A DATA DE EFETIVO INGRESSO NO REGIME ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. A data-base utilizada para a progressão do regime prisional deve ser aquela em que o reeducando preencheu os requisitos legais para tanto, e não a data do seu efetivo ingresso no regime anterior, sob*

> *pena de se criar uma causa de interrupção na contagem do prazo prisional não prevista em Lei e transferir o prejuízo causado pela morosidade do judiciário ao apenado*. (TJMS; AGCr 2011.030054-0/0000-00; Dourados Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 16/01/2012) *AGRAVO CRIMINAL. RECURSO DO MP. PROGRESSÃO PARA O ABERTO. DATA-BASE DE ACORDO COM O TEMPO DE INGRESSO EFETIVO NO SEMIABERTO PARA OBTENÇÃO DE DIREITO À PROGRESSÃO AO ABERTO. 1/6 DA PENA. PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO DO JUIZ DA EXECUÇÃO QUE CONCEDEU PROGRESSÃO AO RÉU DE ACORDO COM O TEMPO EM QUE OS REQUISITOS FORAM PREENCHIDOS, INDEPENDENTE DE QUANDO EFETIVAMENTE OCORREU A PROGRESSÃO IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE RECURSO IMPROVIDO. A data-base utilizada para a progressão do regime prisional deve ser aquela em que o reeducando preencheu os requisitos objetivos e não a data do seu efetivo ingresso, sob pena de criar uma causa de interrupção na contagem do prazo prisional não prevista em Lei, violando, sobremaneira, o princípio da legalidade.* (TJMS; AGCr 2010.028981-0/0000-00; Aquidauana; Segunda Turma Criminal; Rel. Desig. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte; DJEMS 05/10/2010)*". Logo, assiste razão à Defesa, quando pretende a data-base como sendo a data em que o reeducando atingiu o requisito objetivo. Elabore-se novo cálculo atualizado da pena do sentenciado, devendo constar como data base, para a progressão ao regime aberto o dia em que o reeducando implementou os requisitos para o regime semiaberto. Após, ciência às partes. Se não houver impugnação, encaminhe-se cópia ao estabelecimento penal para entrega ao sentenciado e aguarde-se o cumprimento da pena. Sem prejuízo, dê-se vista dos autos, ao Ministério Público para se manifestar acerca do pedido de saída temporária. (...)"*

Pois bem. Após a análise dos autos, tenho que o agravo merece prosperar.

Com efeito, estabelece o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, de forma clara, que "*a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*".

Desse modo, a data-base para fins de nova progressão de regime deve ser computada do dia em que o apenado efetivamente ingressou no regime mais brando, não tendo como prosperar a tese de que o novo marco interruptivo seria contado a partir da data em que teria implementado o requisito objetivo, até porque a progressão do regime se sujeita, também, ao implemento do requisito subjetivo.

Além disso, a progressão somente é efetivada após o deferimento pelo Juízo da Execução Penal, sendo esta data que marcará o início da contagem do novo regime, e não o dia da implementação do requisito objetivo, que, por si só, não garante a concessão do benefício. Nesse sentido, o e. Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação da lei federal e sua correta aplicação, passou a decidir que a data a ser contada para efeitos de uma próxima progressão de regime será aquela em que ocorrer o efetivo ingresso do regime prisional intermediário (progressão):

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO POR SALTO. IMPOSSIBILIDADE. DATA-BASE PARA PROGRESSÃO AO MODO ABERTO. DIA DE EFETIVO INGRESSO NO REGIME SEMIABERTO. I. O entendimento desta Corte é no sentido de que não se admite a progressão por salto, devendo ser cumprido o requisito temporal em cada regime prisional, em obediência ao art. 112 da Lei n. 7.210/84.* ***II. A data-base para a progressão ao regime aberto é a data do efetivo ingresso no modo prisional semiaberto e não o dia em que o Apenado atingiu o direito a progredir para o intermediário****. III. A decisão agravada não merece reparos,*

> *porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. IV. Agravo Regimental improvido.* (AgRg no REsp 1430131/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 29/08/2014). - *negritei*
>
> *(...)* ***A data para futura progressão do reeducando par o regime aberto é da sua efetiva inserção no regime semiaberto, não aquela em que supostamente teria tal direito****. No caso, embora o agravante afirme que em 20/2/2012 já tivesse implementado os requisitos para a obtenção do benefício pleiteado, a concessão da progressão para o regime semiaberto somente ocorreu em 10/7/2012, sendo esta data o novo marco para a aferição do requisito objetivo para progressão futura. (...).”* (AgRg no HC 267750/RS, Quinta Turma,Relator Marco Aurélio Bellizze, 10.9.2013) - *negritei*

Nesse mesmo sentido, já decidi:

> *EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CÁLCULO DA PENA – DATA-BASE PARA A PROGRESSÃO PRISIONAL – MARCO DEFINIDO PELO EFETIVO INGRESSO DO REEDUCANDO NO REGIME INTERMEDIÁRIO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO IMPROVIDO. I – Nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário. Uma vez concedida a progressão para o regime semiaberto, a data-base par a próxima progressão será a do efetivo ingresso no novo regime. II – Agravo improvido.* (TJMS; AG 0003996-51.2014.8.12.0019; Ponta Porã; Terceira Câmara Criminal; Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa; Julg. 04/12/2014).

Portanto, a data-base para fins de uma nova progressão de regime, deve ser contado o dia em que o reeducando ingressou no regime mais brando.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Destarte, ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

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, 10 de setembro de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0002765-06.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – LEI DE DROGAS – PRAZO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) – REFORMA DA DECISÃO – RECURSO PROVIDO.

Embora também partilhe da corrente que sustenta não possuir caráter hediondo o delito de associação para o tráfico, o requisito objetivo para a concessão do livramento condicional deve ser calculado mediante a observação da fração de 2/3 da pena. Isso porque a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) disciplina inteiramente a matéria, ou seja, o prazo para obtenção do livramento condicional não decorre de previsão contida na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), mas sim em lei especial. A propósito, confira-se o teor do art. 44, § único, da Lei n. 11.343/2006.

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, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator (Des. Gerardo), vencido o 2° Vogal (Des. Dorival).

Campo Grande, 2 de julho de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, MS (fls. 44 – 46), que manteve o cálculo de pena de fls. 42/43, determinando o cumprimento da fração de 1/3 (um terço) para a concessão do livramento condicional para o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em razões recursais (fls. 02 – 10), o representante ministerial pugna a reforma da decisão *a quo*, a fim de que seja determinada a correção do cálculo de pena, para que o livramento condicional se dê após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena no crime de associação para o tráfico, nos termos do art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas.

Em contrarrazões (fls. 50 – 51), a Defensoria Pública Estadual, representando os interesses de Ayslan Sérgio Sauro Matos, pugna o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 58 – 62), opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial. Ao final, prequestiona o art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, MS (fls. 44 – 46), que manteve o cálculo de pena de fls. 42/43, determinando o cumprimento da fração de 1/3 (um terço) para a concessão do livramento condicional para o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em razões recursais (fls. 02 – 10), o representante ministerial pugna a reforma da decisão *a quo*, a fim de que seja determinada a correção do cálculo de pena, para que o livramento condicional se dê após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena no crime de associação para o tráfico, nos termos do art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas.

Passo à análise do recurso.

O *parquet* pugna a reforma da decisão que, para fins de livramento condicional, reconheceu a fração de 1/3 (um terço) de cumprimento de pena ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006).

Razão lhe assiste.

É que, embora também partilhe da corrente que sustenta não possuir caráter hediondo o delito de associação para o tráfico, o requisito objetivo para a concessão do livramento condicional deve ser calculado mediante a observação da fração de 2/3 (dois terços) da pena.

Isso porque a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) disciplina inteiramente a matéria, ou seja, o prazo para obtenção do livramento condicional não decorre de previsão contida na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), mas sim em lei especial. A propósito, confira-se o teor do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006:

> *Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1 o , e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*
>
> *Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.*

Como se vê, a regra específica determina que o requisito objetivo de 2/3(dois terços) - salvo no caso de reincidente específico - deve ser observado quantos aos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1.º, 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/2006, incluindo, portanto, o crime de associação para o tráfico.

Logo, desponta irrelevante ao deslinde da controvérsia a definição acerca do caráter hediondo da figura típica em apreço, pois é princípio comezinho de direito que o conflito aparente de normas resolve-se pelo princípio da especialidade, ou seja, a regra prevista em lei especial prevalece sobre a norma geral, daí porque, na hipótese vertente, inexiste razão para que o livramento condicional seja calculado segundo critérios previstos no Código Penal.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> *"Agravo em execução Tráfico de drogas e associação para o tráfico Indeferimento de impugnação ao cálculo de pena Recurso objetivando a retificação do cálculo quanto ao delito de associação para o tráfico, para considerar a fração de 1/3 como requisito*

para a concessão de livramento condicional Inadmissibilidade Exigência da fração de 2/3 decorrente de opção de política criminal - Inteligência do artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06 Inocorrência de ofensa aos preceitos da Constituição Federal - Recurso improvido." (TJ-SP - EP: 11462618201282600000 SP 0114626-18.2012.8.26.0000, Relator: Moreira da Silva, data de julgamento: 20/09/2012, 8ª Câmara de Direito Criminal, data de publicação: 11/10/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO TEMPORAL. LEI DE TOXICO. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. Para os crimes previstos nos arts. 33, § 1º, e 34 a 37, o benefício do livramento condicional dar-se-á após o cumprimento de dois terços da pena, nos termos do art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06. Aplicação do princípio da especialidade, por força do art. 12 do Código Penal, incidindo as regras gerais do Código Penal aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. (TJ-RS - AGV: 70043348697 RS , Relator: Catarina Rita Krieger Martins, data de julgamento: 24/11/2011, Terceira Câmara Criminal, data de publicação: Diário da justiça de 02/12/2011)

A jurisprudência desta Corte não destoa desse entendimento:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO - DECISÃO QUE ESTABELECE O PRAZO DE 1/3 DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL - CRIME DE ASSOCIAÇÃO PRA O TRÁFICO – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AFASTAMENTO – MÉRITO – REFORMA DA DECISÃO – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – LEI DE DROGAS – PRAZO DE 2/3 – RECURSO PROVIDO. O cumprimento de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional na condenação pelo crime de associação para o tráfico não decorre de previsão da Lei de Crimes Hediondos, mas da Lei de Drogas que pelo princípio da especialidade deve ser observado. Inteligência do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006. (TJMS; Agravo de execução penal n° 0012337-54.2013.8.12.0002 - Dourados; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 2ª Câmara Criminal, J. 11.11.2013)

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Destarte, ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (1° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira Dos Santos (2° Vogal)

Peço vênia para divergir do relator e negar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo em execução em face da decisão proferida pelo juízo da 3ª vara criminal de Dourados, que para fins de livramento condicional, reconheceu o patamar de 1/3 e não 2/3, para o delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico).

O relator deu provimento ao recurso, para fixar o lapso temporal em 2/3 (dois terços) para a concessão do livramento condicional.

O magistrado singular ao indeferir o pedido de retificação do cálculo de pena para o patamar de 2/3 em relação ao crime de associação ao tráfico fundamentou:

"(...)

Não merece ser acolhida a tese acima, certo de que o artigo 44 da Lei de Drogas não contempla o artigo 35 (associação) assim como o entendimento jurisprudencial, logo, para obtenção do livramento condicional é idêntico aos crimes comuns, já que de hediondo não se trata, ou seja, a obtenção do requisito objetivo será aferida pela cumprimento de 1/3 (um terço) do cumprimento da pena.

(...)" (fl. 44)

Deixo registrado meu entendimento que o delito de associação para o tráfico não é crime hediondo e que o cumprimento do prazo de 2/3 da pena para obtenção do livramento condicional, conforme previsão do artigo 44, parágrafo único da Lei nº 11.343/06, não decorre da previsão da Lei nº 8.072/90, mas da própria Lei de Drogas, norma especial que se sobrepõe à geral, que estabelece:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico."

A questão é que o STJ firmou entendimento no sentido de que tanto para progressão como para livramento condicional deve-se aplicar as frações previstas na LEP por não ser o crime de associação para o tráfico hediondo. Colaciono o julgado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 35 C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PROGRESSÃO DE REGIME, COM LAPSO TEMPORAL DE 1/6. RÉU PRIMÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

VI. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a progressão de regime, em condenações pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/2006, sujeita-se aos lapsos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal. Nesse sentido: "O crime de associação para o tráfico não integra o rol de crimes hediondos ou equiparados, previstos na Lei n.º 8.072/90. Assim, a progressão de regime e o livramento condicional em condenações pelo delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 sujeitam-se ao lapsos de 1/6 e 1/3 da pena, previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e no art. 83, inciso I, do Código Penal, respectivamente" (STJ, HC 197.691/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 29/06/2012). (HC 261.175/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 28/10/2013)"

Em observância ao princípio da segurança jurídica, acompanho o entendimento da Corte Superior e mantenho a decisão para conceder o livramento condicional após o cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, aplicando-se a Lei de Execuções Penais.

Contra o parecer, divirjo do relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator (Des. Gerardo), vencido o 2º vogal (Des. Dorival).

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, 02 de julho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0844615-78.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIMES CONTRA A HONRA (CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA) – PRETENDIDO O RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME – NÃO ACOLHIDO – DOLO ESPECÍFICO NÃO CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA À AÇÃO PENAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I - Os crimes contra a honra exige, além do dolo genérico, o elemento subjetivo especial do tipo consubstanciado no propósito de ofender a honra da vítima. Com efeito, da análise da notícia veiculada aos autos, não se vislumbra qualquer intenção difamatória ou mesmo incriminatória por parte dos querelados, haja vista que se mostraram imparciais na elaboração da matéria sobre o querelante, o qual estaria sendo investigado pelo Ministério Público Estadual por suposta participação no mensalão dos poderes do Mato Grosso do Sul e que tal investigação foi baseada em dossiê encaminhado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça.

II – Recurso improvido. 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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de agosto de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Adalberto Bueno Netto, em face da sentença proferida pelo Juiz da 5.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS (fls. 82 – 86), que rejeitou liminarmente a queixa-crime por ele proposta contra Dária Rodrigues de Souza e Fabiano Portilho Coene, nos termos do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal.

Em razões recursais (fls. 93 – 99), Adalberto Bueno Netto requer seja a r. decisão *a quo* reformada, para que seja a queixa-crime regularmente recebida e processada a fim de que, após a realização do devido processo legal, sejam os recorridos responsabilizados pelos delitos a eles imputados.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 108 – 111), pugna o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 114 – 118), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Adalberto Bueno Netto, em face da sentença proferida pelo Juiz da 5.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande - MS (fls. 82 – 86), que rejeitou liminarmente a queixa-crime por ele proposta contra Dária Rodrigues de Souza e Fabiano Portilho Coene, nos termos do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal.

Em razões recursais (fls. 93 – 99), Adalberto Bueno Netto requer seja a r. decisão *a quo* reformada, para que seja a queixa-crime regularmente recebida e processada a fim de que, após a realização do devido processo legal, sejam os recorridos responsabilizados pelos delitos a eles imputados.

Passo à análise do recurso.

Adalberto Bueno Netto propôs queixa-crime contra Dária Rodrigues de Souza e Fabiano Portilho Coene, imputando-os a prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria, porquanto os mesmos fizeram uso de informações falsas no sítio eletrônico de notícias "portali9", referentes a atos e fatos por si praticados, relatando na ocasião que o querelante participou de um grande esquema de corrupção, o qual foi denominado de "Mensalão dos poderes de Mato Grosso do Sul", imputando-lhe, assim fatos criminosos e ofensivos à sua reputação.

Irresignado com a r. sentença que rejeitou liminarmente a queixa-crime em razão da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, interpôs Recurso em Sentido Estrito, pleiteando, em síntese, o regular recebimento da peça inicial.

Razão não lhe assiste.

É que, os crimes contra a honra exige, além do dolo genérico, o elemento subjetivo especial do tipo consubstanciado no propósito de ofender a honra da vítima, nesse sentido:

> *AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME. ARTIGOS 139 E 140, C/C 141, II E III, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AÇÃO AJUIZADA POR EX-SECRETÁRIO DE TRANSPORTES DA PREFEITURA DE MARICÁ, EM FACE DE PREFEITO DO MESMO MUNICÍPIO, EM SÍNTESE EM RAZÃO DE VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DEPRECIATIVA A SUA HONRA, EM PERIÓDICO LOCAL DE NOVEMBRO DE 2010, PERTENCENTE À FAMÍLIA DO ORA RÉU, E AINDA PORQUE, EM PÁGINA PESSOAL DO FACEBOOK, ESTE TERIA, EM FEVEREIRO DE 2011, REVELADO NOTÍCIA QUE CONFIRMAVA QUE O MESMO MENTIU AO PUBLICAR A REFERIDA MATÉRIA, COM O INTUITO DE PREJUDICAR O ORA AUTOR, PARA QUE OS MILHARES DE LEITORES DO PERIÓDICO, O ACHASSEM CORRUPTO. 1. Necessário para a caracterização dos crimes de difamação e de injúria, o dolo. O animus diffamandi e injuriandi, sendo certo que sua ausência, descaracteriza-os. Ou seja, se o agente age impelido por motivos outros, não se configuram os tipos penais em questão. 2. No caso, apesar de comprovada a materialidade e a autoria dos delitos em análise, uma vez que, o réu/querelado reafirmou em juízo, tudo o que constou da matéria jornalística acostada aos autos, logrou esclarecer o que já era perceptível na notícia impressa, que a expressão "criminoso" teve a ver com as maledicências manifestadas pelo autor/querelante em outro 2 periódico, que levaram à conclusão de se tratar de atos de calúnia, difamação e injúria que, inclusive, foram alvo de queixa-crime manejada pelo primeiro em seu desfavor (doc. 00337), cumprindo concluir-se que, as declarações do réu/querelado não extravasaram a narrativa crítica. 3. Assim, inexistindo o dolo, atípicas mostram-se*

as condutas imputadas, impondo a improcedência do pedido inicial, para absolver o réu. Ação improcedente. (TJRJ; Rec. 0051984-67.2013.8.19.0000; Seção Criminal; Relª Desª Katia Jangutta; Julg. 08/07/2015; DORJ 14/07/2015)

QUEIXA-CRIME. SUPOSTOS DELITOS DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO JUDICIAL ANTERIOR. INICIAL SEM ROL TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS ACERCA DA EXISTÊNCIA DO FATO E DE DOLO ESPECÍFICO NECESSÁRIO AOS CRIMES CONTRA A HONRA. NÃO RECEBIMENTO DA QUEIXACRIME. 1. Ausência de informações de que o querelante tenha previamente ingressado com o pedido de explicações em juízo. Inicial sem rol testemunhal. Impossibilidade de averiguação do necessário dolo específico dos delitos de difamação e calúnia. 2. A falta de comprovação do elemento subjetivo do tipo implica no não recebimento da peça inicial acusatória, pela impossibilidade de imputação de crime por ausência de justa causa. (TJPB; Rep-Cr 2011547-24.2014.815.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. Carlos Martins Beltrão Filho; DJPB 07/07/2015; Pág. 11)

APELAÇÃO CRIME. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. ARTS. 138, 139, E 140, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE POR OPINIÕES MINISTERIAIS DIVERGENTES. INEXISTÊNCIA. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR DEVIDAMENTE AFERIDA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE E DE QUALQUER INDÍCIO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. MÉRITO. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DO QUERELADO. AFASTAMENTO. PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS QUE NÃO DEMONSTRAM O DOLO E A ESPECIAL FINALIDADE DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA. QUERELADO QUE ENCAMINHOU E-MAILS A VÁRIOS CONTATOS, INDICANDO AS PESSOAS DOS QUERELANTES COMO OS RESPONSÁVEIS POR PERSEGUIÇÕES E IMBRICAÇÕES DE ORDEM PESSOAL QUE VINHA SOFRENDO. PROVAS QUE NÃO DEMONSTRAM O DOLO DO QUERELADO EM MACULAR A HONRA DOS QUERELANTES. INDÍCIOS CLAROS DO ANIMUS DEFENDENDI POR PARTE DO QUERELADO, QUE SUPUNHA SER VÍTIMA DE PERSEGUIÇÕES. POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE ERRO DE TIPO PERMISSIVO, ACASO CONSTATADO QUE A PERSEGUIÇÃO INEXISTIA OU ERA DECORRENTE DE TRANSTORNOS MENTAIS DA VÍTIMA, O QUE SEQUER SE INDICIOU NOS AUTOS. EXCLUSÃO DO DOLO, DE QUALQUER FORMA, INAFASTÁVEL. TESES DOS QUERELANTES QUE NÃO PODEM SER ACOLHIDAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. RECURSO DESPROVIDO. I.. É ABSOLUTAMENTE REGULAR A ALTERAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA E DO JUIZ DA CAUSA QUANDO DESIGNADOS PARA ATUAREM EM OUTROS FEITOS, NÃO TENDO HAVIDO QUALQUER VINCULAÇÃO NA CAUSA PELAS SUPRACITADAS AUTORIDADES, ANTE AS ANTERIORES MANIFESTAÇÕES QUE PROFERIRAM NOS AUTOS, PELO SIMPLES FATO DE QUE HÁ INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA E ABSOLUTA IMPARCIALIDADE DE AMBAS AS AUTORIDADES, O QUE DE MANEIRA NENHUMA GERA NULIDADES NA CAUSA CAPAZ DE INTERFERIREM NO PROCEDIMENTO E NO SEU JULGAMENTO. II. Segundo entendimento corrente das Cortes superiores no processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, no caso inexistente, conforme reza o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa ne pas de nulitté sans grief. (STJ, HC Nº 242.021-ES (2012. 0095485-5), Rel. Min. LAURITA VAZ, Julg. 27/08/2013, 5ª T.).*III. No pertinente aos crimes contra a honra, como bem ponderado pelo parecer ministerial, exige-se o dolo direto ou eventual, ou seja, não há crime com a ausência de dolo. Portanto, se a conduta foi praticada com animus jocandi, animus narrandi, animus corrigendi, animus defendendi, animus consulendi, notadamente no caso dos autos em que o querelado tinha razões para acreditar serem os querelantes os autores da perseguição que vinha sofrendo, não haverá crime por ausência de dolo específico de atingir a honra das*

vítimas. Não bastasse isso, o mero desejo de promover a investigação de fatos, assim como o animus de defender um direito, ainda que de forma mais contundente, mas sem a concreta comprovação de ter havido a intenção de provocar ofensa moral, não configura crime. IV. Se não fosse isto, ainda que se acolha a alegação da defesa de que a suposta perseguição inexistia, e era fruto de transtornos mentais do querelado (o que sequer ficou indiciado nos autos, haja vista o laudo de exame de sanidade mental nada ter constatado a este respeito), ainda assim, seria possível se concluir que o querelado incorreu em erro de tipo permissivo, por supor erroneamente. mediante falsa representação da realidade. que estava agindo de modo justificado, o que de qualquer modo impõe entender a ausência de dolo nas condutas por ele perpetradas. (TJPR; ApCr 1277279-9; Curitiba; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes; Julg. 28/05/2015; DJPR 26/06/2015; Pág. 171)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. DOLO ESPECÍFICO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA À AÇÃO PENAL. DECISÃO MANTIDA. 1. Restando clara a intenção do querelado de, meramente, localizar o querelante, não resta dúvida de que não agiu com dolo específico de ofender-lhe a honra quando expôs, para terceiros, os motivos pelos quais necessitava encontrá-lo embora abusando dos termos, fugindo à prudência e polidez. 2. Na representação junto aos órgãos competentes para resolver a demanda, é notório que o querelado agiu no interesse público, político e atual, não constituindo o fato, infração penal. 3. Não configurado o dolo específico dos crimes contra a honra, deve ser mantida a decisão que rejeitou a queixa-crime quanto aos crimes de calúnia, injúria e difamação. 4. Recurso conhecido e NÃO PROVIDO. (TJDF; Rec 2014.07.1.042370-4; Ac. 874.980; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 24/06/2015; Pág. 98)

Com efeito, da análise da notícia veiculada aos autos, não se vislumbra qualquer intenção difamatória ou mesmo incriminatória por parte dos querelados, haja vista que se mostraram imparciais na elaboração da matéria sobre o querelante, o qual estaria sendo investigado pelo Ministério Público Estadual por suposta participação no mensalão dos poderes do Mato Grosso do Sul e que tal investigação foi baseada em dossiê encaminhado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça.

Desta feita, a conduta dos querelados encontra-se assegurada pela Constituição da República que garante a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, nos incisos IV e IX do artigo 5.º, conforme se vê *in verbis*:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Ora, a liberdade de expressão é o direito de manifestar opiniões expressamente, trata-se de um direito negativo, de primeira geração, que exige do Estado uma abstenção, ou seja, a ausência de qualquer impedimento à livre circulação de ideias.

Assim, a peça inicial deve estampar a existência de dolo específico necessário à sua configuração, sob pena de faltar-lhe justa causa, sendo que a mera intenção de noticiar a sociedade acerca de investigação contra o querelante, exclui o elemento subjetivo e, por conseguinte, afasta a tipicidade desses crimes.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 27 de agosto de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001150-05.2012.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – CHEQUE – FRUSTRAÇÃO DE PAGAMENTO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – TIPICIDADE QUE NÃO SE DEVE AFASTAR PREMATURAMENTE – RECURSO PROVIDO.

I - Inviável a absolvição sumária por atipicidade, se o pagamento dos cheques deixou de ser efetivado não por insuficiência de fundos, mas por divergência de assinatura, sendo que logo após a emissão dos documentos o agente deixou a cidade, encontrando-se em lugar incerto e não sabido, afigurando-se, em tese, malícia e premeditação.

II – Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de julho de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Ministério Publico Estadual, parte qualificada nos autos, inconformada com a sentença de f. 52-55 que absolveu sumariamente Jackson Regis Rodrigues Furtado do crime previsto no art. 171 do Código Penal, interpõe a presente Apelação Criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 65-75, postula pelo regular prosseguimento do feito.

Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca do artigo 171 do CP.

Jackson Regis Rodrigues Furtado, por meio da Defensoria Pública Estadual, apresentou contrarrazões a f. 79-86, pugnando pelo improvimento do recurso. Já a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 93-96, opina pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ministério Publico Estadual contra a sentença de f. 52-55 que absolveu sumariamente Jackson Regis Rodrigues Furtado do crime previsto no art. 171 do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> *"Infere-se que o denunciado realizou compras na Loja Calderam, adquirindo um total de R$ 3.390,00 em produtos, montante este que pagou com três cheques de R$ 1.130,00, os quais podem ser vistos a f. 9.*
>
> *Depreende-se, ainda, que ele adquiriu mercadorias na Relojoaria Jonker, no valor de R$ 440,00, e também pagou por elas emitindo uma lâmina de cheque, juntada a f. 10 dos autos.*
>
> *Além disso, na mesma época, ele comprou celulares no estabelecimento comercial denominado Júnior Cel e efetuou o pagamento com um cheque no montante de R$ 580,00.*
>
> *Extrai-se, ademais, que ele também adquiriu três relógios na Ótica e Relojoaria Ouro e Prata, por R$ 1.500,00, pagos com um cheque desse mesmo valor, que está a f. 10 dos autos.*
>
> *Por fim, consta que ele esteve na Ótica e Relojoaria Bonito e lá comprou um relógio de R$ 500,00, emitindo lâmina de cheque desse valor (vide f. 10) para efetuar o pagamento.*
>
> *Infere-se que o denunciado, propositadamente, após assinatura nesses cheques diferente daquela que apresentou aos bancos a serem sacados, frustrando intencionalmente, assim, o pagamento dos cheques e gerando prejuízo às vítimas." f. 02*

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 65-75, postula pelo regular prosseguimento do feito. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca do artigo 171 do CP.

Jackson Regis Rodrigues Furtado, por meio da Defensoria Pública Estadual, apresentou contrarrazões a f. 79-86, pugnando pelo improvimento do recurso. Já a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 93-96, opina pelo provimento.

É o que basta para analisar a pretensão.

Observa-se dos autos que em dezembro de 2011, na cidade de Bonito, neste Estado, o apelado Jackson Regis Rodrigues Furtado, emitiu vários cheques pós-datados a diversas empresas, concluindo compras que totalizam aproximadamente R$ 5.830,00 (cinco mil oitocentos e trinta reais), frustrando o posterior pagamento deste valor, causando considerável prejuízo financeiro às vítimas.

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Jackson como incurso no artigo 171, *caput*, do CP, por 05 vezes – f. 02.

Sob o argumento de não configurar crime de estelionato a emissão de cheque pós-datado cujo pagamento restou frustrado, o magistrado da origem absolveu sumariamente o apelado, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Ainda que certo que a frustração de pagamento de cheques pós-datados não configura ilícito penal, na hipótese dos autos a questão não é tão simples.

Primeiro porque, segundo a denúncia, o denunciado, propositadamente, após nos cheques assinatura diferente daquela que apresentou aos bancos a serem sacados, frustrando intencionalmente, assim, o pagamento dos cheques e gerando prejuízo às vítimas.

Além disso, logo após a emissão dos cheques, o apelado deixou a cidade de Bonito e encontra-se em destino ignorado, tanto que foi necessária sua citação por edital, conforme se vê a f. 39. fato capaz de evidenciar malícia e premeditação.

Neste contexto, necessário o prosseguimento da ação penal, viabilizando a produção de provas, a fim de melhor esclarecer a conduta perpetrada pelo agente, restando inadmissível a absolvição sumária, já que eventual ardil do apelado, demonstrado nos elementos indiciários, poderão ser ratificados ou não tão somente na fase jurisdicional, se oportunizada.

No julgamento do HC 121.628/SC, o Min. Rel. Og Fernandes, integrante da Sexta Turma do STJ, analisando fato similar, afastou a atipicidade da conduta e determinou o prosseguimento do feito. Confira-se:

> *"Não se desconhece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a frustração de pagamento de cheque pós-datado, que não é dado como ordem de pagamento à vista, constituindo garantia de dívida, não configura o crime de estelionato. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a frustração no pagamento de cheque pós-datado, a depender do caso concreto, pode consubstanciar infração ao preceito proibitivo do art. 171, caput, desde que demonstrada na denúncia, e pelos elementos de cognição que a acompanham, a intenção deliberada de obtenção de vantagem ilícita por meio ardil ou o artifício" (sem grifo na origem)*

De tal forma, havendo evidências da prática de crime, imperioso o prosseguimento do feito, visando garantir a necessária produção de prova para melhor elucidação dos fatos.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou provimento ao recurso, para determinar o prosseguimento da ação penal instaurada contra Jackson Regis Rodrigues Furtado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso.

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, 23 de julho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0035013-96.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO MINISTERIAL – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – FIXAÇÃO NOS TERMOS DA LEI N. 8.072/90 – DESCABIMENTO – PRECEDENTES DO STF E STJ – RECURSO IMPROVIDO.

I – Hodiernamente, na esteira da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o regime prisional àqueles condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, deve ser fixado em observância ao disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, porquanto o dispositivo previsto na Lei n. 8.072/90, que determina a fixação de regime inicial fechado, contraria a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI).

II – Recurso improvido.

RECURSO DEFENSIVO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – PORTE PARA USO PRÓPRIO – ALEGAÇÃO DEFENSIVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 156 DO CPP – PROVAS SEGURAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL SOPESADAS (CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME) – PENA ABRANDADA – APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CONFISSÃO QUALIFICADA UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO – ATENUANTE RECONHECIDA – PENA MANTIDA NO *QUANTUM* MÍNIMO (SÚMULA 231 DO STJ) – AUMENTO DA FRAÇÃO APLICADA ANTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006 – CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA QUE JUSTIFICA A MANTENÇA DA FRAÇÃO MÍNIMA (1/6) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O fato de o agente ser usuário não significa que a substância entorpecente apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do "usuário-traficante". Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP. Impossível a desclassificação para o crime de porte para uso pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, quando as provas demonstram que a substância apreendida, pelo menos em parte, destinava-se ao comércio.

II - Impõe-se a redução da pena-base, porquanto: a) a exigilidade de conduta diversa e o grau de compreensão da ilicitude do fato quando aferidos de forma genérica não bastam ao emprego da valoração negativa da culpabilidade ; b) o lucro fácil é inerente ao crime praticado – tráfico de entorpecentes - não servindo para desqualificar os motivos do crime; c) as consequências foram normais à espécie; d) decota-se a valoração negativa das circunstâncias do crime quando evidenciada a ocorrência de *bis in idem*, no tanto em que se valorou a quantidade de drogas na 1ª fase da dosimetria para aumentar a pena-base e também na 3ª fase, para aplicar a causa de diminuição na fração mínima.

III – Malgrado a confissão seja qualificada, impõe-se a atenuação da pena quando se utiliza dela como elemento de convicção na decisão condenatória. Precedentes do STJ. Contudo, fixada a pena-base no *quantum* mínimo, não há como conduzir-se a pena abaixo desse patamar. Inteligência do enunciado nº 231 do STJ.

IV - O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas. Apreensão de 730 gramas de maconha que justifica a mantença da aplicação dessa benesse no percentual mínimo (1/6).

V - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso Ministerial e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso de Michael Medeiros de Oliveira, nos termos do voto do Relator (Des. Bonassini), vencido o Revisor (Des. Dorival).

Campo Grande, 23 de julho de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Michael Medeiros de Oliveira contra a sentença de f. 151-60 que condenou este último à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime semiaberto, e à multa de 458 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformado em parte com a decisão, o Ministério Público Estadual, pelas razões expostas a f. 233-40, visa a alteração do regime prisional fixado (semiaberto) para o fechado, ao fundamento de que o delito seria assemelhado à crime hediondo, o que, dessa forma, importaria na fixação do regime mais gravoso. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos 33, *caput,* c/c § 4º, da Lei 11.343/2006 e artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Contrarrazões defensivas a f. 258-65, requerendo o improvimento do apelo ministerial.

Michael Medeiros de Oliveira, por sua vez, nas razões expostas a f. 211-1, postula a desclassificação delitiva para o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, dizendo não haver provas de que exerceria a traficância de entorpecentes e que, além disso, a droga apreendida destinava-se ao seu uso exclusivo.

Subsidiariamente, requer: 1.º - a fixação da pena-base no *quantum* mínimo; 2.º - o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, 'd', do CP); 3.º - O aumento da fração aplicada pela causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, para 2/3 (dois terços), porquanto a quantidade da droga apreendida já fora valorada na 1.ª fase da dosimetria e, dessa forma, não poderia servir de fundamento para uma menor diminuição da pena, sob pena de *bis in idem.* Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos: 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006; 5.º, LVII e 93, IX, ambos da CF, e; 65, III, 'd', do CP.

O Ministério Público apresenta contrarrazões a f. 241-56, pugnando pela mantença da decisão singela, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 270-87, opina pelo provimento do apelo

ministerial e improvimento do apelo defensivo, prequestionando, em caso diverso, a negativa de vigência aos artigos 42 e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006 e 33, § 3º, do CP.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Michael Medeiros de Oliveira contra a sentença de f. 151-60 que condenou este último à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, em regime semiaberto, e à multa de 458 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no dia 27 de junho de 2013, por volta das 16h15min, na Rua Dalia Siqueira, em frente ao n° 39, no Bairo Vila Popular, nesta capital, o denunciado Michael Medeiros de Oliveira foi preso em flagrante delito por trazer consigo 01 (um) tablete de substância análoga à maconha, com peso total de 730g (setecentos e trinta gramas), que seriam expostos à venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Infere-se nos autos, que na data dos fatos, policiais militares realizavam ronda de rotina pelo Bairro Vila Popular, nesta capital, quando avistaram a motocicleta Honda/BIZ, cor azul, placa HSW-1507 CG/MS em atitude suspeita, haja vista ter empreendido fuga ao perceber a presença da guarnição, momento em que iniciaram a perseguição e logrou-se êxito em abordar o veículo, conduzido pelo denunciado Michael Medeiros de Oliveira. Através de revista, foi localizado embaixo do banco, no compartimento de carga da motocicleta, 01 (um) tablete de substância análoga à maconha, com peso de 730 g (setecentos e trinta gramas), bem como, na pose do denunciado, foi aprendida a quantia em espécie de R$450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), em notas de R$50,00 (cinquenta reais), e dois aparelhos de telefone celular. Ademais, no momento da prisão em flagrante, uma pessoa não identificada, com número registrado na agenda como Tia Néia, efetuou diversas ligações para o denunciado MichaeL, que, quando atendia, ela dizia: entrega logo a mercadoria que tem mais aqui para entregar. Outrossim, em ambos os aparelhos de telefone celular do denunciado haviam mensagens relacionadas a venda de drogas, comum nos casos de tráficos de entorpecente pelo sistema conhecido como disk droga, em que o agente vai até o comprador para realizar a entrega do entorpecente".*

Inconformado em parte com a decisão, o Ministério Público Estadual, pelas razões expostas a f. 233-40, visa a alteração do regime prisional fixado (semiaberto) para o fechado, ao fundamento de que o delito seria assemelhado a crime hediondo, o que importaria na fixação do regime mais gravoso. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos 33, *caput,* c/c § 4º, da Lei 11.343/2006 e artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Contrarrazões defensivas a f. 258-65, requerendo o improvimento do apelo ministerial.

Michael Medeiros de Oliveira, por sua vez, nas razões expostas a f. 211-1, postula a desclassificação para o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, dizendo não haver provas de que exerceria a traficância de entorpecentes e que, além disso, a droga apreendida destinava-se ao seu uso exclusivo. Subsidiariamente, requer: 1.º - a fixação da pena-base no *quantum* mínimo; 2.º - o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, 'd', do CP); 3.º - O aumento da fração aplicada pela causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, para 2/3 (dois terços), porquanto a quantidade da droga apreendida já fora valorada na 1.ª fase da dosimetria e, dessa forma, não poderia servir de fundamento para uma menor diminuição da pena, sob pena de *bis in idem*. Para fins de prequestionamento requer

manifestação expressa sobre os artigos 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, 5.º, LVII e 93, IX, ambos da CF, e 65, III, 'd', do CP.

O Ministério Público apresenta contrarrazões a f. 241-56, pugnando pela mantença da decisão singela, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 270-87, opina pelo provimento do apelo ministerial e improvimento do apelo defensivo, prequestionando, em caso diverso, a negativa de vigência aos artigos 42 e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/2006 e 33, § 3º, do CP.

É o que basta para analisar a pretensão, por ordem de prejudicialidade.

I - Do recurso da defesa.

1.º Da desclassificação delitiva para o crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 05-14), auto de exibição e apreensão (f. 26-7), laudo de constatação (f. 29-30), laudo toxicológico (f. 96-9), bem como pelas demais provas coligidas aos autos.

Quanto à autoria, também restou bem delineada pelas provas existentes, sendo de todo incabível a desclassificação pretendida.

Dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/06 que *"Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente."*

Para possibilitar a desclassificação é imprescindível a prova de que a substância apreendida destinava-se exclusivamente ao consumo pessoal do agente, posto ser este o elemento subjetivo específico necessário à configuração desse tipo penal. E a prova de tal destinação exclusiva cabe à defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, invertendo-se, pois, o ônus da prova. Nesse sentido a doutrina:

> *"O MP deve colacionar elementos que indiquem que a droga não era para uso próprio, no momento de oferecer a denúncia por tráfico. Porém, apresentados tais elementos, a jurisprudência entende que a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso depende de prova por parte do réu, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, uma vez que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. (Lei de Drogas Comentada, Andrey Borges de Mendonça, 3ª edição, pág. 57).*

E a jurisprudência:

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE TÓXICOS. PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO. (...) AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. TESE DEFENSIVA. Destinação exclusiva para consumo pessoal ou que pertencesse a outrem. Não comprovação. Ônus da prova da defesa. (...) Quando resta suficientemente demonstrada tanto a propriedade quanto destinação que seria dada à droga apreendida, não é de se acatar a almejada absolvição ou desclassificação para o delito de uso de drogas. (TJMG; APCR 1.0111.13.001417-3/001; Rel. Des. Sálvio Chaves; Julg. 02/10/2014; DJEMG 10/10/2014)" (destaquei).*

No caso dos autos, a prova demonstra seguramente que pelo menos parte da substância entorpecente apreendida destinava-se ao comércio, circunstância que impede a desclassificação da conduta tipificada no artigo 33 para a do artigo 28, ambos da Lei nº 11.343/06.

Extrai-se que Michael, na fase indiciária (a f. 12), exerceu o seu direito de permanecer em silêncio e, em juízo (cf. áudio-visual da audiência), apesar de dizer que a droga apreendida era de sua propriedade, negou que tivesse a intenção de vendê-la, relatando, ainda, que a comprara no camelódromo desta cidade pela importância de R$ 200,00, e que pretendia viajar para uma fazenda, para onde levaria o referido entorpecente para fins de consumo próprio.

Contudo, há que se registrar que foi apreendido em seu poder 730 gramas de maconha, quantidade esta que, *per si,* afasta a pretensa desclassificação delitiva, porquanto em perícia realizada em outro processo, pela Cordenadoria-Geral de Perícias da Secretaria de Segurança Pública deste Estado, atestou-se que para a confecção de um cigarro artesanal de maconha são necessários, em média, 0.88 g da referida substância entorpecente, o que leva à conclusão, por simples cálculo aritmético, que a maconha apreendida em poder de Michael seria suficiente para 795 cigarros, o que evidencia, por certo, que não se destinava apenas ao seu uso pessoal.

Sobre o tema, colaciono jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO, TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – PRETENDIDA REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FUNDAMENTADAS DE FORMA INIDÔNEAS – REDUZIDA – COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – QUANTUM APLICADO PARA AS MAJORANTES DO ROUBO MANTIDO – AUMENTO DO QUANTUM APLICADO PARA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *Nos termos do §2º, do art. 28, da Lei n. 11.343/06, a grande quantidade de droga apreendida, por si só, descarta a alegação de que o entorpecente destinava-se ao consumo próprio. (...)" (Apelação - Nº 0016051-93.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes - Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal - D.J.: 8 de setembro de 2014).*

Não fosse só isso, os policiais militares que participaram da ação que culminou na prisão em flagrante de Michael foram uníssonos, em ambas as fases, em afirmar que ele, após ser surpreendido na posse da droga, confessou que a entregaria a terceiro (cujo nome, todavia, não quis mencionar). Alegaram, também, que os celulares que ele portava não paravam de tocar, sendo que, em uma dessas ligações atenderam-no pelo viva-voz e uma tal de Tia Néia falou que era para ele agilizar a entrega da droga pois tinha mais serviço a ser feito. Relataram, por fim, que havia mensagens em tal aparelho dizendo que a maconha estava R$ 5,00 (cinco reais). Veja-se, a propósito, de tais depoimentos:

> *"(...) relata o depoente que é Policial Militar e na data de 27/06/13, por volta das 16:15 horas, estava em ronda pela Vila Popular, juntamente com sua equipe, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita conduzindo uma moto HONDA/BIZ, cor azul, Placas HSW 1507, o qual ao ver a viatura policial evadiu-se sorrateiramente, entretanto foi abordado em frente à residência de número 339, rua Dalila Siqueira, Vila Popular, ocasião em que foi localizado debaixo do banco, no compartimento de carga, um invólucro em forma retangular, encoberto por fita adesiva cor marrom, tratando-se de substância análoga a maconha, bem como foi encontrado no bolso do autor a quantia de R$ 450,00 em notas de 50; Que os policiais militares indagaram o autor acerca do entorpecente, o qual respondeu que entregaria para alguém, contudo, não soube dizer quem, dizendo*

apenas que estava parado naquele local esperando tal pessoa; Que nos dois aparelhos apreendidos com o autor há algumas mensagens: 'maconha cinco reais', inclusive na agenda telefônica do celular consta o nome tia néia a qual efetuou várias ligações no celular do autor, e quando atendia ela dizia: 'entrega logo a mercadoria que tem mais aqui para entregar'; Que indagado acerca de tal ligação o autor nada quis dizer (...)". (Depoimento prestado pelo Policial Militar Daniel Pedraza Córdoba – f. 07-08).

"(...) Que ao realizarem revista na motocicleta foi localizado embaixo do banco um invólucro em forma retangular, encoberto por fita adesiva marrom, tratando-se de substância análoga a maconha e também foi encontrado no bolso do autor a quantia de R$ 450,00, em notas de 50; Que o autor foi indagado sobre o entorpecente e respondeu que entregaria para alguém, mas não souber dizer quem, dizendo apenas que estava parado naquele local esperando essa pessoa; Que nos aparelhos celulares apreendidos com o autor foram encontradas algumas mensagens: "maconha cinco reais", e na agenda telefônica do celular consta o nome tia néia a qual efetuou várias ligações no celular do autor e quando atendia ela dizia: 'entrega logo a mercadoria que tem mais aqui para entregar, entretanto o autor nada quis dizer a respeito; Que o entorpecente foi encaminhado a DENAR onde foi elaborado o Laudo de Constatação tratando-se de 730 gramas de maconha (...)" (Depoimento prestado pelo Policial Militar Demilson Pereira de Rezende – f. 10-1).

Em juízo (conforme áudio-visual da audiência), o Policial Demilson ratificou o seu anterior testemunho e ressaltou que durante a abordagem do recorrente o seu celular não parava de tocar, sendo que, numa dessas ligações, o Sargento Córdoba atendeu-o e constatou que se tratava da pessoa de "Tia Néia", a qual queria que Michael agilizasse a entrega da droga pois havia mais para ser realizada.

Giza-se, nesse ponto, que os depoimentos de policias que participaram das diligências, sem qualquer dúvida, são elementos de extrema importância para o esclarecimento dos fatos. Entretanto, para que assumam plena validade como prova, devem ser repetidos em Juízo, e manter coerência com outros elementos de prova extraídos do caderno probatório.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1.(...) 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese (...) (destaques nossos) (STJ. HC 166124 / ES. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado). Quinta Turma. Julgado em 21/06/2012)*."*

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA

> *O TRÁFICO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. De acordo com a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de justiça, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. 2. 3. 4 . Agravo regimental improvido".* (STJ; AgRg-Ag 1.336.609; Proc. 2010/0139710-3; ES; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 14/08/2013; Pág. 1193)*".*

Trata-se de testemunho como o de qualquer cidadão, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos tal qual ocorreram. É reiterada a jurisprudência do Egrégio STF no sentido de que "*é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho *in* "Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais", fl. 61).

De fato, seria incoerente credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de tais funções.

No caso em apreço, conforme visto, os depoimentos dos policiais foram corroborados pela apreensão de vultosa quantidade de droga em poder do recorrente e, ainda, pela apreensão de seu celular que, posteriormente, foi periciado (a f. 64 e ss.), ocasião em que se constatou a existência da mensagem dizendo que a droga custava R$ 5,00 (f. 84), bem como o nome da 'Tia Néia' em sua agenda telefônica.

Outrossim, como é cediço, o crime de tráfico de drogas caracteriza-se quando praticado algum dos 18 verbos nucleares do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, *verbis*:

> *"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".*

Nessa esteira, pouco importa que o recorrente não tenha sido surpreendido realizando a venda ilícita de entorpecentes, porquanto o tráfico restou tipificado com o fato dele estar transportando considerável quantidade de droga, e, ainda, pelas provas periféricas que demonstraram de forma efetiva que o destino de tal substância psicotrópica não era apenas o uso.

A propósito, colho o seguinte julgado:

> *"(...) A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados (...)."* (TRF - 4.ª Reg. AC 92.04.08590-8 - Rel. Ari Pangendler - JSTJ E TRF LEX 47/525).

Anota-se, ainda, que a alegação de que o entorpecente destinava-se ao uso, ainda que provada, não descaracterizaria a traficância. Tal fato, por si só, não implica na pretendida desclassificação, posto ser extremamente comum na atualidade a figura do "viciado-traficante", aquele que, além de fazer uso de drogas, a comercializa para manter o próprio vício.

Nesse sentido decisão desta Egrégia Corte:

> *"Rejeita-se o pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de porte de drogas para consumo pessoal se o conjunto probatório, especialmente consubstanciado pela prova testemunhal, aliado às circunstâncias fáticas (apreensão de significativa quantidade e diversidade de drogas), evidencia a traficância; mesmo porque a simples condição de usuário não elide a figura típica do art. 33, da Lei n. 11.343/06."* (Apelação criminal - reclusão - N. 2011.021864-9/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. Julgamento: 22/08/2011 Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal. Publicação: 25/08/2011. Nº Diário: 2491).

Dessa feita, levando-se em consideração os depoimentos das testemunhas, a apreensão de droga e as circunstâncias da prisão, resta patente que a substância destinava-se sim à traficância, e não para uso próprio.

Diante de tais fatos, impossível acolher-se o pleito desclassificatório.

2.º - Da redução da pena-base e aumento da fração aplicada pela causa de diminuição de pena.

Quanto à dosimetria da pena eis os fundamentos da sentença (f. 151-60):

> *"A culpabilidade ressoa grave, com sua conduta sendo de alta reprovabilidade, pois podia e devia agir de maneira diferente e não o fez. Não registra antecedentes criminais. Não há elementos nos autos acerca da conduta social e da personalidade do acusado. Os motivos são injustificáveis e visava o lucro fácil e imediato através da prática de delito. As circunstâncias foram as descritas na fundamentação e extrapolam o normal à espécie do crime descrito na denúncia ante a razoável quantidade de droga transportada. O delito praticado pelo acusado traz consequências gravíssimas e nefastas face à dependência que a droga causa aos usuários e, consequentemente à sociedade, vez que os usuários de droga, para sustentarem o seu vício, têm sido os responsáveis pela maioria dos crimes praticados contra o patrimônio. Ressalto ainda, que é fato notório que o tráfico de drogas é um grande mal que assola a humanidade, ceifando vidas prematuramente e trazendo o desespero para a família dos viciados e de pessoas inocentes que são vítimas de outros crimes sob o comando dos traficantes. Não há que se falar em comportamento da vítima na espécie.*
>
> *Pena-base: Assim, atendendo aos elementos do art. 42 da Lei nº 1.343/06 e ao art. 59 do Código Penal, verifica-se a presença de algumas circunstâncias desfavoráveis, razão pela qual, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. Circunstâncias atenuantes e agravantes: Conforme mencionado na fundamentação, está presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual, diminuo as penas para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Causas de aumento e/ou diminuição de pena: Há que se aplicar ao presente caso, a causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Por tal razão e na ausência de outros elementos a serem sopesados, reduzo as penas acima fixadas em 1/6 (um sexto), quedando-se para 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão e o pagamento de 458 (quatrocentos e cinquenta e oito) dias-multa, tornando-as definitivas".*

O princípio da individualização da pena encontra-se positivado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o qual determina que as sanções impostas devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias do delito perpetrado e, ainda, com as características subjetivas do agente infrator. Em observância a isso, o julgador criminal, com espeque, ainda, nas disposições previstas nos artigos 59 ao 68, todos do CP, fixa a reprimenda que entende adequada e suficiente para as finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

Em se tratando de tráfico de drogas, o julgador deve atentar-se, ainda, aos parâmetros do artigo 42 da Lei 11.343/2006 que dispõe: *'O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'.*

No caso em comento, o magistrado *a quo,* utilizando-se de seu poder discricionário, fixou a pena-base em 02 anos e 100 dias-multa acima do mínimo, ao fundamento de que a culpabilidade, os motivos, as consequências e circunstâncias do crime lhe seriam desabonadoras.

Quanto à culpabilidade, tal circunstância diz respeito à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma. Sobre tal moduladora, esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:

> *"(...) É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)"* (Sentença penal condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88).

Aqui a sentença considerou negativa a culpabilidade estabelecendo que seria *"de alta reprovabilidade, pois podia e devia agir de maneira diferente e não o fez".*

Quando se analisa a circunstância judicial da culpabilidade, como moduladora da sanção básica, não se pode confundir, como fez a sentença, com a culpabilidade em sentido estrito, que é pressuposto da aplicação da pena. Aqui deve-se valorar a maior ou menor censurabilidade da conduta, o grau de reprovabilidade social da ação, tecendo-se, para tanto, argumentos concretos a fundamentar eventual valoração negativa, e não, como constou do *decisum,* fazendo-se alusões genéricas.

Nesse sentido (sem grifos na origem):

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. AJUSTE NA DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º. LEI Nº 11.343/2006). 1. (...) 2. (...) 3. O entendimento do caráter ilícito constitui elemento inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual integra a estrutura do crime, em sua concepção tripartida. A culpabilidade, ao lado da tipicidade e da ilicitude, constitui requisito do conceito analítico do crime, sem as quais não haveria juízo condenatório. 4. (...) 5. (...) 6. (...) 7. (...)"* (TRF 1ª R.; ACr 0002894-22.2008.4.01.4100; RO; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Olindo Menezes; julg. 14/10/2014; DJF1 14/11/2014; Pág. 1031).
>
> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. (...) Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Culpabilidade, motivo e consequências do delito. Utilização de elementos que integram o tipo penal violado. Impossibilidade. .... Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção*

> *tripartida. ....."* (STJ; HC 297.447; Proc. 2014/0151015-4; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 13/11/2014).

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça também é interativa nesse sentido como, *ad exemplum*, trago a colação:

> *"(...) Na hipótese, do modo como foi valorada, a culpabilidade não autoriza a exasperação da sanção. Isso porque não tivesse a paciente 'efetiva consciência do caráter ilícito do fato' seria ela considerada inimputável. (...)"* (HC 136470/RS. Relator Ministro Og Fernandes, 6ª Turma, em 30/06/2010).

Portanto, decota-se o acréscimo decorrente da valoração negativa de tal circunstância judicial sem indicação de elementos concretos que justifiquem esse juízo de valor.

Quanto aos motivos do crime, também não podem gerar o aumento da pena-base, visto que o desiderato de auferir vantagem econômica é ínsita ao tipo penal do delito perpetrado - tráfico de entorpecentes - posto que ninguém o pratica sem que tenha tal objetivo. Dessa forma, somente diante de algum fator específico, ou de prejuízo muito substancial, é que se reconhece o "plus" necessário para valorar negativamente essa diretriz. Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS.* ***TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.*** *PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE.VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. ILEGALIDADE.* ***MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO, IGUALMENTE, INVÁLIDO.****REDUÇÃO DO AUMENTO DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ALGUMAS TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 05 (CINCO) ANOS, OUTRAS DENTRO DO QUINQUÊNIO LEGAL.UTILIZAÇÃO EM FASES DISTINTAS DA FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1.* ***Mostra-se indevida a exasperação da pena-base, pela valoração negativa da culpabilidade e dos motivos do crime, mediante a utilização de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal e decritérios igualmente inválidos, como a busca do lucro fácil****. Redução do aumento da pena-base que se impõe. 2. Havendo várias condenações transitadas em julgado em desfavor do apenado, umas passadas em julgado há mais de 05 (cinco) anos e outras dentro do quinquênio legal, nada impede que o Juízo sentenciante utilize as primeiras, como maus antecedentes e, as segundas, a título de reincidência, sem que se possa falar, na hipótese, em ofensa ao princípio do ne bis in idem. 3. Ordem parcialmente concedida, a fim de, mantida a condenação,diminuir a pena do Paciente para 06 (seis) anos e 06 (seis) meses dereclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, em regimeinicial fechado"* (STJ - HC: 153034 MS 2009/0219996-0, Relator: Ministra Laurita Vaz, data de julgamento: 24/05/2011, T5 - Quinta Turma, Data de publicação: DJe 07/06/2011). *Destaquei.*

No que se refere à moduladora das circunstâncias do delito, Ricardo Augusto Schmitt (*in* Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104), bem as define como sendo:

> *"(...) os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, (...) não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora".*

Tem-se, assim, que as circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime. No caso em epígrafe, conforme *decisum* de 1º

Grau, as circunstâncias foram consideradas desabonadoras em razão da considerável quantidade de droga apreendida em poder do recorrente. Embora tal fato justifique a exacerbação da pena, extrai-se claramente da sentença que a quantidade de droga foi valorada tanto na 1ª fase da dosimetria (nas circunstâncias do crime), quanto no emprego da causa de diminuição de pena, situação que revela a ocorrência de *bis in idem.*

Não há dúvidas de que na fixação da pena-base, no crime de tráfico de drogas, devem ser observadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, dentre as quais está a quantidade de droga. Todavia, esse vetor não pode ser utilizado simultaneamente para elevar a básica sanção e aplicar fração menor na redução decorrente da causa de diminuição do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, o que configura *bis in idem.*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 19.12.2013, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de crime de tráfico de entorpecentes, a natureza e quantidade de droga somente poderiam ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria, vedando-se a sua apreciação cumulativa.

Na mesma ocasião, restou consignado que caberia ao magistrado decidir em qual momento da dosimetria essa circunstância deveria incidir – se na 1ª ou na 3ª fase – respeitando-se a proibição ao *bis in idem.*

Recentemente, em data de 03.04.2014, no julgamento do recurso extraordinário com agravo nº. 666.334/Amazonas, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reputou constitucional a questão - de se considerar a quantidade e a qualidade da droga apreendida tanto na primeira fase de fixação de pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e, no mérito, reafirmou jurisprudência da corte no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração em apenas uma das fases da dosimetria da pena.

No mesmo sentido, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais pátrios:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO. (...)*
>
> *2. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente,*

utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC 254.240/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APELO DA DEFESA (1). PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAMENTE DESFAVORÁVEL AO RÉU. EXCESSO VERIFICADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADOS. APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º. ACOLHIMENTO. PERMANÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006, NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM APELO DA DEFESA (2). APLICAÇÃO DA PENA-BASE PRÓXIMO AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. APENAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS (MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS). DIMINUIÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. (1) Constatada apenas uma circunstância judicial desfavorável ao réu, deve a pena-base ser readequada em homenagem ao princípio da razoabilidade. Preenchendo o réu os requisitos autorizadores do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o benefício atendendo-se o grau fracionário nas circunstâncias do caso concreto. ***Considerar a quantidade e qualidade da droga no estabelecimento da pena-base e na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, caracteriza bis in idem, nos termos do mais recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça****, adotado por esta câmara. (2) apesar de haver mais de uma circunstância judicial desfavorável maus antecedentes, natureza e quantidade da droga apreendida. Não se justifica a majoração da pena-base em mais de 03 (três) anos, por mostrar desproporcional à prevenção e reprovação ao fato típico punível no caso concreto. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do código penal"* (TJMT; APL 47320/2014; Guiratinga; Rel. Des. Juvenal Pereira da Silva; DJMT 07/08/2014; Pág. 58).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DECOTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42, LAD. NATUREZA DA DROGA. INVIABILIDADE. BIS IN IDEM. PRECEDENTES STF. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LAD. AFASTAMENTO. NÃO CABIMENTO. REQUISITOS PREENCHIDOS. NATUREZA DA DROGA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. TERCEIRA FASE. ACOLHIMENTO. Se o conjunto probatório não deixa dúvida de que o fato praticado pelo réu constitui hipótese de tráfico de drogas e não de consumo pessoal, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação. A culpabilidade somente terá uma análise negativa quando ocorrer uma particularidade no cometimento do crime, alguma extrapolação do tipo penal. Não basta a reprovabilidade comum, inerente ao crime, para avaliação desfavorável dessa circunstância judicial. Impõe-se o afastamento da valoração negativa das consequências do crime, se inerentes ao próprio tipo. O fato de crime de tráfico ter sido cometido em via pública, por ser aspecto ínsito ao tipo, não deve ensejar a análise negativa das circunstâncias do delito. ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 112.776/MS (ainda não publicado), declarou a impossibilidade de utilizar o fundamento referente à natureza e à quantidade de drogas mais de uma vez na dosimetria, sob pena de bis in idem.*** *Para fazer jus à redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da LAD, basta que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. A natureza da droga é elemento que também deve ser observado para fixação do quantum de redução*

> *em face da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Apelação do Ministério Público parcialmente provida. Apelação da defesa desprovida.* (TJDF; Rec 2013.01.1.076247-8; Ac. 806.580; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Souza e Ávila; DJDFTE 29/07/2014; Pág. 249).

Desse modo, a vultosa quantidade de drogas que era transportada pelo recorrente deve validar apenas a mantença da aplicação da causa de diminuição de pena na fração mínima (1/6), não servindo, por outro lado, à valoração negativa das circunstâncias do crime, moduladora que, por conseguinte, é considerada normal à espécie, obrigando ao decote do acréscimo dela decorrente no cálculo da pena-base.

Com relação às consequências do crime – que foram consideradas graves sob o fundamento de que a ação certamente causaria danos irreversíveis à sociedade -, trata-se de fundamentação absolutamente genérica, vaga, que não aponta qualquer situação concreta, a demonstrar que essa circunstância também não foi corretamente valorada. Qualquer ação criminosa é causa de sequelas, quer seja de ordem patrimonial, física psicológica, tanto é assim que importam em apenação. Não se olvida que casos há em que o dano suportado é tamanho a justificar um rigor maior na reprimenda, contudo, tal situação deve ser demonstrada de forma concreta, com base em elementos extraídos dos autos, o que aqui não ocorreu.

Desse modo, decotando-se as circunstâncias judiciais mal sopesadas, quais sejam: culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, necessária nova dosimetria.

3º - Confissão espontânea.

A atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal deve ser aplicada quando a confissão é utilizada para a formação do convencimento do julgador, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AMEAÇA. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE GENÉRICA AFASTADA. ILEGALIDADE.*
>
> *1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.*
>
> *2. Esta Corte tem se manifestado no sentido de que a confissão do acusado, mesmo quando eivada de teses defensivas, descriminantes ou exculpantes, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício.* (HC 294.008/MS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014).

Na hipótese, o recorrente manteve-se silente na fase indiciária. Em juízo, confessou a propriedade do entorpecente, porém, aludiu que se destinava ao uso próprio e não a mercancia ilícita. Tal confissão, contudo, ainda que qualificada, ou seja, imbuída com teses defensivas exculpantes as quais, no caso, visavam a desclassificação delitiva, impõe o reconhecimento de dita benesse, porquanto foi ela utilizada de alguma maneira a fundamentar o édito condenatório.

Como visto alhures, tal é o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça que, recentemente, no informativo n. 551, de 3 de dezembro de 2014, entendeu que a confissão qualificada dá ensejo à incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, quando efetivamente utilizada pelo sentenciante como elemento de convicção. Veja-se a publicação:

> *"DIREITO PENAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. A confissão qualificada - aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes -, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea d do inciso III do artigo 65 do CP. Precedentes citados:* AgRg no REsp 1.384.067-SE, Quinta Turma, DJe 12/2/2014; e AgRg no REsp 1.416.247- GO, Sexta Turma, DJe 15/5/2014. AgRg no REsp 1.198.354-ES, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/10/2014".

Portanto, reconheço, a sobredita atenuante em favor do recorrente.

4.º - Do aumento da fração aplicada ante o reconhecimento da causa de diminuição de pena (§ 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006).

Embora haja previsão expressa acerca do patamar a ser aplicado com relação a essa causa de diminuição - variável entre 1/6 a 2/3 – é sabido, por outro lado, que o legislador foi omisso quanto ao critério a ser utilizado para estabelecer o *quantum* dessa diminuição.

Nessa perspectiva, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária se posicionaram no sentido de que, para tal redução, o magistrado deve considerar as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.

A esse respeito, colaciona-se os seguintes precedentes:

> *"(...). ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO.QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO. PREVENÇÃO E REPRESSÃO.1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos. (...)"* (HC 182142/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 30/05/2011).

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA A ENSEJAR A SUBSTITUIÇÃO DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO RECURSO CABÍVEL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E AUMENTADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/6 (UM SEXTO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA. (...). A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/6 (um sexto), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na quantidade de entorpecente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes:* HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e

> HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010). (...)*"* (HC 104195, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-111 DIVULG 09-06-2011 public 10-06-2011 ement vol-02541-01 PP-00022).

Feitas tais considerações, verifica-se que o recorrente foi surpreendido com 730 g (setecentos e trinta gramas) de maconha, quantidade essa que deve influenciar no percentual a ser utilizado na minoração da pena, com a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Veja-se, nesse sentido, a lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> *"Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade das substâncias ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"* (*in* NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008. Pg. 331).

Logo, o percentual fixado em 1º Grau para a referida diminuição da pena - qual seja, 1/6 (um sexto) - mostra-se adequado e consentâneo aos parâmetros existentes, não havendo, portanto, como aumentá-lo.

5.º - Dosimetria da pena.

Respeitando a discricionariedade de que dispõe o juiz ao fixar a pena, tem-se por necessário reduzir a pena-base proporcionalmente à quantidade de aumento que cada moduladora recebeu.

Verifica-se que, *in casu,* foram negativadas 04 moduladoras e, como visto, todas elas foram afastadas, razão pela qual, na primeira fase da dosimetria, fixa-se a pena-base no *quantum* mínimo, 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na 2ª fase, presentes as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, as quais, todavia, não podem conduzir a pena para aquém do mínimo, nos termos da Súmula n.º 231 do STJ, razão pela qual resta a pena em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na 3ª fase incide a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, razão pela qual diminui-se a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a, em definitivo, em 04 anos e 02 meses de reclusão e 417 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época.

Do recurso ministerial.

1.º - Da alteração do regime prisional para o fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

Pretende o *parquet* a alteração do regime prisional fixado (semiaberto) para o fechado, em conformidade ao parâmetro do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que prevê que a pena dos crimes hediondos e equiparados será cumprida, inicialmente, no regime mais gravoso.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o HC 111.840-ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de crimes hediondos e fixou o entendimento no sentido de que, no âmbito do delito de tráfico de entorpecentes, não há obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início do cumprimento da pena, de modo que a fixação do regime prisional inicial, na situação concreta, deve estar em harmonia com o art. 33, §§ 2.º e 3.º do CP.

Destarte, à luz de tal dispositivo, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve-se levar em consideração a quantidade da pena privativa de liberdade imposta na sentença e, ainda, as circunstâncias judiciais dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei n.º 11.343/2006. Tal orientação vem sendo adotada pelos tribunais pátrios e, especialmente por esta e. Corte de Justiça, conforme segue:

> *"(...) Face à inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de crimes hediondos reconhecida no HC nº 111.840/es, a fixação do regime prisional para condenações derivadas de crimes hediondos ou assemelhados deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal (...).".* (TJMS; APL 0012335-95.2011.8.12.0021; Três Lagoas; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 08/08/2013).

> *APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUÇÃO PENA-BASE. ADEQUAÇÃO DA PENA DEFINITIVA- ABRANDAMENTO DO REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). Nos termos do art. 33 do CP, regime inicial deve ser semiaberto por se mostrar o socialmente adequado. (...).* (TJMS; APL 0001883-14.2012.8.12.0046; Chapadão do Sul; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 31/07/2013).

No caso em apreço, observa-se da decisão a quo (f. 151-60) que o regime fixado ao recorrente - semiaberto - foi estabelecido em observância aos critérios legais, não havendo, pois, que sofrer nenhuma alteração.

Ademais, impõe-se consignar que a fixação do regime em conformidade com os critérios do Código Penal não representa eventual afastamento da equiparação do crime em questão aos hediondos, mas apenas um meio de superar a afronta ao princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, descabe cogitar da fixação do regime segundo os ditames da Lei n. 8.072/90.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, nego provimento ao apelo ministerial e dou parcial provimento ao recurso interposto por Michael Medeiros de Oliveira, para reduzir a reprimenda que lhe foi imposta para 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 417 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época.

Quanto aos prequestionamentos suscitados, inexiste violação ou negativa de vigência aos artigos de Lei mencionados, sendo despicienda indicação pormenorizada de normas legais, mormente em razão de a matéria ter sido amplamente apreciada.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Revisor)

Divirjo do i. Relator quanto ao patamar da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei antidrogas, reconhecimento da confissão espontânea, regime prisional e substituição da pena.

Em relação à atenuante da confissão espontânea não há como ser reconhecida, pois do integral interrogatório prestado em juízo, extrai-se não admitiu a autoria do crime de tráfico que lhe é imputado em momento algum, confirmando apenas que a droga em seu poder encontrada seria para consumo próprio – 730 gramas de maconha. (arquivo de áudio de fl. 129 dos autos principais)

Na fase inquisitorial o réu manteve-se silente.

A confissão, para atenuar a reprimenda, deve ser, além de voluntária, espontânea, isto é, deve consistir em ato íntimo e desejado, reflexo da própria personalidade do penalmente processado.

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).

Neste sentido o julgado do STJ:

> *"(...) Não há incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea quando o acusado por tráfico de drogas confessa ser usuário. (Precedentes). III. A configuração da confissão espontânea exige que o denunciado confesse o fato pelo qual está sendo processado. IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.* (REsp 1133917/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Logo, não lhe cabe o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Quanto à minorante do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, assiste razão a defesa, pois a meu ver, a natureza pouco perniciosa e a quantidade não vultosa (730 gramas de maconha) permite o aumento do patamar de 1/6 (um sexto) fixado pelo juízo *a quo* para 2/3 (dois terços).

Passo a readequação da pena.

Na primeira fase, o *quantum* da pena-base fica igual à fixada pelo i. Relator, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase não reconhecida qualquer atenuante ou agravante, permanece a pena provisória em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. E, na terceira fase, presente apenas a causa de diminuição prevista no § 4º do Art. 33 da Lei n. 11.343/2006, aplico o patamar de 2/3, nos termos do fundamento exposto, resta a pena em 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, que torno-a definitiva ante a ausência de outros elementos.

Por conseguinte, tendo em vista o *quantum* do apenamento, altero o regime inicial de cumprimento da pena, vez que a quantidade não é vultosa a ponto de configurar gravidade concreta exacerbada ao comum para o crime de tráfico, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, de forma que ainda em observância à Súmula 440 do STJ[1], fixo o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do CP.

Nos mesmos termos, cabível a substituição da pena por restritiva de direitos, por ser suficiente à reprovação da conduta. A escolha da pena alternativa deverá ser feita pelo juízo da execução penal.

Em parte com o parecer, nego provimento ao apelo ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base ao mínimo legal, alterar o patamar da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei antidrogas, abrandar o regime para o aberto e substituir a pena, devendo ser fixada pelo juízo da execução penal.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

1 Súmula 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso ministerial e, por maioria, deram parcial provimento ao recurso de Michael Medeiros de Oliveira, nos termos do voto do relator (Des. Bonassini), vencido o revisor (Des. Dorival).

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, 23 de julho de 2015.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0800760-14.2012.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – ARMA DE FOGO – COMPROVAÇÃO DO REGISTRO DA ARMA – IRRELEVÂNCIA – AUSÊNCIA DE PORTE LEGAL – REQUERENTE DENUNCIADO POR PORTE ILEGAL DE REFERIDO ARTEFATO – PROCESSO EM TRÂMITE – OBJETO APREENDIDO DE INTERESSE PROCESSUAL – RESTITUIÇÃO INDEVIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1 – Nos termos do artigo 118 do Código de Processo Penal, indevida a restituição de coisa apreendida quando interessa ao processo;

2 - Na hipótese, houve a apreensão de arma de fogo que, embora devidamente registrada, o seu proprietário não possuía autorização para porte, tanto que se encontra denunciado pela prática da infração descrita no art. 14 da Lei 10.826/03, fato que, por ora, impede a restituição do objeto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 3 de setembro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Jônatas Moris Alexandre contra a sentença de f.15-6 que lhe indeferiu o pedido de restituição de coisa apreendida, a saber: 01 (uma) arma de fogo do tipo carabina, calibre 22, marca Marlin, modelo 60 ss e 44 (quarenta e quatro) munições do mesmo calibre.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 25-9, visa a restituição da arma mencionada, ao fundamento de que sua propriedade é legal, eis que devidamente registrada, e que, além disso, foi ela apreendida em situação lícita, quando se praticava atividade esportiva, eis que o apelante pertence ao Clube de Caça e Tiro Ilha Solteira.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 32-7, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 41-3, opinou no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Jônatas Moris Alexandre contra a sentença de f.15-6 que lhe indeferiu o pedido de restituição de coisa apreendida, a saber: 01 (uma) arma de fogo do tipo carabina, calibre 22, marca Marlin, modelo 60 ss e 44 (quarenta e quatro) munições do mesmo calibre.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 25-9, visa a restituição da arma mencionada, ao fundamento de que sua propriedade é legal, eis que devidamente registrada, e que foi ela apreendida em situação lícita, quando se praticava atividade esportiva, eis que o apelante pertence ao Clube de Caça e Tiro Ilha Solteira.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 32-7, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 41-3, opina no mesmo sentido.

É o que basta para analisar a pretensão.

1º - Da restituição de coisa apreendida.

Infere-se dos autos nº 0001607-83.2011, que o ora recorrente foi denunciado nas sanções do artigo 14 da Lei 10.826/03, porquanto, no dia 18 de junho de 2011, por volta das 22h30min, na Estrada da Lagoinha, próxima à linha ferroviária, no município de Aparecida do Taboado-MS, foi surpreendido portando arma de fogo de uso permitido, do tipo espingarda, calibre 22, da marca Marlin, n. 9356082, com luneta, na cor preta, além de 44 (quarenta e quatro) munições intactas do mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Irresignado com a apreensão da arma referida, o recorrente postulou junto ao juízo *a quo* a sua restituição, que restou indeferida sob os seguintes termos:

> *" (...) não é possível a liberação do bem, porquanto, em casos tais, em eventual sentença condenatória, é revertida em favor da União, posto que o porte da arma, em tese, configurou um ilícito penal, (CP, artigo 90, inciso I, alínea "a").*
>
> *Portanto, só demonstrando o requerente que, na época dos fatos, detinha porte de arma de fogo nos termos da lei seria possível a liberação da arma aprendida, sendo que, para tanto, não basta mero certificado de registro.*
>
> *Diante do exposto, com o parecer ministerial, com fulcro no artigo 90, inciso I, alínea a do Código Penal, INDEFIRO o pedido de restituição de coisa apreendida ora formulado por Jonatas Moris Alexandre, já qualificado, em relação à arma de fogo, tipo carabina, marca Marlin, modelo 60 s., aprendida em função de suposta prática do delito previsto no artigo 14 da Lei n.º 10.826/203, ora em apuração nos Autos n.º 001607-83.201".*

Irretocável a decisão singela.

Anota-se, de início, que embora o requerente tenha comprovado o registro do respectivo artefato – vide documentação a f. 11-3 – quando de sua apreensão não possuía o devido porte, ou seja, não poderia transportá-la para fora de sua residência.

Ademais, embora tenha afirmado que a arma era utilizada para a prática esportiva, eis que filiado ao Clube de Caça e Tiro da cidade de Ilha Solteira-SP, verifica-se dos documentos acostados (a f. 13), que

a arma não possuía registro para estes fins e tampouco houve a apresentação do devido porte de trânsito (documento expedido pelo Comando do Exército) para o transporte de armas por colecionadores, atiradores e caçadores. Nesse sentido dispõe o art. 30 da Lei 10.826/03, *verbis:*

> *"Art. 30.* ***As agremiações esportivas*** *e as empresas de instrução de tiro,* ***os colecionadores, atiradores e caçadores serão registrados no Comando do Exército****, ao qual caberá estabelecer normas e verificar o cumprimento das condições de segurança dos depósitos das armas de fogo, munições e equipamentos de recarga.*
>
> ***§ 1º As armas pertencentes às entidades mencionadas no caput e seus integrantes terão autorização para porte de trânsito (guia de tráfego) a ser expedida pelo Comando do Exército."*** *(Original não destacado).*

Por fim, como acima anotado, o recorrente foi denunciado pelo porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, cujo processo encontra-se ainda em trâmite, o que torna impossível a restituição de referida arma, porquanto interessa ao processo, nos termos dispostos pelo artigo 118 do CPP:

> *"Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo."*

Destarte, diante do fato de a ação penal nº 0001607-83.2011 ainda estar em trâmite, considero prematura a restituição da arma de fogo apreendida.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

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, 03 de setembro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0000399-59.2015.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CONTRAVENÇÃO PENAL – PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA SUBSIDIARIEDADE – DECISÃO MANTIDA – PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE NÃO AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

A missão do direito penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.[1]

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito. Mas não é só. Ao operador do direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador.

É utilizado para amparar a corrente do direito penal mínimo. Vale ressaltar, contudo, que a compreensão daquilo que se entende por intervenção mínima varia de acordo com as correntes penais e com a interpretação dos operadores do direito.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, a atuação do direito penal é cabível unicamente quando os outros ramos do direito e dos demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública.

Em outras palavras, o direito penal funciona como um executor de reserva, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. Caso não seja necessário dele lançar mão, ficará de prontidão, aguardando ser chamado pelo operador do direito para, aí sim, enfrentar uma conduta que coloca em risco a estrutura da sociedade.

Diante desse contexto, com vistas às particularidades da hipótese dos autos, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto, mantendo inalterada a decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

1 HC 50.863/PE.

Campo Grande, 30 de julho de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido G. S. do N. (fls. 47-51).

Sustenta, em síntese, o órgão acusador recorrente que a vítima sentiu-se consternada. Que o ato praticado pelo recorrido foi relevante e perturbador e que somente a ofendida pode dizer se a conduta do outro a abalou e a perturbou. Que a conduta descrita na inicial goza de tipicidade material.

Por isso, pugna pela reforma da sentença, para o fim de receber a denúncia e processar o feito.

O magistrado manteve a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos. (fl. 52).

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo parecer de fls. 58-62, manifestou-se, opinando pelo provimento do recurso ministerial interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido G. S. do N. (fls. 47-51).

> *Narrou a denúncia que, "01. No dia 14 de dezembro de 2014, por volta de 20h25min, o denunciado, por acinte, perturbou a tranquilidade de sua ex-esposa F. G. do A., enviando-lhe, por meio do aplicativo WhatsAPP, inúmeras fotografias (fls. 14/20), que mostravam o autor mantendo relações sexuais com outra pessoa.*
>
> *02. De se ressaltar que o autor e vítima conviveram juntos por 07 (sete) anos e possuem 02 (dois) filhos em comum, sendo que a filha do casal de cinco anos de idade, manuseia frequentemente o celular. No dia citado, embora separados há cerca de um ano, autor e ofendida haviam conversado normalmente pela manhã; porém, no período noturno, o indiciado remeteu tais mensagens ofensivas e acintosas para o telefone da ex, inclusive arriscando que sua filha pequena visse as pornográficas fotografias."*

Diante desses fatos, o acusado foi denunciado pela prática da contravenção penal prevista no art. 65, do Decreto-Lei nº 3.688/41, com incidência da Lei 11.340/2006.

Seguindo sobreveio a decisão ora desafiada que se deu nos seguintes termos:

> *"Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra G. S. do N., imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 65 do Decreto-lei 3688/41 (perturbação da tranquilidade), sob o fundamento de que o denunciado, no dia 14 de dezembro de 2014, enviou à vítima, sua ex-companheira, fotos dele mantendo relação sexual contra outra pessoa. Ouvido pela autoridade policial, disse o denunciado que o fez para provocar ciúme na vítima.*

É o relato. DECIDO.

Analisando os autos, entendo que o fato praticado carece de tipicidade material. Não houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado – a tranquilidade da vítima. O denunciado praticou um fato isolado, mandando suas próprias fotos à vítima, ambos maiores de idade.

À luz do princípio da intervenção mínima, penso que fatos dessa natureza devam ser resolvidos na seara cível, via tutela inibitória, se for o caso, mas, jamais, pelo direito penal, o Soldado de Reserva, na expressão de Hungria.

Com tais razões, rejeito a denúncia."

Contra a rejeição da denúncia, se insurge o órgão acusador.

Sustenta, em síntese, o órgão acusador recorrente que a vítima sentiu-se consternada. Que o ato praticado pelo recorrido foi relevante e perturbador e que somente a ofendida pode dizer se a conduta do outro a abalou e a perturbou. Que a conduta descrita na inicial goza de tipicidade material.

Por isso, pugna pela reforma da sentença, para o fim de receber a denúncia e processar o feito.

Ainda que sucintamente, a decisão combatida foi fundamentada e, com vistas ao princípio da intervenção mínima, diante das peculiaridades do caso em exame, mantenho a rejeição da denúncia. Vejamos:

A doutrina nos orienta que[2], "*No campo penal, o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. O Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana*".

Para enfrentar esse problema, estatui a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico. (grifo meu).

E, nesse contexto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A missão do direito penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.[3]

A intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do direito. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do direito.

Mas não é só. Ao operador do direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador. (grifo meu).

2 Cleber Masson. **Direito Penal esquematizado.** 7ª ed. p. 40-41.

3 HC 50.863/PE.

É utilizado para amparar a corrente do direito penal mínimo. Vale ressaltar, contudo, que a compreensão daquilo que se entende por intervenção mínima varia de acordo com as correntes penais e com a interpretação dos operadores do direito.

Confira-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhe sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.*[4]

E continua ainda nos orientando a doutrina e a jurisprudência:

> "Destarte, pode-se afirmar que, em razão de seu caráter fragmentário, o Direito Penal é a última etapa de proteção do bem jurídico. Para o Superior Tribunal de Justiça:
>
> *A missão do direito penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.*[5]
>
> *(...)*
>
> *De acordo com o princípio da subsidiariedade, a atuação do direito penal é cabível unicamente quando os outros ramos do direito e dos demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública.*
>
> *Em outras palavras, o Direito Penal funciona como um executor de reserva, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. Caso não seja necessário dele lançar mão, ficará de prontidão, aguardando ser chamado pelo operador do Direito para, aí sim, enfrentar uma conduta que coloca em risco a estrutura da sociedade. (grifo meu)*
>
> *(...)*
>
> *Este princípio, ao contrário do postulado da fragmentariedade, se projeta no plano concreto, isto é, em sua atuação prática o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico.*
>
> *Guarda relação, portanto, com a tarefa de aplicação da lei penal. Em outras palavras, o crime já existe, mas, no plano da realidade, o tipo penal não pode ser utilizado, pois, nesta hipótese, não há legitimidade na atuação do Direito Penal." (grifo meu).*

Diante desse contexto, o recorrido foi denunciado porque teria enviado por meio do WhatsApp, inúmeras fotografias que mostravam o autor mantendo relações sexuais com outra pessoa.

4 HC 92.463/RS.

5 HC 50.863/PE.

Verifica-se dos autos que o recorrido e a vítima conviveram juntos por 07 (sete) anos e possuem 2 (dois) filhos em comum.

Consta dos autos que no dia dos fatos, o recorrido e a vítima, em relação amistosa, segundo se percebe dos autos de inquérito e das declarações da vítima, mantiveram contato:

> *"Conversei com ele por mensagem do whatsapp o dia todo, ele me deu "bom dia" as 09;59. Dai conversamos e trocamos fotos sobre o que estávamos fazendo e fizemos no dia anterior. E ele mandou várias fotos sobre o que ele estava fazendo também. Quando acordei tinha uma mensagem dele "vc quer ver o que os outros fazem que vc não faz pra mim?" e em sequencia 10 fotos do pinto dele em outra mulher".*

Anote-se que as fotos foram enviadas por meio do aplicativo "WhatsApp".

Como bem se sabe, por uma experiência comum, essas fotos podem ser livremente apagadas pela vítima, sem sequer ter conhecimento dos seus conteúdos, até mesmo porque foram em número de 10 (dez), como a própria vítima relata em seu termo de declaração.

Por liberalidade e sobre o controle da vítima, ela nem sequer poderia ter visto as referidas fotos.

Segundo a denúncia, a perturbação da tranquilidade da vítima, adveio do risco da filha pequena ver as fotos pornográficas.

No entanto, de fato, como asseverou o julgador, nesse ponto, "*Não houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado*."

Anote-se, que a filha da vítima não viu as fotos. O risco do manuseio do celular pela filha pequena da vítima antes que a vítima visse não aconteceu e pode ser evitado, nos dias modernos, como bem se sabe, com o bloqueio, mediante senha.

Não se pode perder de vista ainda que o recorrido e a vítima mantiveram um contato amistoso durante aquele dia e, por fim, o recorrido mandou fotos dele com outra pessoa em cenas pornográficas à vítima.

Por certo, como dito pelo julgador "*O denunciado praticou um fato isolado*". Não existem registros de outras condutas pelo denunciado. E, se existissem, por certo, no plano civil, poderia a vítima se valer de uma tutela inibitória para por fim as reiteradas condutas.

Caso persistissem essas condutas, perturbando a tranquilidade da vítima, potencialmente, o direito penal deveria coibir, processando o denunciado e, se demonstrada a violação ao bem tutelado, condenado.

Entretanto, a hipótese dos autos não admite essa intervenção, pelas circunstâncias acima apontadas.

Aliás, em julgamento do recurso de *Habeas Corpus* nº 197.601/RJ, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que:

> *"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ÁGUA VITIMANDO A COMPANHIA DE ABASTECIMENTO. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COLORIDO MERAMENTE CIVIL DOS FATOS. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE. 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. In casu, tendo-se apurado, em verdade,*

apenas um ilícito de colorido meramente contratual, relativamente à distribuição da água, com o equacionamento da quaestio no plano civil, não se justifica a persecução penal. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro."[6] *(grifo meu).*

Desse modo, com vistas aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, mantenho a decisão que rejeitou a denúncia.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto, mantendo inalterada a decisão recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 30 de julho de 2015.

***

6_HC 197.601/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma, noticiado no Informativo 496.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001248-40.2011.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ABANDONO MATERIAL – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NEGATIVA – CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME MANTIDOS COMO NEUTROS – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DAS AGRAVANTES PREVISTAS NO ART. 61, II, "E" E "F", DO CP – *QUANTUM* DA MAJORANTE DO CONCURSO FORMAL – MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Verificado que a agente possui somente uma circunstância judicial negativa, ou seja, consequências do crime, deve-se majorar sua pena-base.

Inexistindo fundamentação concreta para sopesar como negativas as circunstâncias da culpabilidade, personalidade e motivos do crime, devem ser mantidas como neutras.

Não há falar em reconhecimento das agravantes previstas nas alíneas "e" e "f" do inciso II do art. 61 do Código Penal se configuraria *bis in idem* com o crime no qual a agente restou condenada (abandono de incapaz).

Deve ser mantido o patamar de incidência da majorante do concurso formal se fixada de forma proporcional e em atendimento aos ditamos legais previstos no art. 70 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 unanimidade, prover em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de junho de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual recorre da sentença que condenou L. T. à pena de 01 ano e 03 meses de detenção e 01 salário mínimo de multa, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 244 (abandono de incapaz, por três vezes) do Código Penal (fls. 130-135).

Pede o aumento da pena-base da apelada, reconhecendo como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade, motivos e consequências do crime, bem como o reconhecimento das agravantes previstas nas alíneas "e" e "f" do inciso II do art. 61 do Código Penal. Por fim, pede o

aumento do *quantum* de incidência da majorante do concurso formal para próximo da ½, considerando que a apelada, mediante sua ação, cometeu três crimes, sendo que as vítimas eram seus filhos, todos crianças (fls. 145-158).

A defesa, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso ministerial (fls. 164-169).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 175-179).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

> *"Segundo consta no caderno indiciário anexo, no dia 18 de fevereiro de 2011, a denunciada L. T. se dirigiu ao encontro de M. E. dos S., na casa desta, localizada na Rua Dolores Terezinha Milani, 92, nesta cidade.*
>
> *Naquele local, a denunciada solicitou que M. cuidasse de seus filhos R. T., H. T. e C. V. T., com, respectivamente, 10, 8 e 4 anos de idade na época dos fatos, por 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias, uma vez que necessitava viajar, mas faria o depósito dos valores necessário para o sustento dos menores.*
>
> *Sucede que, passado esse período, a denunciada foi procurada por M., por mais de uma vez, e ela fez, aproximadamente, três depósitos de valores ente R$ 50,00 (cinquenta reais) e R$ 100,00 (cem reais), que eram insuficientes para a manutenção dos seus 3 (três) filhos, e argumentou que logo voltaria.*
>
> *Todavia, depois de aproximadamente 2 (dois) meses, deixou completamente, sem qualquer justa causa, já que estava trabalhando em outras regiões do Estado, de prover a subsistência de H., H. e V.*
>
> *Por esse motivo, no dia 9 de abril de 2011, o menor R. T. foi encontrado no banheiro público do local conhecido como "feirinha", localizado na avenida Marcelo Miranda Soares, bairro centro, nesta cidade, desacordado em razão de ter passado dois dias sem se alimentar.*
>
> *Ademais, mesmo após ter sido várias vezes procurada pelo Conselho Tutelar desta cidade, os 3 (três) menores de 18 (dezoito) anos foram para o programa de acolhimento institucional.".*

O órgão ministerial pede a majoração da pena-base da apelada, reconhecendo como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade, motivos e consequências do crime, bem como o reconhecimento das agravantes previstas nas alíneas "e" e "f" do inciso II do art. 61 do Código Penal. Por fim, pede o aumento do *quantum* de incidência da majorante do concurso formal para próximo da ½, considerando que a apelada, mediante sua ação, cometeu três crimes, sendo que as vítimas eram seus filhos, todos crianças.

O magistrado singular fundamentou a reprimenda da seguinte forma (fl. 134):

> *"Atento às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, passo a fixar a pena base do delito.*
>
> *Primeira fase*

A culpabilidade da acusada é normal para o delito em espécie, a ré não apresenta antecedentes; não há elementos para se aferir a conduta social e personalidade da agente; os motivos do crime são normais à espécie;

Quanto às circunstâncias e consequências não há o que se valorar, eis que são normais à espécie; inaplicável a consideração acerca do comportamento das vítimas.

Com base nisso fixo a pena-base em 01 (um) ano e multa de 01 (um) salário-mínimo.

Segunda fase

Não há atenuantes nem agravantes, de modo que fixo a pena-intermediária em 01 (um) ano e multa de 01 (um) salário-mínimo.

Terceira fase

Por fim, não há causa de diminuição, contudo incide no caso a causa de aumento prevista no art. 70 do Código Penal, consistente no concurso formal, conforme fundamentado acima, motivo pelo qual elevo em 1/4 a pena aplicada (três delitos).

Assim sendo, fixo a pena-definitiva da ré em 01 (um) ano e 03 (três) meses e multa de 01 (um) salário mínimo."

Verifica-se da fundamentação acima transcrita que a pena-base da apelada foi fixada no mínimo legal por ausência de circunstâncias judiciais negativas.

O MP entende que são negativas à apelada as circunstâncias da culpabilidade, personalidade, motivos e consequências do crime.

Pois bem.

A fundamentação trazida pelo Ministério Público Estadual, em suas razões recursais, buscando considerar também como negativas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e motivos do crime (fl. 152 e 153) se baseia em apontamentos inerentes ao tipo penal, não podendo prejudicar a apelada.

Por "personalidade", deve ser considerado *"o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa"*.[1]

De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, *"A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito."*[2]

Portanto, afirmar que a apelada possui personalidade negativa porque *"faz uso constante de drogas, como cocaína, maconha, trabalha em boates se prostituindo"* também não pode ser sopesado em seu desfavor.

Por fim, considero como negativa as consequências do crime, pois baseada em fatos concretos, prejudicando assim, a apelada: *"verifica-se que as crianças foram abrigadas, o filho mais velho passou a*

1 Ibid. Pág. 132.

2 HC 50.331/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550

usar drogas, tendo inclusive submetido a tratamento especializado em clínica de reabilitação de dependentes de drogas. Assim, verifica-se o quão grave foram as consequências do ilícito praticado por L., visto que elas, serão praticamente irreversíveis quanto ao filho R."

Ressalto que adequarei a pena de multa de ofício, pois fixada em patamar muito elevado e em desacordo com a pena-base, que foi aplicada no mínimo legal pelo magistrado *a quo*.

O apelante pugnou, ainda, pelo reconhecimento das agravantes previstas nas alíneas "e" (contra descendente) e "f" (com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas) do inciso II do art. 61 do Código Penal.

No entanto, tais agravantes não inerentes ao tipo penal em que a apelada restou condenada, ou seja, crime de abandono material, ou seja, *"Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos"* e, caso reconhecidas, gerariam *bis in idem*.

Por fim, mantenho o *quantum* de aumento do concurso formal, fixado em ¼, o qual entendo ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito. Como bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, *in verbis* (fl. 178):

> *"É certo que, quando da aplicação da referida causa de aumento, o magistrado deve analisar a quantidade de delitos perpetrados e as circunstâncias do caso em concreto, sendo que este detém discricionariedade para decidir o patamar a ser aplicado.*
>
> *Da análise dos autos, tem-se que não há qualquer tipo de omisão na sentença, uma vez que o magistrado de maneira discricionária, obedecendo aos ditames legais previstos no art. 70, do CP, e pautado pela proporcionalidade, bem ponderou as circunstâncias do presente caso, determinado um quantum permitido por lei e apto a reprimir e prevenir a prática delitiva.*
>
> *Deste modo, não há que se falar na reforma do quantum fixado para a majorante do concurso formal."*

Nova dosimetria da pena

Portanto, majoro a pena-base da apelada Luzia para 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, montante necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Não segunda fase, não há atenuantes, nem agravantes a sopesar.

Por fim, pela majorante do concurso formal, aumento a pena em ¼ (*quantum* fixado na sentença), totalizando 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e 16 (dezesseis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva neste patamar ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar, permanecendo inalterado o regime prisional aberto e a substituição da pena por duas restritivas, nos termos da sentença (fl. 135).

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial apenas para aumentar a pena-base da apelada, reconhecendo como negativa somente a circunstância das consequências do crime, tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e 16 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso. Decisão em parte com o parecer.

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, 29 de junho de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1405843-29.2015.8.12.0000 - Chapadão do Sul
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – IMPOSSIBILIDADE – SUBMISSÃO DO PACIENTE AO REGIME DOMICILIAR – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA.

1. A apreciação da questão atinente ao alegado excesso de prazo deve ser pautada pelos critérios da razoabilidade e, também, da proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível no âmbito do procedimento penal.

2. À luz do art. 318, II, do CPP, é admissível o cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar desde que o agente comprove, por prova idônea, que está extremamente debilitado por motivo de doença grave. Além disso, para a concessão dessa medida, é imprescindível que seja comprovada a incapacidade do estabelecimento prisional em suprir as necessidades médicas do interno. No caso, não há comprovação sobre qualquer uma dessas situações fáticas, o que desautoriza, portanto, a submissão do paciente ao regime domiciliar.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de junho de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

A Defensoria Pública Estadual impetrou o presente *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de Jonas Rodrigues de Almeida, almejando, basicamente, a revogação da prisão preventiva do paciente, ou, alternativamente, a submissão do paciente ao regime domiciliar. Apontou, como autoridade coatora, o magistrado da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS.

Sinteticamente, afirmou a impetrante, em suas razões, que, apesar de o paciente está preso há pouco mais de 8 (oito) meses, a instrução processual da ação penal da origem ainda não foi encerrada. Nesse contexto, afirmou que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, por excesso de prazo.

Além disso, sustentou que o paciente é portador de doença grave, o que afirmou reclamar a aplicação do regime domiciliar, até como forma de assegurar a continuidade do tratamento do paciente, que poderia ficar prejudicada pelo cárcere.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, no sentido de que seja declarada a revogação da prisão preventiva do paciente, ou, alternativamente, a submissão do paciente ao regime domiciliar e, como consequência, a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela jurisdicional de urgência.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 24-25).

A autoridade coatora prestou informações (fls. 30-31).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 33-36, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Jonas Rodrigues de Almeida, já qualificado nos autos, almejando, basicamente, a revogação da prisão preventiva do paciente, ou, alternativamente, a submissão do paciente ao regime domiciliar. Apontou, como autoridade coatora, o magistrado da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul/MS.

Analisando os autos, é possível observar que o paciente foi preso em flagrante (autos nº 0002113-85.2014.8.12.0046) e denunciado (autos nº 0002186-57.2014.8.12.0046), em continuidade delitiva (art. 71 do CP), pela prática de seis crimes de falsificação de documento público (art. 297 do CP). Isso porque, de acordo com a denúncia, em local, horário e datas não precisas, entretanto, durante os anos de 2012 a 2014, na cidade de Chapadão do Sul/MS, o paciente, ciente da reprovabilidade e da ilicitude de sua conduta, falsificou, no todo, seis documentos públicos, quais sejam as Carteiras Nacionais de Habilitação de José Nepomuceno da Silva Filho, Evanel Branquinho, Heraldo Ramos Ribeiro, Michael Reis Oliveira, Adriano Ferreira dos Santos e Ricardo Moreira da Silva.

Por decisão fundamentada, a autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em preventiva. Postulada a concessão do benefício da liberdade provisória, o pedido foi indeferido. Então, foi manejado o presente remédio constitucional, cujo objetivo, como dito, é a revogação da prisão preventiva do paciente, ou, alternativamente, a submissão do paciente ao regime domiciliar.

Sinteticamente, afirmou a impetrante, em suas razões, que, apesar de o paciente está preso há pouco mais de 8 (oito) meses, a instrução processual da ação penal da origem ainda não foi encerrada. Nesse contexto, afirmou que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, por excesso de prazo.

Além disso, sustentou que o paciente é portador de doença grave, o que afirmou reclamar a aplicação do regime domiciliar, até como forma de assegurar a continuidade do tratamento do paciente, que poderia ficar prejudicada pelo cárcere.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do presente remédio constitucional.

1. Do pedido de revogação da preventiva por excesso de prazo:

A princípio, é importante ressaltar que o legislador ordinário, ao tratar da prisão preventiva, não estabeleceu nenhum prazo para duração desse tipo de custódia cautelar. Como é cediço, a única disposição prazal acerca das prisões cautelares diz respeito à prisão temporária, modalidade que tem prazo de vigência

estabelecido em lei. Portanto, a segregação preventiva não é regida por qualquer prazo legal de duração, devendo, pois, ser mantida enquanto perdurarem os requisitos e fundamentos legais dessa medida.

Contudo, embora não esteja vinculada a qualquer prazo legal, a duração da prisão preventiva deve ser vista à luz do tempo necessário para conclusão da fase de instrução processual. Em outras palavras, a prisão preventiva passa a ser considerada ilegal se, não obstante presentes os respectivos requisitos legais, a fase de instrução do processo se alongar demasiadamente e de forma injustificada (entenda-se, por fato não imputado à defesa).

Justamente por isso é que se torna importante que a análise da legalidade da prisão preventiva, no curso do processo, seja feita de acordo com o lapso temporal despendido para a conclusão da fase de formação da culpa. Assim, configurado o excesso de prazo na instrução do processo, considerar-se-á ilegal a preventiva, reclamando-se, nessa hipótese, a revogação dessa segregação cautelar.

Com efeito, a apreciação da questão atinente ao alegado excesso de prazo deve ser pautada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível no âmbito do procedimento penal.

É certo que na seara dos processos judiciais de natureza penal, é necessário assegurar ao réu a garantia fundamental do devido processo legal, bem como toda a carga axiológica decorrente da observância desse preceito constitucional.

Justamente por isso, ou seja, à vista da necessidade desse garantismo visualizado no campo penal, é justificável que a marcha processual se alongue no tempo, porém, por um período que seja considerado "razoável" para a concretização do princípio do devido processo legal e de todos os seus consectários lógicos.

A propósito, à vista dessa necessidade de se estabelecer uma tramitação razoável do processo, o legislador ordinário fixou prazos legais para o exercício dos direitos e garantias fundamentais decorrentes do devido processo legal.

Entretanto, esses prazos indicados na legislação processual penal servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o excesso tão-somente pelas suas respectivas somas aritméticas, admitindo-se, em homenagem à proporcionalidade, certa variação, à luz das peculiaridades de cada caso concreto. Assim, o constrangimento deve ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário.

No presente caso, observa-se que o paciente, preso em flagrante no dia 15 de setembro de 2014, teve sua prisão preventiva decretada em 16 de setembro de 2014. A denúncia, oferecida em 30 de setembro de 2014, foi recebida em 1º de outubro de 2014. O paciente foi notificado (em 03.11. 2014) e ofereceu defesa preliminar (em 05.11. 2014). Atualmente, o processo aguarda a abertura da fase de instrução processual.

Portanto, à luz do panorama fático-processual acima exposto, pode-se verificar, com extrema clareza, que o feito, até a atual fase em que se encontra, teve regular e pronto andamento, não havendo notícias da ocorrência de suposta morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional, não havendo o que se falar em coação ilegal.

Na hipótese em tela, é importante anotar que estamos diante de uma ação penal que contém denúncia contra sete réus. A maioria dos denunciados residem (ou estão presos) em comarca distinta daquela por onde é processada a ação penal, situação que, a propósito, reclamou a expedição de diversas cartas precatórias para citação. E, como se sabe, a expedição de cartas precatórias é procedimento que demanda,

inexoravelmente, um breve elastecimento da marcha processual, principalmente pela necessidade de observância de determinadas formalidades legais intrínsecas ao fiel cumprimento desse ato.

Além disso, o paciente, no âmbito da ação penal judicial, está patrocinado pela Defensoria Pública Estadual, instituição que dispõe de prazo em dobro para manifestação nos autos, por força de expressa disposição legal, situação que labora, inevitavelmente, no elastecimento do prazo de duração do processo.

Outrossim, deve se ter em mente, à luz do cenário jurídico hodierno, o fato de que o exacerbado e excessivo número de demandas judiciais no âmbito das varas criminais do Poder Judiciário é fator preponderante, e que figura como elemento capaz de justificar eventual extensão do período temporal previsto para a conclusão da ação penal, devendo, portanto, ser sopesado no exame dessa alegação.

Assim, conclui-se que o prazo decorrido desde a prisão do paciente até então, ou seja, aproximadamente 9 (nove) meses, está dentro do critério da razoabilidade, respeitando, também, o princípio da proporcionalidade, de modo que não há qualquer excessividade desproporcional capaz de atribuir ilegalidade ao decreto prisional preventivo do paciente.

Portanto, não há falar em excesso de prazo, pelo que afasto tal alegação.

2. Do pedido de submissão do paciente ao regime domiciliar:

Nesse ponto, o argumento utilizado foi o de que o paciente está extremamente debilitado em virtude de patologia de natureza grave, além de ser amputado de uma perna. Diante disso, requereu a substituição da custódia preventiva por domiciliar, tudo com base no art. 318, II, do Código de Processo Penal.

Contudo, melhor sorte não ampara a defesa nesse ponto.

A prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da custódia cautelar, que possibilita ao agente, preso de forma preventiva (provisória), o cumprimento da medida em seu domicílio, recolhido no âmbito residencial. Trata-se, pois, de medida excepcional, especialmente porque o seu cumprimento dar-se-á sem qualquer vigilância do poder público.

As hipótese legais de cabimento da prisão domiciliar estão alinhavadas no art. 318 do Código de Processo Penal. Segundo a redação desse dispositivo legal, o magistrado poderá admitir o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar quando o agente for: (1) maior de 80 (oitenta) anos; (2) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (3) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e (4) gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. No entanto, para que seja admitida essa substituição, exigir-se-á prova idônea da existência efetiva de qualquer dessas situações (CPP, art. 318, parágrafo único).

Como relatado, a situação particular está amparada na hipótese do art. 318, II, do Código de Processo Penal. Postula-se pela submissão do paciente à prisão domiciliar, sob o fundamento de que ele, além de ser amputado de uma das penas, está extremamente debilitado por motivo de doença grave, necessitando, pois, de atendimento médico especializado, cuja concessão alega ser impossível no âmbito do estabelecimento prisional onde está sob custódia.

De acordo com os documentos que acompanharam o feito, é possível observar que, realmente, o paciente não está em perfeito estado de saúde e tem feito periódicos acompanhamentos médicos. Acontece que, de outro lado, não há nenhuma informação técnica no sentido de afirmar que os acompanhamentos médicos não possam ser dispensados ao paciente no âmbito do estabelecimento prisional onde está sob custódia do Estado.

Ademais, é de todo oportuno ponderar que caso necessário, o paciente poderá receber atendimento médico ambulatorial, com os respectivos acompanhamentos especiais, em estabelecimento médico fora da unidade prisional, para o que, obviamente, poderá ser encaminhado mediante escolta policial, na medida das disponibilidades legais.

Essas circunstâncias, segundo entendimento jurisprudencial dominante, afastam a possibilidade de submissão do paciente ao regime de prisão domiciliar. A endossar essa conclusão, destaco o seguinte julgado:

> *CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PLEITO DE CONVERSÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA EM DOMICILIAR. ARTS. 318 E 319 DO CPP. DOENÇA GRAVE. PRECARIEDADE DO ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE NÃO DEMONSTRADO.MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DE PROVA.IMPOSSIBILIDADE DE SEDE DE WRIT. CONCESSÃO DA BENESSE A SER ANALISADA PELO JUÍZO QUE DECRETOU A PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.I.* ***A jurisprudência desta Corte Superior admite, excepcionalmente, o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar, desde que comprovada a incapacidade do estabelecimento prisional em suprir as necessidades médicas do interno*** *(Precedente). II. Hipótese na qual a instância originária não reconheceu o preenchimento dos requisitos necessários para a conversão da custódia preventiva em recolhimento domiciliar, sendo que maiores incursões acerca do tema demandariam reexame do contexto fático-comprobatório, inviável na via do mandamus. III. O pleito defensivo foi deduzido apenas no bojo da ordem originária, embora a competência para a análise da possibilidade de substituição da custódia acautelatória por prisão domiciliar seja o Juízo que decretou a prisão do réu, nos termos da nova redação dos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei nº 12.403/11. IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.* (HC 220.882/PE, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012). *(Destaquei).*

Demais disso, é importante ressaltar que, a partir dos documentos juntados no processo, não há possibilidade de se aferir o atual estado de saúde do paciente, especialmente porque se tratam de documentos médicos emitidos há muito tempo, alguns deles, inclusive, há mais de quatro anos, razão pela qual não retrata a efetiva condição do paciente.

Por fim, não há qualquer comprovação no sentido de que a patologia portada pelo paciente possa atribuir risco à saúde e à incolumidade física dos demais detentos, principalmente porque não se trata de doença de natureza contagiosa.

Com base nesses elementos, pode-se concluir que o paciente não deve ser submetido ao regime de prisão domiciliar, tudo porque há possibilidade de que o estabelecimento prisional supra as suas necessidade médicas, situação que afasta a configuração da hipótese do art. 318, II, do Código de Processo Penal e, demanda, por consequência, a conservação da custódia preventiva, tal como estabelecida pela autoridade apontada como coatora.

Afasto, portanto, tal pretensão.

3. Do prequestionamento:

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

4. Do dispositivo:

Posto isso, com o parecer, denego a ordem impetrada neste *Habeas Corpus.*

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

É *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Jonas Rodrigues de Almeida apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul.

Alega em síntese que: a) está sofrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo, pois está preso há mais de 8 meses e ainda, a instrução processual não encerrou; b) é portador de doença grave e para assegurar a continuidade do tratamento requer a aplicação do regime domiciliar; c) o pedido de substituição da prisão preventiva em domiciliar foi indeferido pelo magistrado singular, embora com parecer favorável do Ministério Público.

O Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques denega a ordem.

Vou divergir para conceder parcialmente a ordem.

No entanto, considero que a prisão preventiva deve ser substituída por prisão domiciliar.

A Lei n. 12.403/2011, que entrou em vigor no dia 04.07.2011, deu nova redação aos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, admitindo a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva e indicando as hipóteses de cabimento, *in verbis*:

> *"Art. 317 - A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.*
>
> *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.*

Conforme ensina Aury Lopes Jr., "essa é uma prisão domiciliar por motivos pessoais do agente, de natureza humanitária, diversa, portanto, da medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V". (in Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, cap XV - destaquei).

Pois bem, no presente caso o paciente está acometido de doença grave (diabético), além de ter amputado o pé direito, circunstância que exige cuidados especiais, conforme atestado médico (p. 274).

Referida enfermidade, de natureza grave, é suficiente para demonstrar que encontra-se extremamente debilitado, autorizando a concessão da benesse nos termos do inciso II do artigo 318 do CPP e, especialmente, em atenção ao princípio da dignidade humana.

Cumpre recordar que a norma constitucional determina, ao estado e a seus agentes, o respeito efetivo à integridade física da pessoa sujeita à custódia do Poder Público (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). No mesmo sentido, o art. 40, da LEP, exige de todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Aliás, o direito à saúde vem reafirmado no art. 41, VII, do mesmo diploma legal.

Ademais, a medida processual substitutiva permite assegurar a manutenção das cautelas diversas da prisão, cujo bem jurídico relevante deve prevalecer e ser salvaguardado pelo Estado

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator para conceder parcialmente a ordem em favor de Jonas Rodrigues de Almeida, a fim de substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso II, do CPP, devendo o paciente manter-se recolhido em sua residência e se ausentar mediante autorização judicial (art. 317 do CPP), sob pena de revogação da medida e sem prejuízo de eventual reencarceramento, por meio de decisão fundamentada, caso situação de fato objetiva assim recomende.

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. Decisão com o parecer.

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, 08 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0001138-11.2010.8.12.0044 - Sete Quedas
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO - PRONÚNCIA - INSURGÊNCIA DEFENSIVA - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – DÚVIDA RAZOÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo plena certeza da existência de excludente de licitude, resta afastada a possibilidade de absolvição sumária.

Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria, compete ao juiz pronunciar o réu, submetendo-o ao julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

A desclassificação do crime de homicídio tentado para lesão corporal grave, na fase de pronúncia, exige-se comprovação inequívoca da ausência de *animus necandi*, inexistindo prova cabal nesse sentido, como no caso em concreto, não se pode subtrair do juízo natural a análise e julgamento do fato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 1º de setembro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Reinaldo Moreira interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de f. 104-108, que o pronunciou como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O recorrente em suas razões, às f. 133-136, pugna pelo reconhecimento da legítima defesa ou a desclassificação do crime para lesão corporal grave.

Contrarrazões pela manutenção da pronúncia às f. 138-148.

O juiz manteve a decisão impugnada em seus próprios termos à f. 149.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso às f. 153-158.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Reinaldo Moreira interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de f. 104-108, que o pronunciou como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Postula, em síntese, pelo reconhecimento da legítima defesa ou a desclassificação do crime para lesão corporal grave.

Todavia, não lhe assiste razão.

Observa-se dos autos que o juiz pronunciante, por entender restar comprovada a materialidade do delito, bem como existirem indícios suficientes de autoria, pronunciou o ora recorrente, a fim de submetê-lo a julgamento perante o Tribunal do Júri, pelo crime previsto no artigo 121, *caput*, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Como cediço a pronúncia se caracteriza por um exame superficial do elenco probatório e, nesse contexto, havendo dúvidas razoáveis quanto à versão defensiva, torna-se necessário sujeitar o réu a julgamento pelo soberano Tribunal Popular, em homenagem ao princípio *in dubio pro societate*.

> *Aliás, sobre o tema, "Fernando Capez, in Curso de Processo Penal, ensina: 'Na pronúncia, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito.* ***Restringe-se à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência. Na fase da pronúncia vigora o princípio do in dubio pro societate, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados****. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação.* (4ª edição, 1999, p. 548/549) *[...] – destaquei -*

De acordo com Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *"(...) Absolvição sumária: É a decisão de mérito, que coloca fim ao processo, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado. Ocorre quando o magistrado reconhece excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Os artigos mencionados no art. 411 do CPP (17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do CP) transformaram-se nos atuais arts. 20, 21, 22, 23, 26, caput e 28, § 1º, do Código Penal.* ***É preciso ressaltar que somente comporta absolvição sumária a situação envolvida por qualquer das excludentes supra-referidas quando nitidamente demonstradas pela prova colhida. Havendo dúvida razoável, torna-se mais indicada a pronúncia, pois o júri é o juízo competente para deliberar sobre o tema****. (...)". (Grifo nosso)*

Das provas colhidas nos autos extrai-se que há dúvidas sobre a alegada legítima defesa, não bastando para tal somente a palavra do acusado, sendo que a dúvida, nesta fase, resolve-se em favor da sociedade.

Retira-se do depoimento da vítima Donizete do Prado (f. 28-29), *in verbis:*

> *"(...) QUE, Luiz foi mexer com o fogão de barro, nisso o declarante se aproximou de Luiz e conversava com o mesmo falavam sobre serviço, o declarante disse que iria dar uma mão a Luiz para cobrir a cozinha, momento este que o declarante recebeu uma gravata pelas costas em ato continuo recebeu uma facada na altura do umbigo, nisso viu*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 698.

que a pessoa que lhe esfaqueou se tratava de 'Negão', ambos caíram ao chão, o mesmo disse 'eu vim de lá onde eu tava pra te matar, você matou meu irmão', o declarante lhe disse 'eu não matei o seu irmão', Negão lhe disse 'você pelo menos sabe quem matou', o declarante lhe disse, 'não sei, Negão estava por cima do declarante e tentava lhe desferir mais facadas(...)"

A testemunha presencial Luiz Carlos Martinez, por sua vez, ponderou às f. 23-27:

"(...) QUE, passado uns quinze minutos, chegou a pessoa de Dioni na cozinha, nada disse, se aproximou de Negão, nisso o depoente estava agachado e rebocando o fogão, não percebeu se Dioni disse algo a Negão, o mesmo ainda ofereceu uma cerveja a Dioni, visto que estava com algumas latas em uma sacola; QUE, Negão continuou conversando normalmente com o depoente, Dioni estava quieto, quando sem menos esperar o depoente só ouviu o barulho, Dioni e Negão já estavam no chão em luta corporal, Dioni estava com uma faca na mão, na luta deixou a faca escapar, nisso Negão se aponderou da faca e desferiu dois golpes de faca contra Dioni, lhe acertando, Negão com uma das mãos pegou o pescoço de Dioni e iria cortar o pescoço de Dioni, e disse a este 'você quem matou meu irmão' Dioni disse 'eu não tenho culpa, foi a Neguinha quem mandou matar o Birigui', nisso o depoente vendo que Negão iria cortar o pescoço de Dioni o tirou de cima de Dioni, ainda Negão desferiu mais uma facada contra as costas de Dioni, que saiu correndo(...)"

Desta forma, por meio do conjunto probante coligido no caderno processual, observa-se que há indícios que o delito foi praticada nos termos narrados na peça acusatória, razão pela qual outro caminho não há senão manter a decisão de pronúncia.

Por oportuno:

"Incabível a excludente de ilicitude da legítima defesa quando seus requisitos não se encontrarem evidenciados de plano. Recurso não provido. (TJAP – RSE 0016248-73.2006.8.03.0001 – C.Única – Rel. Des. Carmo Antônio – DJe 15.03.2010 – p. 25)"

Ainda, no escólio de Guilherme de Souza Nucci:

"A possibilidade de o magistrado togado evitar que o processo seja julgado pelo Tribunal Popular está de acordo com o espírito da Constituição, visto ser a função dos jurados a análise de crimes contra a vida. Significa que a inexistência de delito faz cessar, incontinenti, a competência do juri. Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu, da falta de culpabilidade ou da inexistência do fato ou de prova da autoria, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim e a instrução realizada em juízo seria totalmente despicienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas que for, por dúvida intransponível, um crime doloso contra a vida."[2]

Igualmente, incabível o pedido de desclassificação do delito para lesão corporal grave, porquanto existem indícios de que o recorrente atingiu a vítima próxima ao pescoço e ao abdômen, assumindo o risco de produzir o resultado morte.

Reconhecendo-se que a pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação restringindo-se o magistrado de 1º grau à verificação da presença do *fumus comissi delicti*, concluo que a matéria deve ser submetida, em sua amplitude, à apreciação do juízo constitucionalmente estabelecido, qual

2 *in* **Código de Processo Penal Comentado**, Editora Revista dos Tribunais, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, 2008, p. 746.

seja, o Tribunal do Júri, oportunidade em que, de forma soberana, decidirá o Conselho de Sentença após o confronto exaustivo das versões sobre os fatos em apuração.

Ante o exposto, com o parecer, voto pelo improvimento do presente recurso em sentido estrito interposto por Reinaldo Moreira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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, 01 de setembro de 2015.

***

Seção Criminal
Agravo Regimental n. 0003878-45.2013.8.12.0008/50001 - Corumbá
Relator Des. Manoel Mendes Carli

AGRAVO REGIMENTAL – VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS" – CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ART. 184, § 2º, DO CP) – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APELO DO MPE PROVIDO POR MAIORIA – NEGATIVA DE SEGUIMENTOS AOS EMBARGOS INFRINGENTES – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

Não há como prevalecer a decisão de absolvição sumária da embargante, acusada da prática do delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, pois além do desvalor da conduta, com prejuízo à indústria fonográfica e ao Fisco, a apreensão de 300 mídias "pirateadas" demonstra que não há valor bagatelar, bem como, *"A Terceira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp. n. 1.193.196/MG, firmou o entendimento de que não se aplicam os princípios da adequação social e da insignificância ao mencionado crime"*. (STJ. AgRg no REsp 1458252/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015).

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, negar provimento ao regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausente, justificadamente, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 12 de agosto de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Silvia Eugenia Canaza Jarro contra a decisão monocrática de f.20-27 que, nos termos do artigo 557, *caput,* 2ª e 4ª figuras do Código de Processo Civil negou seguimento a seus embargos infringentes.

Para tanto, afirma que o presente agravo tem como intuito o esgotamento da matéria para interposição de recurso aos Tribunais Superiores. Entende que é cabível a aplicação do princípio da insignificância no caso do delito previsto no artigo 184, §2º, do Código Penal.

Pugna pela reconsideração da decisão e, caso não seja o entendimento, pelo processamento dos embargos infringentes.

Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Silvia Eugenia Canaza Jarro contra a decisão monocrática de f. 20-27 que, nos termos do artigo 557, *caput,* 2ª e 4ª figuras do Código de Processo Civil negou seguimento a seus embargos infringentes.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual denunciou Silvia Eugenia Canaza Jarro como incursa nas penas do artigo 184, §2º, do Código Penal, pois a mesma foi flagrada, no dia 11 de setembro de 2012, por volta das 11 horas, na Rua conde Azambuja-Centro, em Ladário vendendo 300 (trezentos) CDs e DVDs diversos (f.01-03).

Consta no Inquérito Policial, referidas mídias eram "pirateadas", sendo que a Sílvia afirmou que comprava cada um por R$ 1,00 e revendia por R$ 3,00 (f.11).

Pelo juízo da 2ª Vara Criminal de Corumbá-MS rejeitada a denúncia, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, ante a aplicação do princípio da insignificância (f. 31-34), razão da insurgência do Ministério Público Estadual, que interpôs recurso de apelação (f. 36-43).

O apelo do Ministério Público Estadual foi provido por maioria (f. 74-78), pela 2ª Câmara Criminal, para o fim de que a denúncia formulada em desfavor Sílvia seja recebida, possibilitando-se o regular prosseguimento do feito, nos termos do relator, Des. Carlos Eduardo Contar, vencido o 1º Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que negava provimento ao recurso do Ministério Público Estadual e mantinha aplicação do princípio da insignificância, razão da interposição de embargos infringentes, cujo seguimento foi negado por este relator, por ser manifestamente improcedente e está o recurso em confronto com jurisprudência dominante do STF e do STJ.

Pois bem. Não há como aplicar o princípio da insignificância no caso concreto, uma vez que o valor do lucro a ser obtido com a venda dos CDs e DVS não revela ser bagatelar.

As mídias eram "pirateadas" e Sílvia afirmou que comprava cada um por R$ 1,00 e revendia por R$ 3,00 (f.11), ou seja, de uma conta simples, o lucro era de R$ 2,00, sendo assim, com a venda de 300 DVDs/CDs obteria R$ 600,00 (salário mínimo em 2012: R$ 622,00/Decreto 7.655/2011, DOU 26/12/2011).

Além de tal valor não ser bagatelar e do evidente desvalor da conduta, de acordo com a Súmula 502, do STJ- *"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. (Súmula 502, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013)".*

Insta ainda consignar que o Supremo Tribunal Federal- HC 118.322/MS - afastou a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no delito no artigo 184, §2º, do Código Penal, curiosamente o processo originário referia-se a prática delitiva em região próxima ao Camelódromo de Campo Grande-MS:

> *Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ART. 184, § 2º, DO CP). VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". PACIENTES ABSOLVIDOS COM RESPALDO NO ART. 397, III, DO CP. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO A FIM DE DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS NA VIA EXTRAORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA. OFENSA AO*

> *PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a "pirataria", e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos. 4. In casu, a conduta dos pacientes amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, uma vez foram identificados comercializando mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). 5. O exame da prova distingue-se do critério de valoração da prova. O primeiro versa sobre mera questão de fato; o segundo, ao revés, sobre questão de direito. Precedentes: RE 99.590, Primeira Turma, Relator o Ministro Alfredo Buzaid, DJ de 06.04.84; RE 122.011, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17.08.90, e HC 96.820, Primeira Turma, de que fui Relator, DJ de 19.08.11. 6. Os recursos de natureza extraordinária são examinados a partir do quadro fático delineado soberanamente pelo Tribunal a quo na apreciação do recurso de ampla cognição, como é, por excelência, a apelação. 7. In casu, o Superior Tribunal de Justiça não alterou o panorama fático-probatório, mas apenas procedeu à releitura da qualificação jurídica atribuída aos fatos considerados pela Corte Estadual no julgamento da apelação, decidindo ser inaplicável o princípio da insignificância na hipótese de crime praticado contra direitos autorais, sob o fundamento de 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". 8. A competência deferida pelo artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, ao Relator do processo para, monocraticamente, julgar recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não viola o princípio da colegialidade. Precedentes: HC 104.548, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 91.716, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º.10.10. 9. In casu, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão do Relator do STJ que deu provimento ao recurso especial. Ademais, a matéria objeto desta impetração foi apreciada pelo colegiado daquela Corte Superior quando do julgamento do agravo regimental interposto contra a referida decisão monocrática. 10. Ordem denegada.* (STF. HC 118322, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, Processo Eletrônico DJe-224 Divulg 12-11-2013 Public 13-11-2013)

A jurisprudência já se encontra sedimentada no âmbito do STF e do STJ no sentido de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância no caso do delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO DE CDS E DVDS FALSIFICADOS. PERÍCIA REALIZADA POR AMOSTRAGEM. LEGALIDADE. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. A perícia realizada por amostragem e mediante a análise das características externas dos CDs e DVDs apreendidos mostra-se suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2°, do Código Penal, sendo prescindível*

o exame e a descrição individualizada de cada um dos produtos apreendidos em poder do agente.2. A Terceira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp. n. 1.193.196/MG, firmou o entendimento de que não se aplicam os princípios da adequação social e da insignificância ao mencionado crime. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no REsp 1458252/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015)

Mesmo sentido: STJ. AgRg no REsp 1521258/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 02/06/2015.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO 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, sendo considerada típica a conduta Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no REsp 1435885/MG, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 17/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S E DVD'S FALSIFICADOS. LAUDO PERICIAL. COMPROVAÇÃO DA FALSIFICAÇÃO. MEDIDA SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO E DOS AUTORES PARA AFERIÇÃO DE OFENSA AOS DIREITOS AUTORAIS. MATERIALIDADE RECONHECIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. A orientação pacificada deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "Comprovada a materialidade do crime previsto no § 2º do artigo 184 do Código Penal por meio da perícia que atestou serem falsificados os cd's e dvd's apreendidos com o paciente, mostra-se totalmente dispensável e irrelevante a inquirição dos produtores das mídias a partir das quais teriam sido feitas as cópias com ele encontradas para confirmarem que seus direitos autorais teriam sido violados" (HC 191.568/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013).2. No caso, a exposição à venda de 292 (duzentos e noventa e dois) CDs e 432 (quatrocentos e trinta e dois) DVDs falsificados demonstra a existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1453802/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ART. 184, § 2º, DO CP). VENDA DE CDS E DVD'S PIRATAS. PACIENTE ABSOLVIDO PELO TJMG. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I. Ao contrário do quanto alegado na inicial, a decisão da ministra relatora do STJ, que deu provimento monocraticamente ao Recurso Especial, para reconhecer a materialidade do delito e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que examine as demais questões, apenas revalorou os fatos. Não há falar, assim, em indevido revolvimento do contexto fáticoprobatório, mas em mera "releitura da qualificação jurídica atribuída aos fatos". Precedente: HC 118.322/ms, Rel. Min. Luiz fux, primeira turma. II. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, desconstituir-se o laudo pericial que atestou a falsidade dos cds e dvds apreendidos, sob pena de, nessas circunstâncias, incorrer-se em indevida reapreciação do conjunto probatório. A conduta do paciente amolda-se, em tese, ao tipo previsto no

art. 184, § 2º, do Código Penal, uma vez que foi identificado comercializando mercadoria pirateada. Precedente: HC 118.265/mg, Rel. Min. Dias toffoli, primeira turma. III. Ordem denegada. (STF; HC 121.355; MG; Segunda Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 06/05/2014; DJE 26/05/2014; Pág. 56)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 283/STF. INAPLICABILIDADE. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. VENDA DE CDS E DVDS "PIRATAS". CONDUTA TÍPICA MATERIALMENTE. PRECEDENTES DO STF E STJ. SÚMULA 502/STJ. I- É inaplicável ao caso o óbice da Súmula 283/STF, uma vez que o acórdão recorrido restou assentado nos princípios da insignificância e da adequação social, fundamentos amplamente rebatidos no Recurso Especial. II- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta de quem expõe à venda CDs e DVDs "pirateados", prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, afastando a aplicação do princípio da adequação social ou da insignificância. Entendimento pacificado pela 3ª Seção desta Corte, nos autos do REsp n. 1.193.196/MG e mediante a edição da Súmula 502/STJ. III- É desnecessária a análise dos aspectos internos do material apreendido, bastando que os exames técnicos concluam que ele não possui características de fabricação comuns aos utilizados no padrão de confronto, sendo, portanto, falso. Precedentes. IV- Agravo Regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1351683/SE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. - A eg. Terceira Seção, no julgamento do REsp. 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, sendo considerada típica a conduta - In casu, em que pese o acórdão recorrido considerar como pequena a quantidade de mídias, a tipicidade restou configurada, ante a comprovação por meio de laudo pericial constatando a falsidade dos CD's e DVD's apreendidos, sendo a conduta de relevância jurídico-social.Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 282.676/AC, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 16/05/2014)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS (CRFB, 102, II, A). CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL CP, ART. 184, §2º). VENDA DE CDS E DVD'S PIRATAS. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a "pirataria", e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao fisco pela burla do pagamento de impostos. 4. In casu, a conduta da recorrente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, uma vez foi identificada comercializando mercadoria pirateada (100 cd's e 20 dvd's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF; HC-RO 115.986; ES; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 14/08/2013; DJE 16/08/2013; Pág. 41)

Portanto, inaplicável no caso concreto o princípio da insignificância.

Ante o exposto, voto pelo improvimento do agravo regimental interposto por Silvia Eugenia Canaza Jarro.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (3º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (4º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (5º Vogal)

Vou divergir do e. relator para dar provimento ao presente agravo regimental.

Inicialmente, cumpre mencionar a matéria embora pacificada nas instâncias superiores, não está totalmente pacificada perante esta Egrégia Seção Criminal, pois este julgador, assim como o e. Des. Ruy Celso B. Florence, que proferiu o voto divergente do âmbito do recurso de apelação criminal, dando origem aos embargos infringentes, entendemos que o princípio da insignificância é plenamente aplicável em tais casos.

Ademais, no tocante ao requisitos para admissibilidade dos embargos infringentes, dispõe o art. 609, § único, do CPP:

> *"Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. (Incluído pela Lei n. 1.720-B, de 3.11.1952)"*

Logo, no presente caso, estão presentes todos os requisitos necessários para a admissibilidade dos embargos infringentes.

Por todo exposto, dou provimento ao presente agravo regimental para fazer processar e julgar os embargos infringentes perante esta Egrégia Seção Criminal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (6º Vogal)

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao regimental, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausente, justificadamente, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 12 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0042158-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – FIANÇA – QUEBRAMENTO – CPP, ART. 341, V – OITIVA PRÉVIA DO RÉU – DESNECESSIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A prática de outra infração penal pelo réu, de que resultou sua prisão em flagrante, na vigência da fiança, tem por consequência a declaração judicial de quebra da medida outorgada, sendo a oitiva prévia do acusado mera possibilidade aberta ao magistrado, acaso surjam dúvidas quanto ao novo crime praticado, o que não ocorreu no caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 4 de agosto de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jefferson Souto de Freitas, contra a decisão de f. 49-52, que julgou quebrada a fiança recolhida por este, nos termos do artigo 341, inciso V, do Código de Processo Penal.

O recorrente em suas razões (f. 61-65), requer a declaração de nulidade da decisão, argumentando que houve violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não foi assegurado responder ao pedido de quebramento da fiança elaborado pelo órgão acusador.

Contrarrazões pela manutenção da pronúncia em todos seus termos (f. 67-70).

Em decisão proferida à f. 71, foi mantida a pronúncia pelo magistrado *a quo* nos seus exatos termos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 77-83).

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jefferson Souto de Freitas, contra a decisão de f. 49-52, que julgou quebrada a fiança recolhida por este, nos termos do artigo 341, inciso V, do Código de Processo Penal.

Postula, em síntese, pela declaração de nulidade da decisão julgou quebrada a fiança recolhida pelo recorrente, *ex vi* do artigo 341, inciso V, do Código de Processo Penal.

O recurso deve ser improvido.

Consoante bem consignado pelo *Parquet*, em suas contrarrazões, para a quebra da fiança, a oitiva prévia do acusado é mera possibilidade aberta ao magistrado, acaso surjam dúvidas quanto ao novo crime praticado, o que não ocorreu no caso concreto, porquanto houve o oferecimento de denúncia (autos nº 00081-85.2015.8.12.0019) e, ao decretar a prisão preventiva, o juízo *a quo* não se limitou a regredir o cárcere, havendo devidamente motivado o decreto no descumprimento de cautelar antes imposta e na presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*.

No escólio de Renato Brasileiro de Lima[1]:

> *"(...) Antes de decretar o quebramento, é plenamente possível que o juiz intime a parte para que possa justificar, nos termos do art. 282, §3º, do CPP(...)"*

Nesse sentido, ainda, eis o precedente julgado:

> *"PROCESSO PENAL - FIANÇA - QUEBRAMENTO - ART-341, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OITIVA PREVIA DO REU. DESNECESSIDADE. 1. A PRATICA DE OUTRA INFRAÇÃO PELO REU, DE QUE RESULTOU SUA PRISÃO EM FLAGRANTE, NA VIGENCIA DA FIANÇA, TEM POR CONSEQUENCIA A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE QUEBRA DA MEDIDA OUTORGADA. 2. A MINGUA DE DISPOSIÇÃO LEGAL, NÃO E NECESSARIA A OITIVA PREVIA DO REU SOBRE O QUEBRAMENTO DA FIANÇA.* TRF-4 - REOCR: 5709 RS 95.04.05709-8, Relator: IVO TOLOMINI, Data de Julgamento: 14/03/1995, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/03/1995 PÁGINA: 15152".

Some-se a isso, o recorrente tinha total conhecimento de suas obrigações, tendo sido pessoalmente advertido quando do cumprimento do Alvará de Soltura das condições de manutenção da liberdade e, uma vez incorrendo em novo delito, evidenciou não ser detentor do senso de responsabilidade necessário para a efetividade das medidas cautelares diversas.

Logo, havendo literal previsão legal de que a prática de novo delito doloso dá azo à quebra da fiança (CPP, art. 341, V), podendo acarretar, inclusive, o decreto de prisão preventiva (CPP, art. 343) e, que tal medida foi devidamente motivada, inexiste qualquer reparo a ser efetuado na r. decisão hostilizada.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso interposto por Jefferson Souto de Freitas.

1 *in* **Curso de Processo Penal,** Volume Único, Editora Impetus, 2013, p. 1028.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 04 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000852-54.2014.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO – FURTO – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MOTIVOS DO CRIME MAL SOPESADA – FURTO PARA COMPRAR DROGAS NÃO DEVE AGRAVAR – REDUÇÃO PARCIAL DA PENA – CULPABILIDADE MANTIDA – APELANTE COMETE CRIME QUANDO CUMPRIA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DE OFÍCIO – REGIME ABRANDADO PARA O SEMIABERTO.

Na aferição das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP, cabe afastar os motivos do crime como desfavoráveis, porque a troca de *res furtiva* por drogas só por si indica mazela social e problema de saúde pública mas não necessariamente envolvimento com tráfico.

Mantém-se a culpabilidade desfavorável se o apelante comete crime quando cumpria pena.

Se o apelante é reincidente, cabe regime mais severo que o aberto, mas não o fechado, porque o *quantum* da pena é inferior a 2 anos.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.

De ofício, abrandado o regime para o semiaberto.

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, prover em parte o recurso e, de ofício, abrandar o regime para o semiaberto. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 18 de agosto de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de apelação criminal interposta por Henrique Leite Coimbra manifestando inconformismo com a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para condená-lo como incurso nas penas do artigo 155, *caput,* do Código Penal. Em razões recursais, o apelante requer a fixação da pena-base no mímimo legal.

O Ministério Público, em contrarrazões de f. 281/285, requer o improvimento do recurso.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 291/297).

VOTO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Henrique Leite Coimbra manifestando inconformismo com a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para condená-lo como incurso nas penas do artigo 155, *caput,* do Código Penal.

Extrai-se da peça acusatória (f. 02-04), o que segue:

> *"(...) Consta nos autos que no dia 16/02/2014, no período vespertino, na Rua José Joaquim da Silva, ao lado do numeral 169, bairro Vila Barbosa, nesta cidade de Aparecida do Taboado/MS, o denunciado Henrique subtraiu para si, coisa alheia móvel, mediante arrombamento (rompimento de obstáculo à subtração da coisa), pertencentes à vítima Rosemiro Antonio Fernandes.*
>
> *Verificou-se que no dia, hora e local dos fatos, o denunciado Henrique arrombou a janela do quarto da residência da vítima, danificando a tramela (rompimento de obstáculo à subtração da coisa), adentrando no interior desta e de lá subtraiu para si 03 (três) frascos de perfumes, marca Ferari, 01 (um) controle remoto de som, 02 (duas) tesouras, 01 (uma) carteira de material sintético de cor marom, 01 (um) frasco de perfume marca Jequit, 01 (um) frasco de creme da marca Avon Renew Ultimate, 01 (um) frasco de shampo marca Netrox, 01 (um) frasco de perfume da marca Clear, 02 (duas) colchas edredons, alguns metros de fios de cobre encobertos de cor preta, 01 (uma) bermuda jeans de cor preta, 01 (uma) bermuda jeans de cor azul marca WBrasil, 01 (um) botijão de gás (conforme auto de exibição e aprensão) (f. 36), bem como 02 (duas) corentes de ouro, 01 (um) aparelho de fisioterapia e 01 (um) receptor de antena parabólica (conforme f. 13), avaliados em R$593,0 (quinhentos e noventa e três reais).(...)"*

Irresignado, em razões recursais, o apelante requer a fixação da pena-base no mímimo legal.

O recurso preencheu os requisitos para a admissibilidade, devendo ser conhecido. Não há preliminares a serem enfrentadas e tampouco vislumbro qualquer irregularidade no processamento do feito, razão pela qual passo, de imediato, ao exame do mérito da irresignação.

A denúncia foi julgada parcialmente procedente condenando o apelante pela prática do delito previsto no artigo 155, *caput,* do Código Penal, sendo que a pena foi fixada com os seguintes fundamentos:

> *"Atenta à culpabilidade que considero intensa, posto que praticou o ilícito enquanto estava cumprindo pena no regime semiaberto (fls. 15 e 121); aos antecedentes, tratando-se de reincidente (fls. 120/121), circunstância essa que será considerada no momento das agravantes; à conduta social e à personalidade que não lhe são negativas; ao motivo (preponderante CP, artigo 67) que se mostra reprovável, pois a conduta de quem pratica furto para adquirir drogas, certamente é mais censurável se comparado com quem furta por motivo egoístico, posto que a conduta daquele se causará dano à saúde pública com o financiamento do tráfico; às circunstâncias e às consequências do crime que não são prejudiciais ao condenado; e ao comportamento da vítima que não contribuiu para a eclosão do ilícito, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Presente a agravante da reincidência, porém a compenso com a atenuante da confissão espontânea, conforme orientação dos Tribunais Superiores. Ausente causa de diminuição ou aumento de pena, torno a pena definitiva em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa no valor unitário no mínimo legal."*

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

Algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não podem subsistir como desfavoráveis. Explico:

I. Culpabilidade: A culpabilidade representa a intensidade de dolo ou grau de culpa.

O fato do apelante ter praticado "*o ilícito enquanto estava cumprindo pena no regime semiaberto*" é fundamentação capaz de indicar de forma concreta a maior reprovabilidade da conduta, pois é conduta de descumprimento das normas, e mostra indiferença pelo objetivo de ressocialização que deve ser almejado pelo reeducando, sobretudo quando colocado em regime mais brando.

Por isso deve ser mantida a moduladora como desfavorável.

II - Motivo: No tocante aos motivos, o sentenciante pontuou que são desfavoráveis, pois "*a conduta de quem pratica furto para adquirir drogas, certamente é mais censurável se comparado com quem furta por motivo egoístico, posto que a conduta daquele se causará dano à saúde pública com o financiamento do tráfico*".

É certo que apurou-se nos autos que objetos furtados foram encontrados com o apelante, a vítima os reconheceu (como um secador de cabelo, uma xícara e uma mochila), porém faltava sua bicicleta, a qual, como confessado pelo apelante, tinha sido trocada em uma boca de fumo por entorpecente; após busca no referido local, a bicicleta foi restituída à vítima.

Entretanto, tal fundamento não é suficiente para majoração da pena-base, pois o fim a que se destinou a *res furtiva* trata-se de situação bastante comum neste tipo penal e que não necessariamente justifica agravar a pena.

Na aferição das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP, cabe afastar os motivos do crime como desfavoráveis, se ocorreu sim a troca de res furtiva por drogas mas sem prova de que o apelante estivesse envolvido como traficante.

A mera aquisição para uso só por si indica problema de saúde pública mas não necessariamente envolvimento com tráfico. Se no caso não há demonstração de traficância por parte do apelante, não é razoável agravar-se sua pena por uma mazela social e de saúde da qual ele pode até ser mais uma vítima, mesmo que isso, como dito pelo juiz, contribua sem dúvida para fomentar o tráfico de drogas.

Os motivos do crime, da maneira como fora fundamentado na sentença, não devem agravar a pena.

Do redimensionamento da pena.

A sentença fixou a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Presente a agravante da reincidência, compensou-a com a atenuante da confissão espontânea. Ausente causa de diminuição ou aumento de pena, tornou a pena definitiva em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa no valor unitário no mínimo legal.

Considerando que praticou o delito enquanto estava cumprindo pena no semiaberto, demonstrando, assim, a insuficiência deste regime na sua ressocialização e levando em conta a sua reincidência e as demais circunstâncias judiciais negativas, a juíza fixou o regime fechado para início do cumprimento da pena (CP, artigo 3, § 3.º).

Entendeu ainda que a reincidência e as circunstâncias judiciais negativas impediam a substituição da pena e a suspensão condicional da pena na espécie.

Passo ao redimensionamento da pena privativa de liberdade e da multa imposta ao apelante.

No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, considerando como desfavorável apenas a circunstância judicial da culpabilidade, retirados os motivos como moduladora desfavorável, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na 2ª. fase, a atenuantes e a agravante compensam-se.

Na 3ª. fase, ausentes causas de aumento ou diminuição a ser reconhecida, fixa-se a pena privativa de liberdade definitiva em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo nacional cada dia multa.

De ofício, opero o abrandamento do regime.

É certo que o apelante merece regime mais rigoroso, pelos motivos invocados na sentença , já que estava cumprindo pena quando praticou o delito, o que a rigor é circunstância desfavorável, porque mostra inconformismo e rebeldia no cumprimento da pena, ou pelo menos indiferença pelo objetivo de ressocialização que deve ser almejado pelo reeducando, sobretudo quando colocado em regime mais brando.

Porém tal fato já serviu para agravar sua pena base e , alcançando ele uma pena definitiva inferior a 2 anos, e vale lembrar que o descumprimento de condições do regime de pena será também elementos que poderá gerar a ele consequências gravosas no processo respectivo (eventual regressão de regime, por exemplo).

Por isso, mostra-se desarrazoado no caso impor o regime fechado, sendo mais adequado impor-se o semiaberto, nos termos do artigo 33 § 2º do CP, pois, apesar de o apelante ser reincidente, cabe regime mais brando que o fechado, porque o *quantum* da pena é inferior a 4 anos.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou provimento parcial ao apelo interposto pelo acusado para afastar a valoração negativa da circunstância judicial dos motivos do crime, reduzindo-se a pena-base para 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a qual torno definitiva.

De ofício, o regime fica abrandado para o semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso e, de ofício, abrandaram o regime para o semiaberto. Decisão em parte com o parecer.

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, 18 de agosto de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0029470-15.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO COM PERDIMENTO DECRETADO EM FAVOR DA UNIÃO POR FORÇA DE SENTENÇA – BEM PERTENCENTE À TERCEIRA PESSOA – ILEGITIMIDADE – PEDIDO NÃO CONHECIDO.

A motocicleta apreendida com o apelante que foi declarada perdida em favor da União, não pertence a ele, mas sim a terceira pessoa, o que torna o réu parte ilegítima para objetivar a sua devolução, vedando o conhecimento do apelo nesta parte.

Pedido de restituição de bens não conhecido.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INCABÍVEL – COMPROVADA A TRAFICÂNCIA – PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL SOPESADAS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I. O apelante foi flagrando transportando 6,4g de cocaína, bem como constam em seu celular mensagens de texto codificadas com solicitação de substâncias entorpecente, o que demonstra que a droga apreendida destinava-se a mercancia, o que impede a absolvição.

II. Na aferição das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP devem ser afastadas as moduladoras da culpabilidade, do motivo e das consequências do crime, porque amparadas em fundamentação genérica que não foge ao alcance do próprio tipo.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.

DE OFÍCIO – TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – SUBSTITUIÇÃO DE PENAS – POSSIBILIDADE.

III. Preenchidos os requisitos, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

IV. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena, mesmo em condenações por tráfico de drogas, deverá observar as regras gerais do art. 33 do Código Penal, em respeito ao princípio da individualização da pena, por isso, se o agente não é reincidente e tem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não sendo a pena definitiva superior a 04 (quatro) anos, é cabível o regime aberto, por força do disposto no art. art. 33, §2º, "c", do CP.

V. Afastada a vedação contida no art. 44 da Lei 11.343/06, cabe a conversão da pena corporal em restritivas de direitos, porque o apelante reúne os requisitos para obter tal substituição, à luz do art. 44 do Código Penal.

De ofício, concedida a redução de pena pelo tráfico privilegiado, deferido o regime aberto e substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

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, em parte com o parecer. de ofício, aplicam-se as benesses do art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/06, redimensionando a pena de José Jucier.

Campo Grande, 23 de junho de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

José Jucier Lucena Morato interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo com a sentença que julgou procedente a denúncia condenando-o a pena de 05 anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006.

O apelante, em suas razões recursais, argumenta que a "condenação não merece prosperar, ante a manifesta anemia probatória", pois não teria sido pego vendo drogas a nenhum usurário, não teria sido localizado em sua residência dinheiro, droga ou qualquer outro produto capaz de associa-lo ao tráfico e as perícias feitas no celular ou na motocicleta não comprovariam que a droga seria comercializada.

Aduz o apelante que as testemunhas por ele arrolados teriam sido claras ao afirmarem que ele teria emprego e residência fixa, bem como não traficava, sendo apenas usuário.

Alega que o Ministério Público não teria trazido aos autos "provas tendentes a gerar grau de certeza a respeito da ocorrência do delito", motivo pelo qual deveria ser absolvido por insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Apregoa que, em caso de manutenção do decreto condenatório, deveria ser revista a dosimetria da pena dos crimes, vez que a pena-base foi exasperada sendo considerados desfavoráveis a culpabilidade, o motivo e as consequências, entretanto, os argumento utilizados para tal seriam genéricos, abstratos ou integrariam o próprio tipo penal.

Ao final, pugna pela reforma da sentença para que seja absolvido e, alternativamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal (f. 338/369).

O Ministério Público, em contrarrazões de f. 373/378, afirma que todas as provas forma devidamente sopesadas e evidenciariam a mercancia do entorpecente. Pontua ainda que a pena fixada para não mereceria reparo, assim, pleiteia o improvimento do apelo.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo apontando que a defesa não teria produzido provas capazes de comprovas que a droga seria para consumo próprio do apelante (f. 391/396)

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Jucier Lucena Morato manifestando inconformismo com a sentença que julgou procedente a denúncia condenando-o pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006.

Compulsando o caderno processual verifica-se que o apelante foi denunciado pelo crimes de tráfico de drogas, pois preso em flagrante transportando 6,40g (seis gramas e quarenta decigramas) de cocaína. Narra a exordial acusatória que (f. 01/03):

> *"(...) no dia 29 de abril de 2013, por volta das 20h50, na via pública, próxima ao imóvel localizado na Rua José Anache, nº 203, Bairro Mata do Jacinto, nesta urbe, o denunciado José Jucier Lucena Morato, transportava no interiro de seu capacete 03 (três) papelotes de substância entorpecente análoga a cocaína, pesando 6,40g (seis gramas e quarenta decigramas), que seriam destinadas a comercialização, sem autorização, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Segundo restou apurado, Policiais Militares receberam informações anônimas no sentido de que o denunciado praticava mercancia de entorpecentes, assim, efetuaram diligências até o endereço deste, a fim de apurar a veracidade das informações recebidas.*
>
> *Logrando êxito em encontra o denunciado, na via pública em frente ao endereço citado, conduzindo uma motocicleta BIZ 100, placa LUB-0724, em atitude suspeita, desligando o farol do veículo quando notou a aproximação da guarnição, motivo pelo qual realizaram a abordagem, que em revista pessoal foram encontrados no interior do capacete deste, 03 (três) papelotes de substância entorpecente análoga à cocaína, pesando 6,4 (seis gramas e quatro decigramas), embalados para a comercialização, além disso, no celular do denunciado existiam diversas mensagens que pediam entregas de entorpecentes, bem como este portava a quantia de R$1002,00 (mil e dois reais) em notas de cinquenta e cem reais, condizente com o pagamento das drogas encomendadas. (...)".*

Finda a instrução, sobreveio a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal impondo ao apelante à pena de 05 anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006.

Da restituição do bem e do juízo de admissibilidade.

O apelante requer a liberação da motocicleta que foi apreendida na data dos fatos (auto de apreensão de f. 16/17).

Denota-se que neste tópico não se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso. Explico:

Do auto de apreensão de f. 16/17, constata-se que na data da prisão do apelante também foi apreendida uma motocicleta Honda C/100 Biz, cor preta, placa LUB 0724 (Renavam 840866925), pertencente a Luisa de Oliveira Jorge (cf. f. 71).

O bem acima descrito não está registrado em nome do apelante, portanto, não pertence a ele.

Para se pleitear a restituição de coisa apreendida na esfera penal faz-se necessária a legitimidade "ad causam", tendo em vista que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio.

O apelante não figura como proprietário da motocicleta, logo, não há como restituir bens a quem não seja seu legítimo proprietário.

No mesmo sentido são os seguintes julgados:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA DA NULIDADE APONTADA (...) PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO, SOB ARGUMENTO DE SE TRATAR DE BEM DE TERCEIRO - ILEGITIMIDADE - NÃO CONHECIMENTO DESTA PARTE - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.*
>
> *8. "(...) Sendo os bens de propriedade de terceiro, conforme alegado pelo próprio recorrente em seu arrazoado recursal, não possui ela legitimidade para pleitear sua restituição, que deverá ser requerida pelo legítimo proprietário, pela via adequada (...)".* (Acórdão nº 8281, 3ª C.C., Rel. Jefferson Alberto Johnsson, DJ 08/05/2009)". (...). (TJPR. Apelação Criminal 0707902-1. Rel. Des. Marques Cury. 3ª Câmara Criminal. Julgado em 18/11/2010)
>
> *TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PERDIMENTO DE BEM EM FAVOR DA UNIÃO. VEÍCULO DE TERCEIRO. RESTITUIÇÃO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.*
>
> *O veículo utilizado na prática do crime de tráfico, com perda declarada em favor da União, por ser de terceira pessoa, torna o apelante parte ilegítima para objetivar a sua devolução, vedando o conhecimento do apelo nesta parte. (...)* (TJPR. Apelação Criminal 0635870-3. Rel. Des. Sonia Regina de Castro. 3ª Câmara Criminal. Julgado em 10/06/2010)
>
> *PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33 C/C O ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA DELITIVA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM DE TERCEIRO APREENDIDO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. 1. Para se pleitear a restituição de coisa apreendida na esfera penal faz-se necessária a legitimidade ad causam, tendo em vista que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio. (...)* (TRF 1º Região. Apelação Criminal 2007.36.01.000094-0. Rel. Des. Hilton Queiroz. Quarta Turma. Julgado em 21/10/2008).

Não é possível a quem não figura formalmente como proprietário do bem apreendido pleitear sua restituição.

Portanto, carecendo a apelante de interesse de agir não conheço do apelo no que tange ao pedido de restituição dos bens apreendidos.

Do pleito absolutório.

O apelante interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da sentença para que seja absolvido e, alternativamente, que seja fixada a pena-base no mínimo legal (f. 338/369).

A condenação fica mantida, pois tanto a materialidade como a autoria delitiva se provaram.

O tipo penal previsto no *"caput"* do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é crime de natureza multinuclear, de sorte que a prática de qualquer das condutas descritas no preceito primário da norma caracteriza o tráfico de drogas.

> *"Art. 33 – Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*
>
> *Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.(...)"*

O crime de tráfico de drogas, além de ser de ação múltipla e de conteúdo variado é de mera conduta, bastando que o agente pratique qualquer uma das condutas descritas no art. 33 da Lei 11343/2006 para que o delito reste evidenciado.

A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente restou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (f. 31/32) e laudo de exame de toxicológico (f. 60/63).

A autoria delitiva restou igualmente comprovada.

Jose Jucier Lucena Morato, na delegacia, afirmou ser usuário de substância entorpecente, narrando que (f. 12):

> *"(...) Que os militares se aproximaram e revistaram o interrogando, onde encontraram em seu bolso esquerdo um papelote de cocaína; Que os militares acionaram a Cia de Cães da PM e com os animais revistaram o imóvel do interrogando, mas, não encontraram nenhum entorpecente no local;Que os cachorros acharam mais dois papelotes no capacete do conduzido; Que este nega ser traficante de drogas e apenas faz uso de dorgas para se manter acordado quando dirige seu caminhão quando esta viajando; Que afirma que já foi processado a algum tempo atrás por tráfico de drogas, cumprindo dois anos e quatro meses de prisão, delito perpetrado no ano de 1992 para 1993, Que quanto ao dinheiro que estava em sua carteira, relata que era o valor novecentos e cinquenta reais; Que relata que sacou de sua conta bancária na caixa econômica, tendo sacado quinhentos reais por volta das 19h00 de ontem; Que o dinheiro usaria para pagar um eletricista de sua casa; Que quer salientar que não pratica tráfico de drogas; Que nega ser fornecer de drogas para caminhoneiros (...)".*

Em juízo, José Jucier Lucena Morato novamente negou a prática do tráfico de drogas, relatando que o entorpecente que trazia consigo destinava-se ao consumo pessoal. Relatou que já foi preso e condenado por envolvimento com tráfico de drogas, mas cumpriu integralmente a pena em 2000. Também declarar que é "viciado, mas não é dependente". Acrescentou que a quantia de R$ 1000,00 (mil reais) em dinheiro que foi apreendida foi sacada de sua conta bancária para pagamento dos serviços de eletricista e pedreiro que lhe foram prestados. Informou que possuía o comprovante de saque, mas foram extraviados na delegacia com seus outros documentos pessoais. Quando questionado sobre as mensagens constantes em seu celular, o apelante esclareceu que se referiam à solicitação de peças pois trabalhava com manutenção de caminhão. Também narrou que apagou o farol da motocicleta ao passar por um cruzamento perigoso porque não estar usando capacete, embora este estivesse preso ao seu, e que por isso foi abordado pelos policiais, e após revista foi encontrada uma porção de entorpecente em seu bolso e mais duas porções em seu capacete, mas nada havia em sua residência (audiência de f. 128 – termo audiovisual).

Fato é que o apelante, como ele próprio confessa, trazia consigo 6,4 g de cocaína sendo a propriedade da droga inquestionável. Não convence a alegação de que e a droga destinava-se ao seu próprio consumo, eis que as próprias testemunhas de defesa, Sr. Leandro Henrique Reinaldo (trabalhava com o réu) e Sra. Luiza de Oliveira Jorge (amiga do réu), em juízo, informaram que não tinham conhecimento de que o apelante fazia uso de drogas.

A dependência química do apelante também foi afastada pelo psicólogo especialista em psicologia clínica, subscritor do Laudo Psicológico Forense, que concluiu (f. 152/156):

> *"(...) O acusado é usuário de substância entorpecente?*
>
> *Atualmente não.*
>
> *2. O acusado é dependente do uso de substância entorpecente?*
>
> *Não, vez que não atende as exigências diagnósticas da CID10, aceita internacionalmente para dependência do uso de drogas (...)." (f. 155)*

A conclusão da perícia técnica está em consonância com as declarações das próprias testemunhas de defesa que conviviam com o apelante e afirmaram que ele não fazia uso de substâncias entorpecentes, não havendo como explicar o destino das drogas apreendidas senão pelo intuito da mercancia.

Tal conclusão ficou corroborada pela perícia realizada no celular do apelante aponta que ele realmente recebeu mensagens capazes de indicar seu envolvimento na comercialização de drogas.

Aqui, oportuno transcrever trechos das conclusões apresentadas pelo julgador singular que bem examinou os fatos e as provas trazidos à apreciação judicial (f. 325/326):

> *"(...) Como não bastasse, consta nos autos Laudo de Exame em Aparelhos de Telefonia Celular, onde foram detectadas mensagens cujo conteúdo indicam a solicitação de entorpecente, o que foi constatado pelos policiais na data dos fatos e periciado posteriormente:*
>
> *"(...)*
>
> *"O meu querido amanhan cedo to em prudente, vô dormi na ponte ou em prudente! Vô te que* **leva aquelas 2 notas**. *(f. 265)"*
>
> *"Pai deixa o seu celular ligado segunda-feira de manha q* **vou te pagar e pegar 3 pra mim viajar** *(...) Ate mais" (f. 267)*
>
> *"Não faz isso comigo pai pelo amor de Deus...Ta eu e o Patrick aqui na oficina, ta trocando o óleo do caminhão dele.* **Queremos 3 notas** *liga aqui. Me perdoa karalho, vô sozinho de moto onde vc estiver (...) Não vou + da mancada liga aqui" (f. 274)*
>
> *"Traz troko d 100" (f. 276)*
>
> **"Camarada a conta do alemao ja esta liberada qualquer coisa é na dele firmeza"** *(f. 277)*
>
> *"Aquele amigo meu ta ai no figueira, liga pra ele ai pai (...)* **Ele vai pega 2 nota pra nois"** *(f. 298)."*
>
> *(...)*
>
> *(grifo nosso)*
>
> *Vê-se do conteúdo das comunicações, que não menção de peças para veículos, como alega o acusado. Ao contrário, o teor é pouco esclarecedor, sempre fazendo referencia a solicitação de "notas", deixando claro que se trata de comunicação em código, o que vai ao encontro das informações dos policiais, obtidas através do disk-denúncia, sobre a venda de entorpecentes.*

> *Diante de tais conclusões, a alegação de uso exclusivo restou isolada e inverossímil, diante das provas produzidas, deixando evidente que o entorpecente se destinava a fornecimento para terceiros.(...)".*

Não é crível que as mensagens existentes no celular do apelante estejam vinculadas a entrega de peças para reparo em caminhões, pois não há motivo para que a solicitação de peça seja feita por códigos, até porque como o apelante saberia qual peça entregar se não foi especificada qual o problema no veículo?

Não há explicação razoável ou verossímil para o fato do apelante receber mensagem codificadas e depois ser encontrado em seu poder cocaína, senão aquela que a substância apreendida seria destinada ao comércio.

Outrossim, as testemunhas de acusação (policiais que efetuaram a prisão de José Jucier) quando ouvidas em juízo trouxeram elementos aptos a ensejar a condenação do apelado pelo crime capitulado na denúncia.

O policial militar Bruno Souza Cabral, informou que visualizou a motocicleta "*tentou se evadir da guarnição*" apagando o farol e tentando entrar em uma rua escura. Afirmou ainda que já havia denúncias, no disk denúncia (181), referente a um senhor e uma motocicleta com as mesmas características da apreendida que "*fazia tráfico de drogas*", então, a polícia passou a "monitorar" a região na procura de um senhor com as "características físicas" do réu. (audiência de f. 128 – termo audiovisual).

No mesmo sentido são as declarações da testemunha Cleber Ferreira Costa, que confirmou pontos importantes do que foi dito pelo colega de farda, relatando que o fato da motocicleta estar com o farol apagado despertou suspeita, então abordaram o apelante, sendo localizado com ele três "paradinhas" de substância entorpecente. Destacou ainda que realmente havia denúncia de que alguém com as característica do apelante comercializava substância entorpecente na região (audiência de f. 128 – termo audiovisual).

A "denúncia anônima" a que as testemunhas mencionam consta de f. 21, e recebeu o número 114, sendo datada de 21/01/2013, onde consta a seguinte descrição "*o denunciante informou que Na Rua Jose Anche nº 23 Conj Mata do Jacinto em uma casa com grade e um ponto de venda de drogas traficante e um homem negro gordo baixo de 60 anos ele usa uma moto garelli para fazer as entregas principalmente a noite, porem tem um veiculo astra seminovo na garagem de dia movimento muito grande de caminhões do Ceasa na casa*", portanto, realmente a descrição feita assemelha-se com as circunstâncias em que se deram o flagrante.

As declarações de policiais não podem ser desconsideradas como elementos de prova, até porque, no caso em exame, foram prestadas mediante compromisso e sob o crivo do contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar que má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Publico ou qualquer indício de que tenham a pretensão de incriminar inocentes. Tais declarações foram seguras no sentido de apontar que a apelante realmente trazia consigo substâncias entorpecentes, e devem merecer credibilidade, até demonstrado o contrário, pois como agentes de segurança têm o dever de falar a verdade.

Ademais, é sabido das dificuldades encontradas pelos policiais para angariar testemunhas nos locais dos fatos, principalmente em se tratando de tráfico de drogas, pois há muito medo de depor sobretudo quando se trata do crime de tráfico, que sabidamente pode envolver organização criminosa.

Assim, confirma-se o decreto condenatório em desfavor do apelante.

Mantida a condenação pelo delito descrito no art. 33, "caput", do CP, cumpre apreciar os pedidos de redimensionamento da pena imposta.

Das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP.

Ao fixar a pena-base do apelante acima do mínimo legal, o magistrado "a quo", ponderou que (cf. f. 317/331):

> *"(...) A culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, o apenado tinha plena consciência da ilicitude de seu agir, exigindo-lhe conduta diversa; os antecedentes não são maculados, embora haja registros conforme indicado à f. 180; não há nos autos elementos para aferição da sua conduta social e personalidade; o motivo do crime é injustificável e comum ao tipo delitivo, ou seja, o lucro fácil com o vício alheio; as circunstâncias foram as normais para a espécie; as conseqüências que foram e são graves, considerando que se trata de crime de perigo abstrato, a conduta da apenada colocou em risco a saúde física e mental de um número indeterminado de pessoas, sobretudo crianças e jovens, que sem capacidade de auto-determinação entram no mundo das drogas, com pesado ônus para a família e para a sociedade; não há que se falar em comportamento da vítima, em razão da natureza do delito.*
>
> *Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo desfavoráveis ao apenado, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.(...)".*

A pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, pois a sentenciante considerou desfavorável a culpabilidade, o motivo e consequências do crime. Contudo, entendo ser o caso de afastar tais circunstâncias judiciais.

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto nos artigos 59 ao 68, todos do CP e, de maneira fundamentada, fixa qual a reprimenda que entende ser adequada e suficiente para o cumprimento das finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

A fixação da pena é um ato discricionário juridicamente vinculado visando a aplicação justa da lei penal atento às exigência da caso concreto, sendo vedado qualquer tipo de padronização.

Avaliando das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que não podem subsistir as moduladoras tidas como desfavoráveis. Explico:

1. Culpabilidade: A culpabilidade relaciona-se com o grau de reprovabilidade da conduta, isto é, todos aqueles que comentem um ilícito penal devem ser punidos, mas os que agirem de modo mais reprovável suportarão penas mais elevada.

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o tema da culpabilidade na aplicação da pena, preleciona que:

> *"(...) A culpabilidade é o elemento essencial, moral e ético, que serve de ligamento entre crime e pena, justamente por estar presente nos dois cenários: é imprescindível para a constatação do crime, mas também para a aplicação da pena. Reconhecida a censurabilidade do injusto ((fato típico e antijurídico), encontramos o crime, logo, impõe-se a condenação. Passa-se, a partir desse ponto, ao contexto da aplicação da pena, tornando-se à análise da culpabilidade, aliás, expressamente mencionada no art. 59 do Código Penal, para encontrar-se a justa medida da pena. Entretanto, agora está ela despida de outros elementos específicos, significando apena o grau de censura merecido pelo agente em face do que fez. Nesse ponto, em especial, pra que não se julgue o ser humano apenas*

> *pelo que ele é ou pela sua conduta de vida, devemos voltar os olhos ao que ele fez. (...) ". (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado 11º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 243/244 e 422).*

A culpabilidade deve ser sopesada à luz de elementos concretos que demonstrem o grau de reprovabilidade a conduta do agente. Representa a intensidade de dolo ou grau de culpa.

O fato do apelante ser imputável e ter "plena consciência da ilicitude de seu agir", ao contrário do lançado na sentença, não é capaz de indicar, de forma concreta, a maior ou menor reprovação social do ilícito para fins de mensurar a maior ou menor culpabilidade.

O grau de reprovabilidade da conduta do apelante não excede o normal, eis que a culpabilidade é própria da espécie delitiva, logo, não pode fundamentar a exasperação da pena-base para nenhum dos crimes.

2. Motivo: No tocante aos motivos, observa-se a impossibilidade de se manter a valoração prejudicial ao apelante eis que a obtenção de vantagem (lucro fácil) constitui circunstância inerente ao tipo descrito no crime de tráfico.

No mesmo sentido, pronunciou-se esta Câmara:

> *"(...) APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO - REGIME FECHADO CONSERVADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO*
>
> *I- Não há que se falar na valoração dos motivos do crime, notadamente em razão dos elementos genéricos apresentados para tal exasperação, os quais serviriam para qualquer crime de tráfico abstratamente considerado, eis que o lucro fácil trata-se de motivo ínsito ao tipo penal em apreciação. Operada a redução da pena-base. (...) (*TJMS. Apelação Criminal 0001310-24.2012.8.12.0030. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 17/03/2014)

Assim, resta claro que os motivos do crime, da maneira como fora fundamentado na sentença, são elementos formadores do tipo do delito e, por tais razões, impossível considerar tal circunstância como desfavorável.

3. Consequências: Os tipos penais já possuem consequências que se encontram implícitas e, nestes casos, elas não podem ser sopesadas na primeira fase da dosimetria da pena sob pena de incorrer em dupla valoração.

Sobre as consequências do crime, Ricardo Augusto Schmitt esclarece que:

> *"(...) As consequências causadas pela infração penal (danos) podem ser de cunho material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. O dano moral implicará dor, abrangendo tanto os sofrimentos físicos quanto os morais.*
>
> *Revela-se pelo resultado da própria ação do agente. São os efeitos de sua conduta. (...). No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seis familiares ou à sociedade (coletividade). (...)". (Ricardo Augusto Schmitt. Sentença Penal Condenatória. 7º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 140).*

No caso em tela, as consequências do crime foram consideradas graves, "considerando que se trata de crime de perigo abstrato, a conduta da apenada colocou em risco a saúde física e mental de um número indeterminado de pessoas, sobretudo crianças e jovens, que sem capacidade de auto-determinação entram no mundo das drogas, com pesado ônus para a família e para a sociedade" (f. 328).

Porém este argumento é abstrato e não desborda do normal do tipo, pois as consequências não fogem ao alcance próprio do tipo, logo, tal moduladora não deve ser utilizadas para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

Assim, excluída a circunstância judicial citada (consequências) não persiste motivo para agravar a pena-base além do mínimo legal, razão pela qual, a pena-base da apelante deve ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Da análise do tráfico privilegiado

Muito embora não tenha sido formulado pelo apelante, em suas razões recursais, qualquer pedido pelo reconhecimento das benesses do tráfico privilegiado, tal questão foi trazida aos autos pelo patrono do apelante em sua sustentação oral perante o Colegiado, e ademais pode ser reconhecida de ofício, assim, passo à análise da questão.

A Lei n. 11343/2006, em seu art. 33, §4º, disciplina:

> *§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

O apelante faz jus ao benefício pleiteado, eis que ostenta todos os requisitos previstos no dispositivo legal.

Tal como consta da sentença o apelante é tecnicamente primário e vê-se da certidão de antecedentes criminais (f. 178/180), que os dois outros incidentes criminais que ostenta, pelos crimes do art. 12 da Lei 6368/76 e do art. 180, *caput* do CP, tiveram sentença condenatória proferidas nas datas de 14/05/1989 e 15/04/2007, datas longínquas, que ao meu ver não podem obstar o reconhecimento do benefício em análise.

Também não há prova de que o Apelado integre organização criminosa ou se dedique à atividade criminosa.

Certo é que a organização criminosa para o tráfico exige a demonstração de pluralidade de agentes ligadas entre si por um vínculo associativo estável e duradouro. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona que:

> *"Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os ajustes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum." (Guilherme de Souza Nucci. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – vol. 1. 6º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 273).*

Não há provas da vinculação de José Jucier Lucena ao crime organizado, não se pode presumir, pelas condições em que ocorreu a ação, que o réu agia com habitualidade e em conluio com terceiro ou integrando esquema de narcotráfico. Nada se apurou acerca da ligação do apelante a uma organização

voltada para a narcotraficância, logo, a redução da pena deve ser aplicada, pois se trata de direito subjetivo do réu.

Reconhecida a minorante, cabe analisar o patamar de diminuição a ser operada.

Tal apreciação deve guiar-se pelos fatores indicativos relacionados no "caput" do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, deve considerar, ainda, e com preponderância, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

Em razão da forma como foi praticado o crime, considerando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) e a pequena quantidade de droga apreendida (6,4g de cocaína), aplico a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços).

Do redimensionamento da pena

Passo ao redimensionamento da pena privativa de liberdade imposta ao apelante, considerando que o fato praticado recebe a incidência do art. 33, "caput", da Lei 11.343/06.

No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, tal como acima exposto, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na 2ª fase, sem agravantes ou atenuantes a serem consideradas, permanece a pena acima fixada.

Na 3ª fase, sem causa de aumento a incidir e presente a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), fixando-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa. Pena esta que torno definitiva.

Do regime prisional e da substituição da pena

O regime fixado para que o apelante inicie o cumprimento da pena foi o fechado, sendo utilizado como fundamento da sentença o disposto no art. 2º, §1º, da Lei 8072/90 (cf. f. 329).

No que tange ao regime prisional, a lei de drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial para cumprimento da pena, razão pela qual, esse assunto sempre foi regido pelas leis dos crimes hediondos.

A Lei 8.072/1990, em seu texto original, falava em regime integralmente fechado e, posteriormente, com as alterações advindas da Lei 11643/2007, passou a estabelecer que para os crimes hediondos e equiparados, o regime inicial para cumprimento da pena seria o fechado (art. 2º, §1º)

Ao debruçar-se sobre a Lei 8.072/90 e o regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 111840, ocorrido em 27/06/2012, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicialmente fechado prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c*

o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF.HC 111.840. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 27/06/2012).

Assim, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, mesmo em condenações por tráfico de drogas, deverá observar as regras gerais do art. 33 do Código Penal, em respeito ao princípio da individualização da pena.

As circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP não prejudicam o réu, isso porque, culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime são próprias da espécie. Os motivos não foram determinantes e a conduta social e personalidade não puderam ser aferidas, vê-se ainda que a apelante não é reincidente.

Assim, favoráveis as circunstâncias do art. 59, do CP, não sendo o apelante reincidente, e considerando a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida, o regime mais brando é possível, assim fixo o regime aberto para início da execução da pena, haja vista o disposto no art. 33, §2º, "c", do CP.

Da substituição das penas

Também mostra-se cabível proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que o delito praticado não foi com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta não ultrapassa o limite de quatro anos o agente preenche os requisitos subjetivos para receber o benefício.

A prática do delito imputado ao apelante (art. 33, *caput*, com o reconhecimento da minorante do §4º, todos da Lei 11343/06) objetivamente se amolda à previsão contida no art. 44 do Código Penal, pois a violência ou a grave ameaça à pessoa não integram o tipo penal.

A pena imposta ao apelante é inferior a quatro anos de reclusão, ele é técnicamente primário e não tem circunstâncias desfavoráveis segundo o art. 59, do CP.

Assim, nada impede a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Em casos semelhantes, assim pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. QUANTUM JUSTIFICADO. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS A DENOTAR DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. (...)*
>
> *3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.* (STJ. HC 266570. Rel(a) . Min(a). Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 15/08/2013).
>
> *HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 EM PATAMAR SUPERIOR AO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E QUANTUM TOTAL DA PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. PACIENTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.*
>
> *1. Paciente presa em flagrante com 1,8 gramas de crack e 5 gramas de maconha e posteriormente condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 416 dias-multa, como incursa no art. 33, caput, c.c. §4.º, da Lei n.º 11.343/06.*
>
> *(...) 4. Fixada a pena-base no mínimo legal e não passando de quatro anos de reclusão a pena definitiva, o regime adequado para início de cumprimento de pena é o regime aberto. Súmula n.º 440/STJ.*

5. A Paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, pois é primária, teve sua pena-base fixada no mínimo legal, e o quantum total da pena aplicada, com as alterações aqui realizadas, é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para, mantida a condenação da Paciente, aumentar o grau de redução pela minorante do art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 e, por conseguinte, fixar o regime prisional aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções. (STJ. HC 234389. Rel(a) . Min(a). Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 11/06/2013)

HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado a quo estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (STJ. HC 164883 / SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 18/08/2010).

Em suma, preenchidos os requisitos legais, na forma do §2º, do art. 44, do CP, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direito, incumbindo ao juiz da Vara de Execução Penal estabelecer as condições de cumprimento.

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.

Ante o exposto, não conheço do recurso no que tange ao pedido de restituição dos bens apreendidos.

Na parte remanescente do recurso, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para afastar as circunstâncias judiciais da culpabilidade, motivo e consequências do crime.

De ofício, aplico as benesses do art. 33, §4º, da Lei 11343/06, redimensionando a pena carcerária de Jose Jucier Lucena Morato fixando-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixo o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena, e substituo a pena privativa

de liberdade por duas restritivas de direito, incumbindo ao juiz da Vara de Execução Penal estabelecer as condições de cumprimento.

Caso seja vencedor este voto, comunique-se imediatamente ao juízo da origem para que sejam tomadas a providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer. De ofício, aplicam-se as benesses do art. 33, § 4ª, da lei 11.343/06, redimensionando a pena de José Jucier.

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, 23 de junho de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0044936-49.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – DESOBEDIÊNCIA E DESACATO – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO POR NÃO ESTAR DE SERVIÇO – INOCORRÊNCIA – ESTATUTO DA PMMS QUE DEIXA CLARO QUE OS CRIMES MILITARES SOMENTE NÃO SE APLICAM AOS INATIVOS – PRELIMINAR AFASTADA.

Nos termos do art. 9º do CPM e art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 53/90 (Estatuto da Polícia Militar), o militar em situação de atividade envolve quem está ativo no serviço militar, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – DESOBEDIÊNCIA E DESACATO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS A LASTREAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – IMPROCEDENTE – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – APELANTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES A JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA INICIAL – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em falta de provas do crime de desobediência se o recorrente não permitiu que o comandante da guarnição apreendesse seu veículo que se envolveu em um acidente e estava há quase cinco anos com o licenciamento vencido.

Não há falar em falta de provas do crime de desacato se as testemunhas são uníssonas em confirmar que o apelante, superior hierárquico da vítima, e em função disso, desacatou a vítima dizendo que "(...) conhecia a lei, por isso era sargento enquanto que o policial era cabo (...)".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 7 de julho de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Gilson Alves de Arruda Sgt/Pmms foi condenado à pena de 10 meses de detenção, no regime aberto, pela prática do crime militar de desacato, previsto no art. 299 e pelo delito de desobediência, previsto no art. 301, ambos do Código Penal Militar – CPM.

Inconformado, recorre alegando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar e, no mérito, alega que as provas carreadas aos autos não são suficientes a lastrear o édito condenatório, alternativamente, requer a fixação da pena-base ao mínimo previsto.

O *parquet* contra-arrazoa, às f. 212-226, pela mantença da decisão lançada.

O parecer ministerial opina, às f. 232-236, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Da alegada preliminar de incompetência da Vara Militar:

O recorrente é Sargento da PMMS e alega que a Vara Militar não seria a competente para julgar o caso em tela visto que não estaria no exercício de sua função no momento dos fatos.

Consta nos autos, que na data dos fatos, fatos, dia 12/07/2012, o recorrente estava escalado em sua função militar quando foi acionada para atendimento, via CIOPS, de uma ocorrência de acidente de trânsito com vítima, envolvendo dois veículos.

Ao chegar ao local do acidente, constatou-se que o veículo envolvido no acidente, bem como a vítima que fora socorrida, era a esposa do apelante.

Iniciado os procedimentos de praxe, foi verificado que o veículo de propriedade do recorrente, SGT Gilson Alves de Arruda, estava com documentação obrigatória vencida, sendo necessário a lavratura da infração nos autos, bem como a apreensão e recolhimento do veículo ao pátio da CIPTRAN.

Foi nessa ocasião que o apelante disse que ninguém iria apreender seu carro e que iria retirá-lo do local. Apesar das orientações realizadas pelo cabo Ari Antunes de Macedo, o SGT Gilson Alves Arruda disse que conhecia a Lei por isso era sargento e o CB Macedo era apenas Cabo, demonstrando desprezo pela GU de serviço e usando-se de sua graduação em beneficio próprio. E, após alegar que buscaria um documento em seu carro, evadiu-se do local dos fatos dirigindo o veículo, tomando rumo ignorado.

Pois bem, o artigo 9º, I alínea "a" do CPM prescreve que o militar em atividade, ou assemelhado, incorre nos crimes descritos no referido diploma castrense, nesses termos:

> *"(...) Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:*
>
> *I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;*
>
> *I - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:*
>
> *a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado...".*

O art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 53/90 (Estatuto da Polícia Militar), por sua vez, estabelece que:

> *"(...) Art. 4° Os integrantes da PMMS, em razão da destinação constitucional da Corporação e das Leis vigentes, são servidores públicos militares estaduais denominados policiais-militares. § 1° Os policiais-militares encontram-se em uma das seguintes situações:*
>
> *a) na ativa: I - os policiais-militares de carreira: II - os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obrigarem a servir:*
>
> *III - os convocados e os designados;*
>
> *IV - os alunos de órgãos de formação de policiais-militares.*
>
> *b) na inatividade:*
>
> *I - na reserva remunerada, quando pertencerem à reserva da Corporação e perceberem remuneração do Estado de Mato Grosso do Sul, porém sujeitos ainda, à prestação de serviços na ativa, mediante convocação;*
>
> *II - reformados, quando tendo passado por uma das situações anteriores, estão dispensados, definitivamente, da prestação de serviços na ativa mas continuam a perceber remuneração do Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *§ 2° Os policiais-militares de carreira são os que, no desempenho profissional e permanente do serviço policial-militar, têm estabilidade assegurada após 02 anos de efetivo serviço (...)".*

Portanto, da leitura conjunta de ambos dispositivos legais é possível entender que os policiais-militares em atividade estão de serviço, neste sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) militar contra militar: a expressão em situação de atividade, em nosso entendimento, significa encontrar-se o militar na ativa, portanto, não se encontra na reserva, nem reformado. Parece-nos que, fosse outro o objetivo da lei, deveria constar no exercício da função ou apenas em atividade (como aliás, consta da alínea c: em serviço). A situação de atividade remete ao militar da ativa. É também a posição de Célio Lobão* (Comentários ao Código Penal militar, v. 1, p. 96), *Enio Luiz Roseto* (Código Penal militar comentado, p. 108) *e José da Silva Loureiro Neto* (Direito Penal militar, p. 19).
>
> *Observa-se predominar a visão de se cuidar do militar da ativa, em oposição ao que se encontra reformado ou na reserva. E é o correto, pois essa ótica é fiel ao disposto pelo Código Penal militar, além de atender a efetiva tutela ao bem jurídico primário dos delitos militares: hierarquia e disciplina. Assim, como o magistrado, que deve ter reputação ilibada e comportamento digno, mesmo fora da atividade jurisdicional, vale dizer, em sua vida privada, o militar deve demonstrar zelo disciplinar e respeito aos valores das Forças Armadas em todos os momentos da vida. Diante disso, o militar em situação de atividade envolve quem está ativo no serviço militar, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade. Ser militar envolve inúmeras responsabilidades distintas da vida civil, justamente o motivo de existência da Justiça Especializada para julgar os delitos militares. Em qualquer cenário, o militar que agride o militar, ambos na ativa, deve ser julgado na Justiça castrense (...)".* (Código Penal militar Comentado. NUCCI, Guilherme de Souza. P.43/44).

No caso em tela o apelante não era da reserva, estava na ativa quando praticou o crime de desacato e desobediência contra seu colega de farda, sendo imperioso registrar que o SDPM Eduardo, em juízo, às f. 94 dos autos, é categórico ao afirmar que o apelante, apesar de estar a paisana, se utilizou da graduação para cometer o crime.

Assim, restou caracterizado o crime militar, firmando a competência da Justiça Militar para julgar o processo em questão.

Passo ao mérito da questão.

Do crime de desobediência:

Consta nos autos que, na data dos fatos, o recorrente se envolveu em um acidente de trânsito com seu veículo, levando sua esposa como passageira.

Em decorrência deste acidente, foi acionada a guarnição composta pelas vítimas, CB Macedo e SD Eduardo, e, ao chegarem ao local, a esposa do recorrente já havia sido levada por Bombeiros Militares para atendimento médico no hospital, e constataram que o veículo do apelante estava irregular pois estava com o licenciamento vencido desde o ano de 2007, ou seja, há quase cinco anos. Então informaram ao apelante que seria lavrado o auto de infração bem como o veículo seria apreendido e recolhido, momento no qual o recorrente discutiu com as vítimas afirmando que seu carro não seria apreendido, e alegando que iria buscar um documento seu no carro, evadiu-se com o referido automóvel do local.

Embora o recorrente confirme que desobedeceu a ordem do comandante da guarnição, levanta a excludente de que assim procedeu por estar preocupado com o estado de saúde de sua esposa.

Entretanto, o próprio apelante esclarece que antes mesmo da chegada da guarnição/vítima sua esposa já havia sido socorrida pelo corpo de bombeiros e encaminhada para o hospital, ou seja, o apelante poderia tê-la acompanhado na ambulância, chamado um táxi, ou mesmo solicitado apoio para tanto, o que não ocorreu pelo que se depreende de sua versão apresentada na captação audiovisual em juízo, na qual confirma que adentrou em seu veículo e se dirigiu ao hospital no qual se encontrava sua esposa.

Nesse passo, tanto o CB Macedo, quanto o SD Eduardo, são uníssonos em confirmar, tanto na fase policial quanto na captação audiovisual em juízo, que o recorrente, descontente com a apreensão de seu veiculo, desobedeceu a ordem emanada da guarnição, removendo o veículo do local e impedindo a apreensão do mesmo.

Pelo exposto, deve ser mantida esta condenação.

Do crime de desacato:

Consta ainda nos autos, que durante os procedimentos de apreensão do referido veículo, o recorrente desacatou o comandante da guarnição, CB Macedo, dizendo que: *"(...) conhecia a lei, por isso era sargento enquanto que o policial era cabo (...)"*.

A organização policial-militar rege-se pelos princípios de hierarquia e disciplina, ou seja, há uma hierarquização dos postos/patentes que determina a disciplina, vale dizer, o superior comanda/ordena ao subordinado e este o cumpre.

No caso em pauta o recorrente é um Sargento e ocupa posição superior ao da vítima, o Cabo Macedo, segundo o anexo da Lei 6.880/1980.

O recorrente nega que tenha proferido tais palavras contra a vítima, entretanto, esta, e a testemunha SD Eduardo, são uníssonas ao confirmar na captação audiovisual em juízo que o apelante proferiu tais palavras diminuindo-os de suas funções por ser mais graduado, incorrendo no delito de desacato.

Cumpre registrar que o motorista do caminhão que bateu no veículo do recorrente, Sr. Sebastião, nada esclareceu acerca dos fatos denunciados, apenas afirmando que ouviu a vítima falar que *"(...) estava apenas fazendo o seu trabalho (...)"*, nada esclarecendo de palpável acerca dos fatos.

Restou provado nos autos que o recorrente, o Sargento Gilson Alves de Arruda desacatou a vítima, devendo ser mantida esta condenação.

Do pedido de fixação da pena-base ao mínimo legal:

Os crimes pelos quais o apelante foi condenado prescrevem as seguintes penas:

> *"(...) Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime (...)".*
>
> *"(...) Art. 301. Desobedecer a ordem legal de autoridade militar: Pena - detenção, até seis meses (...)".*

Embora o art. 301 do CPM não estipule a pena mínima, o art. 58 do Código Castrense, determina que o período mínimo do apenamento com detenção deve ser de 10 meses, nesses termos:

> *"(...) Mínimos e máximos genéricos*
>
> *Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos (...)".*

A pena lançada assim ponderou:

> *"(...) Ante o exposto, o Conselho Permanente de Justiça julgou procedente a denúncia para condenar Gilson Alves de Arruda (brasileiro, casado, policial militar, matrícula 201.018-6, filho de pai não declarado e Helena Alves de Arruda, nascido em 05 de fevereiro de 1965, RG n. 245638 SP/MS, residente e domiciliado à Rua do Himalaia, n. 95, fundos, Bairro Marcos Roberto, Campo Grande-MS) por infração ao art. 29 (desacato a militar), por unanimidade, e ao art. 301 (desobediência), por maioria (4x1), ambos do Código Penal Militar.*
>
> *Da dosimetria e fixação da pena*
>
> *Tendo em vista as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, especialmente os maus antecedentes (f. 60/65), fixa-se as penas-base acima do mínimo legal, precisamente em 8 (oito) meses de detenção para o desacato e 2 (dois) meses de detenção pela desobediência.*
>
> *Por força do art. 79 do CPM, unificam-se as penas, perfazendo-se em 10 (dez) meses de detenção, sanção considerada definitiva ante a inexistência de circunstâncias legais.*
>
> *O sentenciado deverá iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, podendo apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.*
>
> *Em atenção ao art. 84 do CPM, deixa-se de conceder a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, haja vista que o sentenciado já foi beneficiado com o sursis em outra condenação penal transitada em julgado (...)".*

De fato, analisando os antecedentes criminais do recorrente constata-se que o mesmo foi condenado, definitivamente, por lesão corporal e falsidade ideológica, ambos do CPM, justificando a exacerbação da reprimenda inicial acima do mínimo legal, não havendo reparos a serem feitos.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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, 07 de julho de 2015.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0000214-05.2015.8.12.0018 - Chapadão do Sul
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PRETENDIDA FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO – POSSIBILIDADE – EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MOTORISTA DE CAMINHÃO – AGRAVO PROVIDO.

Ao agravante, que comprovou ser motorista profissional de caminhão, que foi condenado definitivamente no regime aberto pela prática do crime de disparo de arma do fogo, garante-se o direito de viajar sem prévia autorização, porém, deverá apresentar relatório semanal dessas viagens ao juízo de execução. Agravo provido.

ACÓ RDÃO

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, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal, contra o parecer.

Campo Grande, 14 de julho de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de agravo em execução interposto por Marcos Antônio Ferreira contra a decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba-MS, que indeferiu o pedido de alteração das condições de cumprimento da pena privativa de liberdade do regime aberto.

Relata o agravante que foi condenado pelo cometimento do crime previsto no art. 15, da Lei nº 10.826/03, à pena de 02 anos e 03 meses de reclusão, em regime aberto, sendo que essa reprimenda não foi substituída pela restritiva de direitos.

Aduz que, em face de trabalhar como motorista autônomo e realizar fretes para longas distâncias, formulou ao juízo de execução penal pedido de flexibilização no comparecimento diário ao regime aberto, em face da incompatibilidade na execução de sua pena e o desempenho de seu trabalho. No entanto, sua pretensão foi negada pela autoridade judiciária.

Afirma que essa decisão está lhe impedindo de exercer sua profissão e consequentemente de arcar com os custos de seu caminhão e com o sustento de sua familia.

Assim, postula pela flexibilização das condições impostas para o aberto a fim de que não necessite comparecer diariamente, mas sim, uma vez por semana para informar suas atividades. Alternativamente, postula pela conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e pela exclusão da pena de multa.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso.

A decisão foi mantida às f. 121.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do agravo.

VOTO (EM 07.07.2015)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Inicialmente, deixo registrado que nesta oportunidade não serão apreciados os pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como o de exclusão da pena multa, uma vez que o agravo em execução não é cabível para esse fim, ainda mais considerando o fato de que a sentença condenatória foi alvo de apelação criminal e esta Corte manteve tanto a inviabilidade da substituição como a aplicação da pena de multa.

Assim, não conheço desses pedidos.

Por outro lado, quando ao pedido de flexibilização do regime aberto a fim de possibilitar ao agravante que compatibilize o cumprimento de sua pena com o exercício de sua profissão, entendo, que neste caso em particular, é cabível. Explico:

Percebe-se que o agravante foi condenado à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, como incurso no art. 15, da Lei n. 10.826/03, porque, segundo consta, no dia 28/02/2010, às 16h10mim, no local denominado "Chácara do Ramalho", na área rural do município de Paranaíba, efetuou disparos de arma de fogo.

Denota-se que o agravante comprovou nos autos, pelos documentos juntados às f. 22-27, que é motorista de caminhão autônomo; que cada frete que realiza recebe aproximadamente R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais); que é proprietário de um caminhão reboque cujas placas são BTB0939/MS, sendo que este veículo está alienado a uma instituição financeira, situação que o faz desembolsar todo mês a quantia de R$ 3.071,97 (três mil reais e setenta e um reais e noventa e sete centavos), para o pagamento das prestações.

Outrossim, consta que o agravante possui residência fixa e família constituída na comarca de Paranaíba-MS, bem como este crime pelo qual cumpre pena foi um fato isolado em sua vida, uma vez que não consta em suas folhas de antecedentes criminais nenhuma outra condenação com data de trânsito em julgado.

Com efeito, considerando todas essas circunstâncias reunidas, entendo que a flexibilização do cumprimento da pena no regime aberto, conforme pretendido pelo agravante, é imprescindível para a continuidade de suas atividades laborais e para garantir a sua ressocialização.

Importante registrar que na hipótese de ser negada a possibilidade do agravante exercer o seu trabalho, de realizar os fretes como motorista de caminhão, que cada um deles o faz auferir renda de aproximadamente R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), o Estado estará indiretamente fazendo ele não ter condições de pagar as prestações para quitar seu caminhão, que, como dito acima, custam por mês o valor de R$ 3.071,97 (três mil reais e setenta e um reais e noventa e sete centavos).

Diante dessa situação, fácil perceber que com a hipótese de ser negado o pedido do agravante, o Estado estará incentivando o reeducando a abandonar o cumprimento de sua pena para que continue

trabalhando e auferindo renda e pagando as prestações de seu caminhão para não perder o veículo em favor da instituição financeira.

Por outro lado, entendo que não é proporcional e tampouco razoável, bem como fere o princípio da dignidade da pessoa humana, o fato do Estado impossibilitar o individuo de exercer seu trabalho e auferir a renda necessária para quitar com seus compromissos e sustentar sua família porque cometeu uma única conduta delituosa consistente em efetuar disparos de arma de fogo na zona rural do município em que reside.

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso para flexibilizar as condições do regime aberto a fim de que o agravante exerça sua profissão de motorista de caminhão, devendo, no entanto, apresentar ao juízo relatório semanal de suas atividades.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista da 2ª vogal (Desª Maria Isabel), após o relator e o 1º vogal darem provimento ao recurso.

VOTO (EM 14.07.2015)

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2ª Vogal)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Marcos Antônio Ferreira contra decisão singular do Juiz da Execução que lhe indeferiu o pedido de alteração das condições estabelecidas para cumprimento da pena no regime aberto.

O agravante alega que é motorista de caminhão e, em razão de sua profissão, requer a flexibilização das condições impostas no regime aberto.

O ilustre relator dá provimento ao recurso.

Divirjo do relator, pois entendo que não cabe a reforma na decisão proferida pelo juiz de instância singela.

De acordo com as peças juntadas nos autos de execução penal, o agravante foi condenado a 02 anos e 03 meses de reclusão, no regime aberto, sem substituição da pena, pela prática do delito de disparo de arma de fogo em via pública, previsto no art. 15 do Estatuto do Desarmamento.

O que ele pretende com este agravo é o seguinte (cito seu pedido):

> *"1) Seja conhecido e provido o presente recurso, deferindo o pedido de modificação das condições de cumprimento de pena do regime aberto, com a finalidade precípua de viabilizar o seu trabalho de motorista autônomo de caminhão, o qual poderá ser realizado da seguinte forma:*
>
> *Considerando que carrega seu caminhão semanalmente na cidade de Chapadão do Sul-MS e descarrega no porto de Santos-SP, poderá realizar o comparecimento uma vez por semana, oportunidade em que comprovará todas as suas atividades realizadas durante o período."*

O Juiz negou tal pedido, justificando que não cabe alterar as condições em que ele cumpre a pena, pois existe sentença penal transitada em julgado que não pode ser alterada e ademais o sentenciado tem de se adaptar ao regime de pena que lhe foi imposto e não o contrário.

Com efeito, o presente pedido constitui radical alteração da pena, pois deixará de ser uma pena privativa de liberdade, para se assemelhar a uma pena restritiva de direitos, como se tivesse apenas uma condição a cumprir, como se fosse um cumprimento de livramento condicional.

Ou seja, deferir o pedido significa que ele não terá mais uma pena privativa de liberdade a cumprir.

Isto porque o regime aberto impõe limitações de se recolher no período noturno, e o agravante quer se subtrair a tais limites, permanecendo totalmente em liberdade, sem precisar se recolher no período noturno nunca. veja-se que pede apenas para "comparecer uma vez por semana... "

Se atendido o presente pedido do ora agravante, a autoridade judicial estará isentando o apenado da apresentação noturna (que é típica do regime aberto que deve cumprir), e assim estará se subvertendo o regime prisional que lhe corresponde.

O presente pedido por via oblíqua pretende obter alteração da pena imposta, pois, se atendido o presente pedido, a pena privativa de liberdade será substituída por pena restritiva de direitos, o que foi já rejeitado pelo juiz, em outro pedido, decisão que foi confirmada pelo TJMS.

Confira-se a propósito cópia do acórdão unânime da apelação criminal 0000685-94.2010.8.12.0018, julgada em 25/11/2013, de minha relatoria, em que era apelante o ora agravante, em que ficou decidido por este TJMS indeferindo o pedido do ora recorrente, justamente lhe indeferindo pretensão idêntica à presente: substituição da pena corporal por restritiva de direitos (cf. f. 63 e seguintes do presente agravo).

Tal decisão transitou em julgado, de forma que não cabe discutir novamente a possibilidade de substituição de penas, que de fato é o que na prática ocorrerá se deferido o presente pedido.

A mudança das regras do regime aberto, da forma pretendida, desnaturará tal regime, ofendendo os comandos das decisões com trânsito em julgado que lhe indeferiram a substituição de pena.

O deferimento do pedido ofende até a coisa julgada, pois outorga ao apenado regime de cumprimento de pena que significa afinal alteração da pena (de privativa de liberdade para restritiva de direitos, diversa da pena que lhe foi imposta).

Analisando o pedido, o agravante diz que exerce a profissão de motorista profissional, porém, se assim é, terá de procurar adaptar sua atividade às restrições de sua pena, procurando fazer fretes no período que tem para trabalhar, sem alteração de seu regime de pena, até porque o que ele pretende significará que ele terá ampla liberdade de locomoção até para fora dos limites da comarca, ficando longe de qualquer fiscalização ou supervisão.

O juiz ficará impedido de supervisionar melhor as condutas praticadas extramuros pelo agravante no exercício de sua profissão de motorista de caminhão.

Ora é o agravante que tem de se submeter aos critérios da pena e regime impostos, e não o contrário, sob pena de tornar inócuo o caráter expiatório da pena. Não se impede o agravante de exercer sua profissão, apenas se estabelecem limites de tempo e espaço para sua atividade.

Nada impede que ele formule pedidos diversos mais consentâneos com a pena imposta, mas o presente pedido significa autêntica liberdade desvigiada, e mostra-se impossível de atender.

Poderá recorrer a exercer sua atividade a fretes dentro da comarca, em horários diurnos e sem necessidade de sair da comarca, pode formular pedidos de autorizações de saída eventuais, justificadas, e comprovadas previamente tais contratações, e previamente submetidas ao crivo do judiciário, enfim, outros pedidos mais adequados à pena que tem de cumprir, mas o que se mostra inviável é deferir-se a ele uma liberdade plena de locomoção para onde quer que queira, sem se saber onde está e para onde foi, enfim, ficando por completo desvigiado e desonerado de cumprir pena, em situação de plena liberdade, como ora pretende.

Cabe citar aqui o parecer da PGJ, quando analisa o caso presente e conclui que os direitos do preso têm de se compatibilizar com as finalidades da pena, e deferir o presente pedido seria tornar inócua a reprimenda tal como foi imposta.

> *"No regime aberto a execução da pena se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado, e se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, o qual deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, caput e § 1º, CP) .*
>
> *Neste particular, é certo que o trabalho prisional é elemento indissociável do processo resducativo, acarretando vários benefícios para o apenado, como a profissionalização, a melhora da autoestima, o reconhecimento da família e da própria comunidade, que poderá alterar, no decorrer do tempo, o preconceito contra o egresso.*
>
> *Mais ainda, um dos seus objetivos é reduzir a reincidência e tornar a privação de liberdade consoante às finalidades da pena, que não se restringem à punição.*
>
> *Imprescindível, portanto, associar à perda da liberdade física a oportunidade para a recuperação do condenado pelo trabalho, possibilitando se justificar ética e politicamente o encarceramento.*
>
> *Não se pode perder de vista, todavia, que os direitos subjetivos do custodiado [dentre eles a possibilidade de realização de trabalho externo] devem merecer proteção, mas não ao ponto de invalidar a própria custódia, já que esta tem por principal escopo a proteção da sociedade; se tal não fosse, seria o caso de conservar-se o processado (ou mesmo o condenado) sempre em liberdade, afinal este é também um direito fundamental do ser humano. Vale dizer: é clara a intenção do legislador de assegurar o regular cumprimento das penas privativas de liberdade e da própria eficácia da segregação individual, preponderando o interesse social da segurança sobre o interesse particular* (STJ. HC 92.714/RJ. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 10/03/208.)
>
> *Desse modo, a concessão do benefício ao agravado de não comparecimento diário à unidade prisional acarreta afronta ao fiel cumprimento da pena. Ocorre, em verdade, a subversão do regime prisional a que foi condenado o agravado, vez que a pena privativa de liberdade é convertida em restritiva de direitos, a qual, aliás, consoante constou no acórdão de intimidar/amedrontar a vítima, aspecto este que restou cristalino nos autos, especialmente pela confissão do apelante (f. 09; f. 108-109), relato da vítima (f. 17; 85-86) e da irmã do acusado (f. 18; f. 8-89) (f. 70).*
>
> *A propósito, note-se que o este e. Tribunal de Justiça, em caso semelhante, dispôs* ***que não pode a autoridade judicial isentar o apenado da apresentação noturna no estabelecimento carcerário, sob pena de subverter o regime prisional que lhe corresponde. A atividade laboral do acusado deve adequar-se às obrigações penais lhe impostas, até mesmo porque os interesses sociais coletivos (no caso, a reeducação e ressocialização do apenado) prevalecem acerca dos individuais*** *(*TJMS. Ag nº 209.016512-1. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. DJ 27/07/2009)."

> *(...) a teor do art. 6, VI, da Lei de Execução Penal, cumpre ao magistrado zelar pelo coreto cumprimento da pena, pois ninguém melhor do que o juiz da causa para saber qual a melhor forma de resocializar o apenado. No entanto, não se admite que a liberdade que se confere ao julgador para decidir sobre a melhor forma de cumprimento da reprimenda permita que dispense o condenado das condições mínimas estabelecidas pelo legislador quanto ao regime de cumprimento de pena.*
>
> *Por fim, registre-se* ***igualmente incabível, pelo Juízo da Execução ou em sede de agravo, a revisão da condenatória para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aliás, destaca-se que o pleito em tela já foi objeto de impugnação pela defesa em apelação e, conseguintemente, apreciado e rejeitado por este e. Tribunal de Justiça, como faz prova a cópia do acórdão anexado*** **pelo próprio agravante (***f. 63-71)". (destaques nossos)*

Pela clareza do parecer, pouco há a acrescentar.

A atividade laboral do acusado deve adequar-se às obrigações penais que lhe foram impostas, porque, se assim não for feito, não haverá diferença entre cumprir pena e deixar de a cumprir.

O pedido, por sua abrangência, equivale a pedido de liberdade, o que desnatura a condição de cumprimento de pena que lhe está imposta por decisão transitada.

Assim, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao agravo, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal, contra o parecer.

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, 14 de julho de 2015.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 1403055-42.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR DEFERIDA – MULTA DO ART. 265 DO CPP – ABANDONO DO PROCESSO OU NÃO COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA SEM MOTIVO JUSTIFICADO – ANÁLISE DO CASO CONCRETO – CAUSÍDICO QUE NÃO COMPARECE EM AUDIÊNCIA NO JUÍZO DEPRECADO – ILEGALIDADE DA MULTA – ORDEM RATIFICADA E SEGURANÇA CONCEDIDA EM DEFINITIVO

A ausência do advogado à audiência no juízo deprecado não é hipótese de abandono do processo ou de não comparecimento injustificado, tal qual prevê o art. 265 do CPP. Ordem concedida para afastar, confirmando a liminar, a multa aplicada à impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança. Ausente, por férias, o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 8 de julho de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar manejado por Teresinha Aparecida Braga Menezes contra ato da Juíza de Direito da 1.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Campo Grande, afirmando constrangimento ilegal ante a aplicação de multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal.

Noticia a impetrante que é advogada constituída para defesa em ação penal que tramita perante a Vara Única da comarca de Tabaporã-MT e que este juízo solicitou ao juízo deprecado a realização de audiência nos autos n.º 0032208-39.2014.8.12.0001, em Campo Grande, o que foi designada pela autoridade apontada como coatora, na qual o réu não quis comparecer e, tampouco, pagar diárias e despesas à causídica, ora impetrante, para que comparecesse e o representasse no aludido ato.

Em decorrência da ausência supostamente injustificada à audiência realizada em 15/12/2014 foi aplicada a multa de 10 salários mínimos, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal, conforme publicação trazida às f. 16-19.

Afirma que não se aplica ao presente caso o art. 265 do Código de Processo Penal, pois não houve abandono da causa ou não comparecimento injustificado em audiência.

Aduz que não teve oportunidade de ser ouvida ou demonstrar sua justificativa para a ausência em audiência, em desrespeito ao contraditório e a ampla defesa.

Alega que o seu cliente, réu na ação penal, não assegurou condições para o deslocamento até a comarca deprecada, não cabendo fazer dispêndios pessoais, sendo equivocado o entendimento de que a impetrante agiu com desídia.

Assim sendo, requer, em caráter liminar, a suspensão do ato coator, e no mérito, pela concessão da segurança, cassando, em definitivo a aludida decisão que aplicou a multa do art. 265 do Código de Processo Penal em 10 salários mínimos.

O pedido liminar foi deferido às f. 26-28.

As informações e documentos foram juntadas às f. 33-40.

O Ministério Público, em parecer de f. 42-49, opina pela concessão da segurança.

Custas recolhidas e juntadas às f. 51-52.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Cuida-se de mandado de segurança alegando ofensa a direito líquido e certo consistente na multa aplicada pelo Juiz da 1.ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande à impetrante, decorrente do art. 265 do Código de Processo Penal, no importe de 10 (dez) salários mínimos.

Segundo afirma a impetrante, atua na defesa do réu em processo judicial n.º 795-18.2012.81.0094, que tramita na comarca de Tabaporã-MT e não compareceu à audiência no juízo deprecado nesta capital, em 15/12/2014 (f. 16).

A autoridade impetrada noticia que a impetrante *"mesmo após a intimação da audiência não houve qualquer informação nos autos sobre eventual substabelecimento ou renúncia por parte da advogada constituída pelo réu"* e, na sua ausência, foi nomeado advogado *ad hoc* a fim de ser ouvida a vítima (f. 36-40).

Observadas a alegações, informações e provas dos autos, tem-se que razão assiste à impetrante.

A autoridade impetrada noticia que a impetrante "mesmo após a intimação da audiência não houve qualquer informação nos autos sobre eventual substabelecimento ou renúncia por parte da advogada constituída pelo réu" e, na sua ausência, foi nomeado advogado *ad hoc* a fim de ser ouvida a vítima (f. 36-40).

Sucede que a presença do réu e de seu representante não são obrigatórias no juízo deprecado, justamente pelas dificuldades notoriamente conhecidas.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 273 cujo teor é *"intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado"*.

Apenas para exemplificar, o verbete sumular implica dizer que a defesa pode vir a nem sequer ter conhecimento da designação da data da audiência e, logo, a ela não comparecerá, mas necessariamente será intimado da expedição da deprecata, sob pena de nulidade.

Vale transcrever o parecer considerando os bem lançados fundamentos, os quais também se integram nas razões de decidir:

> *Inicialmente deve-se salientar que, quanto à aplicação da multa, consigna-se não ser competente o juízo deprecado para sua aplicação, eis que lhe competem os atos restritos ao cumprimento da carta precatória expedida pelo juízo da causa.*
>
> *O juiz deprecante não delega competência própria, tão somente competência funcional e, no caso, poderia tão somente consignar a ausência injustificada do advogado à solenidade, para que o juiz do 'processo' avaliasse as circunstâncias e, querendo, aplicasse a sanção prevista no artigo 265, do Código de Processo Penal.*
>
> *Neste sentido:*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. ACOLHIMENTO. JUÍZO DEPRECADO POSSUI COMPETÊNCIA FUNCIONAL PARA EXECUÇÃO DOS ATOS DEPRECADOS. PENALIDADE DE MULTA PREVISTA NO ARTIGO 265 DO CPP APLICADA POR JUÍZO INCOMPETENTE. DECISÃO DESCONSTITUÍDA. Caso dos autos em que o juízo deprecado apenas possui competência funcional, ficando adstrito à execução dos atos deprecados, podendo apenas consignar a ausência injustificada do advogado à solenidade para que o juízo deprecante, querendo, aplique a sanção prevista no artigo 265 do CPP. Preliminar de ilegitimidade do juízo deprecado. Acolhimento. Decisão desconstituída. Concessão da segurança. (Mandado de Segurança Nº 70058665183, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 16/04/2014)* (TJ-RS - MS: 70058665183 RS , Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 16/04/2014, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/04/2014)
>
> *No mesmo sentido tem-se decisão do STJ:*
>
> *CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CARTA PRECATÓRIA. MODIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES PELO DEPRECADO. DETERMINAÇÃO DA SUSPENSÃO PELO DEPRECADO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Quando se depreca a realização da audiência de suspensão condicional do processo, deve o deprecado cumprir a carta, como enviada. Dada a característica transacional do ato, é possível, todavia, a flexibilização, pelo deprecado, das condições. No entanto, a decisão sobre a suspensão é privativa do deprecante - juiz natural da causa.*
>
> *2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o suscitante para a formulação da proposta do art. 89 da Lei n. 9.099/95, anulando-se a suspensão condicional do processo efetivada pelo suscitado, o qual deverá apresentar as condições como estabelecidas pelo suscitante. (CC 90.339/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/03/2008, DJe 25/04/2008)*
>
> *PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.*
>
> *1. A carta precatória é tão-somente o instrumento que indica o ato, cuja prática se requisita a outro juiz, em virtude de não ser possível sua execução no Juízo em que tramita o processo, sendo indelegável, em face do princípio do juiz natural o exercício de jurisdição, restringindo-se, portanto, à comunicação dos atos processuais ou ao cumprimento de ordem judicial.*

2. Na hipótese de sursis processual, residindo o réu em outra comarca, como na espécie, impõe-se a expedição de carta precatória, cabendo ao juiz a quem for distribuída a fiscalização das condições, sendo incompetente para declarar a extinção de punibilidade.

3. Conflito conhecido declarando-se a competência do Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, o suscitante. (CC 32.602/PE, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Terceira Seção, julgado em 10/04/2002, DJ 29/04/2002, p. 160).

Não bastasse, o artigo 265, do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Com efeito, a multa será aplicada em casos que os procuradores do réu, embora devidamente intimados por mais de uma vez, sem qualquer justificativa deixam de apresentar a respectiva defesa ou comparecer em audiência designada.

A ausência injustificada do advogado a apenas um ato processual não pode configurar o abandono do processo.

A esse respeito, vale citar a doutrina de Edilson Mougenot Bonfim, segundo a qual, "ainda que injustificadamente o defensor não compareça à audiência (esteja ausente), ou compareça e por qualquer razão a "abandone", de per si, tal conduta não configura um abandono do processo, uma vez que as densidades semânticas dos verbos "ausentar" e "abandonar" são, à evidência, bastante diversas (Código de Processo Penal anotado. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 555)."

(...)

Ademais, após refletir sobre o tema proposto neste *writ*, observo que a questão deve ser avaliada caso a caso a fim de aplicar ou não a multa prevista art. 265 e parágrafos, do Código de Processo Penal, acerca do abandono do processo pelo defensor enseja a aplicação de multa, incumbindo-lhe, até a abertura da audiência, provar o justo motivo que o impede de participar do ato previamente designado.

A redação do artigo em exame dispõe um procedimento diferido para a ampla defesa e o contraditório do advogado que, não podendo comparecer à audiência, apresenta sua justificativa no momento oportuno, requerendo a dilação de prazo ou redesignação de dia para a realização do ato.

Rememorando o teor do art. 265, do CPP, antes da redação dada pela Lei n.º 11.719/08, verifica-se que o abandono da causa pelo defensor somente se daria por motivo imperioso, segundo o critério do magistrado, sob pena de aplicar a multa. Seguia seu parágrafo único determinando que a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinava adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Atualmente, o defensor permanece vinculado ao processo não o podendo abandonar senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Inova ao incluir os parágrafos 1.º e 2.º ao art. 265, oportunizando o adiamento da audiência, desde que seja justificado o motivo do não comparecimento até a abertura da audiência.

Em suma, infere-se que não havia na lei a possibilidade de adiamento do ato, salvo se por motivo imperioso, considerando-se a ausência na audiência abandono do processo, caso em que era nomeado advogado para a defesa do réu.

Dessas normas defluem entendimentos diversos: a primeira, o 'abandono do processo', ao qual caberia a aplicação da multa, e a segunda, o 'não comparecimento injustificado à audiência' na qual nem sequer haveria sanção ao defensor faltoso.

E, no que concerne ao caso dos autos nenhuma dessas circunstâncias toca a impetrante, tendo-se em vista que não violou o seu dever de conduta, como já analisado, sendo inaplicável a penalidade descrita no art. 265 do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, e com o parecer, ratifica-se a liminar, concedendo em definitivo a segurança para afastar a multa de 10 (dez) salários mínimos aplicada com base no art. 265 do Código de Processo Penal à Teresinha Aparecida Braga Menezes.

Sem custas e honorários porque incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança. Ausente, por férias, o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 08 de julho de 2015.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1404196-96.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PENA-BASE – ELEVAÇÃO EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES – INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO – SÚMULA 444 DO STJ – REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO – REGIME INTEGRALMENTE FECHADO –. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. LEI 11.464/07 – DEFERIMENTO.

Inexistindo nos autos condenação anterior transitada em julgado, não se pode, a teor da Súmula 444 do STJ, promover o aumento da pena-base a título de maus antecedentes.

Deve ser corrigido o regime de cumprimento da reprimenda no sentido de aplicar o regime inicialmente fechado, nos termos da Lei 11.464/07.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deferir a revisão criminal. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de setembro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Cuida-se de revisão criminal proposta pela Defensoria Pública Estadual em favor de Dimas Acosta, condenado à pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima, previsto no art. *121, § 2º, IV,* do Código Penal.

Busca o requerente a redução da pena-base ao mínimo legal, majorada em razão dos maus antecedentes, na medida em que o magistrado baseou-se somente em condenação não transitada em julgado.

Pleiteia ainda a *"correção da sentença proferida pelo magistrado a quo que fixou o regime "totalmente fechado" ao autor condenado por crime hediondo, para que faça constar: "regime inicialmente fechado"*.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela procedência parcial da revisão criminal, tão-somente para que a pena-base seja fixada no mínimo legal.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser deferido.

Pretende o requerente reduzir a pena-base imposta na sentença e confirmada em grau de recurso ao mínimo legal, sob a alegação de que o juiz baseou-se somente em condenação ainda não transitada em julgado.

Assiste-lhe razão.

São termos da sentença (f. 349/350) – Autos n. 2003.000342-8/0000-00:

> *"Atendo apenas às diretrizes do artigo 59 do C.P., passo a fixar a pena do réu.*
>
> *Pelo que se vê dos autos o réu já foi condenado por um outro crime, embora esteja em grau de recurso, pelo que fixo a pena base em 14 (quatorze) anos de reclusão e diminuo de um (01) ano, tendo em vista a circunstância atenuante reconhecida, tornando-a definitva em 13 (treze) anos de reclusão."*

Vê-se, assim, que o julgador elevou a reprimenda base acima do mínimo legal exclusivamente em razão dos maus antecedentes, considerando uma incidência de "um outro crime" que estava em grau de recurso (certidão de f. 77/78 e 164).

Portanto, à época da condenação pelo crime de homicídio, não havia nenhuma decisão condenatória transitada em julgado que pesasse em desfavor do requerente.

E diante do que estabelece a Súmula n. 444 do STJ - *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena- base"*, aplicável ao requerente, eis que tecnicamente primário à época dos fatos, opero a redução da pena primária ao patamar mínimo, ou seja, 12 anos de reclusão, tornando-a definitiva no mesmo patamar.

Pleiteia ainda a correção da sentença proferida pelo magistrado a quo que fixou o regime "totalmente fechado" ao autor condenado por crime hediondo, para que faça constar: regime inicialmente fechado.

Acerca do tema o *parquet*, em parecer, destacou o seguinte:

> *"Já quanto à tese de ilegalidade do regime integralmente fechado imposto na sentença, em análise aos autos da GR 014010-37.203.8.12.00 (1ª VEP da Capital) – consulta processual efetuada no website do TJMS: <tjms.jus.br>, aceso: 24/04/2015 – verifica-se dos cálculos de pena realizados em 207 (f. 184-5 daqueles autos), 209 (f. 260-2 e 281-3), 2012 (f. 416-9) e 2013 (f. 520-2) a previsão de progressão de regime para o delito de homicídio qualificado objeto da persecução que resultou na condenação hostilizada na ação em epígrafe.*
>
> *Isto é, muito embora a sentença condenatória tenha imposto o regime integralmente fechado, o fato é que o ora requerente vem progredindo (e regredindo!) de regime nos termos do que decidiu o STF no HC 82959/SP.*
>
> *Isso induz a concluir que os cálculos de pena efetuados em sede de execução penal - e homologados pelo magistrado competente - atenderam a nova diretriz do STF, que declarou inconstitucional a vedação de progressão de regime para os crimes hediondos.*

> *Enfim, o ero judiciário consubstanciado na imposição do regime integralmente fechado não mais subsiste, pois foi corrigido na execução penal, pelas decisões judiciais que homologaram os cálculos de pena.*
>
> *Logo, não há razão prática para rescindir decisão que não está produzindo efeitos no ponto que se pretende rescindir."*

Em que pese a manifestação ministerial, apenas para regular, sem sombra de dúvidas, a situação do requerente, apesar da ausência de efeito prático, entendo que, nos termos da Lei 11.464/07, que permite àqueles que praticarem delitos tidos como hediondos, progressão de regime, a reprimenda imposta ao concenado Dimas Acosta deve constar, expressamente, que o cumprimento da pena será em regime inicialmente fechado, conforme preceitua a lei supra mencionada, *verbis*:

> *"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de":*
>
> *§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*

Ante o exposto, defiro a revisão criminal interposta por Dimas Acosta, para afastar os maus antecedentes da pena-base, reduzindo-a ao mínimo legal, ficando definitivamente condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Decisão com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deferiram a revisão criminal. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0007877-24.2013.8.12.0002/50000 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – PRONÚNCIA – QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL – ALMEJADO AFASTAMENTO – PROCEDÊNCIA – EXCLUSIVIDADE DO MEIO – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO PROVIDO.

Na sentença de pronúncia veda-se ao magistrado singular a emissão de juízos de certeza ou de pleno convencimento acerca de teses igualmente plausíveis da acusação e da defesa.

É descabido, no entanto, afirmar que essa premissa permite a aplicação da famigerado *in dubio pro societate*, mesmo no Tribunal do Júri.

Cabe assentar que, em observância ao princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e o supralegal axioma da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a dúvida nunca pode autorizar qualquer aspecto da estigmatizante acusação penal.

Na hipótese, afigura-se inviável falar em utilização de meio cruel quando o meio empregado – *chutes, socos e pular no toráx da vítima* – era o único disponível aos detentos, dentro do estabelecimento prisional, para a consumação do homicídio, sendo incerto, ademais, que os agentes tinham a intenção ou mesmo submeteram a vítima a sofrimento que suplantasse o necessário para o resultado buscado.

Mostrando-se duvidosas as provas da qualificadora do art. 121, § 2º, III, do Código Penal, deve esta ser extirpada da pronúncia dos denunciados.

Recurso provido, à unanimidade, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento aos Embargos Infringentes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de setembro de 2015.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Dione Botelho Divino, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, opõe Embargos Infringentes (p. 1-8), com o objetivo de reformar o acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (p. 518-533 dos autos 0007877-24.2013.8.12.0002), a qual, por maioria, nos termos do voto do e. 1º vogal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, deu provimento ao recurso ministerial para incluir na pronúncia do embargante e também

na de Rafael Luiz dos Santos Silva, a qualificadora relativa ao meio cruel no homicídio (art. 121, § 2º, III, do Código Penal).

A defesa pede, em suma, a prevalência do vencido do e. Des. Carlos Eduardo Contar, relator originário que negou provimento ao pleito ministerial, mantendo afastada a qualificadora do meio cruel.

Embargos admitidos à p. 10.

Distribuição por sorteio (p. 11), atendida a regra do parágrafo único do art. 314 do RITJMS.

Em parecer lançado às p. 15-20, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Cuida-se de embargos infringentes (p. 1-8) opostos por Dione Botelho Divino, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, com o objetivo de reformar o acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (p. 518-533 dos autos 0007877-24.2013.8.12.0002), a qual, por maioria, nos termos do voto do e. 1º vogal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, deu provimento ao recurso ministerial para incluir na pronúncia do embargante e também na de Rafael Luiz dos Santos Silva, a qualificadora relativa ao meio cruel no homicídio (art. 121, § 2º, III, do Código Penal).

A defesa pede, em suma, a prevalência do vencido do e. Des. Carlos Eduardo Contar, relator originário que negou provimento ao pleito ministerial, mantendo afastada a qualificadora do meio cruel.

Embargos admitidos à p. 10.

Distribuição por sorteio (p. 11), atendida a regra do parágrafo único do art. 314 do RITJMS.

Em parecer lançado às p. 15-20, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

Ao recurso, entretanto, deve se dar provimento.

Recobro que a denúncia narrou a prática de um homicídio qualificado ocorrido no dia 6 de junho de 2013, dentro da cela 18, da Cadeia Linear, Ala "A", Galeria A-4, em Dourados, quando os denunciados, percebendo que a vítima[1] estava na cama de um deles, tentando molestá-lo, acabaram a derrubando no chão e *"começaram a agredir Luiz Alberto com chutes, socos, bem como pulando em cima do tórax da vítima, o que lhe causou a morte"*.

A qualificadora do art. 121, § 2º, III, do Código Penal, arrimou-se no fato de que *"o crime foi praticado com requintes de crueldade, porquanto os acusados espancaram a vítima até a morte. Como se não bastasse, restou demonstrado que os imputados pularam de cima da cama sobre o tórax do ofendido por diversas vezes"* (p. 5).

Todavia, a decisão de pronúncia desacolheu a referida qualificadora denunciada, sob o argumento de que não restou demonstrado nos autos que os agentes tinham a intenção ou mesmo submeteram a vítima

1 Luiz Alberto Aparecido.

a sofrimento que suplantasse o necessário à consumação do homicídio. Consignou, ainda, que a mera reiteração de golpes é insuficiente para caracterização do meio cruel.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso em sentido estrito contra o afastamento da qualificadora, porém sua pretensão não prosperou no voto minoritário do e. Des. Carlos Eduardo Contar, que chancelou a cognição do magistrado singular, com base nos seguintes fundamentos:

Quanto ao pleito ministerial de inclusão da qualificadora do meio cruel o magistrado a quo afastou a incidência da majorante sob o seguinte fundamento, *in verbis* (f. 350/351):

> *'No que tange, entretanto, à qualificadora do meio cruel, Celso Delmanto leciona:*
>
> *'É o meio que faz sofrer além do necessário. Para que se configure esta qualificadora, o meio cruel deve ter sido escolhido ou desejado pelo agente, visando ao padecimento de sua vítima. A repetição de golpes ou tiros, por si só, não constitui meio cruel. Será cruel, se o agente se repetiu por sadismo; não, porém se a repetição deveu-se à inexperiência ou ao nervosismo do agente'.* (Código Penal Comentado, 8ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, 2010, pag. 47).
>
> *O laudo de exame em local de morte violenta (fls. 138/148) relata que a causa da morte da vítima foi trauma torácico fechado e/ou compressão torácica, provocada por ação de natureza contundente. Referida prova confirma os depoimentos das testemunhas, bem como os próprios interrogatórios dos réus na fase inquisitorial, quando afirmaram que desferiram chutes e socos contra a vítima, na região torácica, inclusive, tendo pulado em cima da vítima. Este fato todavia, não configura a qualificadora do meio cruel, prevista no art. 121, § 2º, II do Código Penal.*
>
> *Meio cruel, como especificado por Delmanto, em sua obra citada, é aquele que provoca um maior sofrimento à vítima, quando se pratica o crime com evidente instinto de maldade, com o objetivo de se impor a vítima um sofrimento lento, duradouro e desnecessário, o que não se evidencia no caso em questão. Sendo assim, a pluralidade de atos executórios (reiteração de golpes), por si só, não configura a qualificadora do meio cruel.*
>
> *A predominante jurisprudência também é no sentido de que:*
>
> *'A simples reiteração de golpes, por si só, não qualifica o homicídio pelo emprego de meio cruel. Irá, sim, influir na dosagem da pena, caso seja seu autor condenado, ante a intensidade do dolo que transparece de seu comportamento.'* (TJSP - Rec. Rel. Onei Raphael RT 58/321).
>
> *No caso presente, o fato dos réus terem investido contra a vítima, desferindo-lhe socos e chutes, bem como, havendo evidências de que tenham pulado sobre o tórax da vítima, a ponto de ceifaram-lhe a vida, não basta para a caracterização da qualificadora do meio cruel, já que esta não pode ser reconhecida, tão só, à vista do número ou intensidade dos golpes, que, por certo, eram direcionados somente em face do provável 'animus necandi' que movia os acusados, e não para causar sofrimento além do necessário á vítima*
>
> *Ademais, este juízo entende que, a crueldade, como requinte de execução de um crime, se entende, somente, quando partida de ânimo calmo, com propósito deliberado de aumentar o sofrimento da vítima, e não do modo como ocorrido na espécie, sobretudo, por estarem os réus no momento do crime, consoante o conjunto probatório constante nos autos, enraivecidos, em razão da vítima supostamente haver tentado molestar sexualmente seu companheiro de cela Dione Botelho Divino. Assim sendo, pela provável repetição dos golpes desferidos na vítima, não se pode acolher esta qualificadora, razão pela qual afasto-a.'*

> *Verifica-se que não merece guarida o recurso ministerial sob alegação de que houve o emprego de meio cruel.*
>
> ***(...) não há que se reconhecer a qualificadora do emprego cruel, uma vez que a multiplicidade dos atos (socos e chutes) por si só não configuram o meio cruel.***
>
> ***Ademais, não há comprovação de que os atos praticados pelos acusados foram de modo que aumentassem o sofrimento da vítima ou revelassem uma brutalidade fora do comum.***
>
> *Nesse sentido colhe-se o precedente:*
>
> *'RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO COMETIDO MEDIANTE EMPREGO DE MEIO CRUEL – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA - NÃO ACOLHIMENTO.*
>
> *1. O recorrente alega que somente podemos afirmar que houve o emprego de meio cruel quando a morte tenha sido de modo penoso e desnecessário para atingir a morte da vítima, o que não ocorreu no caso dos autos.*
>
> *2. Na hipótese, há indícios suficientes de que o homicídio foi praticado mediante emprego de meio cruel, que é aquele 'que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora, em contraste com o mais elementar sentimento de piedade'.*
>
> *3. Quando não se mostra manifestamente improcedente, a qualificadora deve ser submetida para análise do Conselho de Sentença, órgão competente para analisar os elementos probatórios e proferir o veredicto.'* (TJRS, RSE 70050056118, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Julio Cesar Finger, j. 05/09/2012, DJ 04/10/2012.) ***(Destaque meu)***

Pois bem, em que pesem memoráveis os posicionamentos contrários, igualmente considero que a qualificadora do meio cruel não está caracterizada.

A uma porque não há falar em utilização de meio cruel quando o meio empregado – *no caso, chutes, socos e pular no toráx da vítima* – era o único disponível aos agentes, dentro do estabelecimento prisional, para a consumação do homicídio.

Afinal, nesse contexto de exclusividade do meio, obviamente inexiste escolha ou desejo do agente em submeter a vítima cruelmente a sofrimento maior, mas tão somente se cogita a pretensão de alcançar o resultado de possível intento homicida, como eloquentemente destacou o juiz *a quo*.

De outro lado, é certo que as provas judicializadas indicam que a vítima não foi submetida a sofrimento excepcional, pois os interrogatórios de Dione e Rafael, aliada à prova pericial, que constatou lesão na cabeça do ofendido Luiz Alberto Aparecido (p. 143), dão conta que este último perdeu a consciência já nas primeiras agressões, não sentindo as que se subseguiram enquanto estava desmaiado.

Por oportuno, observando que consta do acórdão objurgado o resumo dos sobreditos interrogatórios, dele me valho para expor o ponto:

> *"(...) Todas as testemunhas se encontravam no local dos fatos, já que estavam presos na mesma cela, e foram uníssonas em dizer que não presenciaram qualquer agressão contra vítima. Alguns alegaram que presenciaram uma conversa, uma discussão, entre os corréus Derlan, Rafael, Dione e Romário com a vítima Luiz, outros que sequer viram esta conversa.*

> *Nos interrogatórios os réus Rafael e Dione admitem que agrediram a vítima, mas sem intenção de matar, apenas para 'dar um corretivo', 'uma lição', em razão do que ela tinha tentado fazer. Já Romário e Derlan negam qualquer agressão, dizendo que apenas conversaram com o ofendido e que não viram quando ele foi agredido.*
>
> *Rafael Luiz dos Santos Silva disse em seu interrogatório que foi só ele quem agrediu a vítima, não sabendo porque os outros estão respondendo; que acordou com Dione falando para a vítima que não queria; que após conversarem com a vítima voltaram a dormir, depois se levantou e passou a agredir a vítima sozinho, com Dione só olhando; que deu socos e chutes; depois a vítima foi dormir, que ainda estava viva; que deu 'altas pancadas' na vítima; que não tinha intenção de matar; não imaginou que ele ia morrer; no outro dia viu que ele tinha morrido; quando começou a bater na vítima ela caiu no chão e começou a chutá-la; deu murros,* ***a vítima caiu, bateu a cabeça e desmaiou, ai passou a chutá-la;*** *ninguém mais agrediu a vítima; Dione ficou vendo e estava chorando; todos os outros estavam dormindo; não saiu sangue, não viu machucado; no outro dia viu um pequeno machucado na cabeça; queria dar um corretivo na vítima, não matá-la; não queria tirar a vida de ninguém; quer pagar pelo que fez e não quer que ninguém seja prejudicado; Dione não participou das agressões. (Destaquei).*
>
> *Dione Botelho Divino em seu interrogatório confirmou as acusações que pesam contra ele dizendo 'fui eu que matei'; que começou a pular em cima do peito da vítima; que foi ele e o Rafael que bateram na vítima; quando a vítima tentou molestá-lo, os quatro réus acordaram e começaram a 'trocar ideia' com a vítima, para que no dia seguinte ela saísse daquela cela e fosse para outro local; que após a conversa todos foram dormir; logo após acordou não satisfeito apenas com a conversa e passou a agredir a vítima; que Rafael não teve muita participação, 'fui eu que matei mesmo';* ***que deu um chute na cabeça da vítima, que desmaiou, ai começou a pular em cima do peito dela 'que nem cama elástica****'; que pulou bastante no peito dele; Rafael deu só uns dois chutes, fracos, de leve; quando viu que ele estava desmaiado, que tava todo quebrado, colocou uma coberta sobre ele e voltou a dormir; não tinha a intenção de matar, apenas quebrar um braço; que não sabe porque Rafael está dizendo que foi ele quem matou; a participação de Romário e Derlan foi zero, nenhuma; foi ele quem agrediu intensamente a vítima, o Rafael deu apenas dois chutes. (Destaquei)."* ***(Destaque meu)***

Cumpre salientar que a sentença de pronúncia, como decisão provisória nos casos de crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri, assume a essencial função de delinear os limites da acusação e se esta será deduzida em Plenário, cabendo-lhe, nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, limitar-se *"à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena"*.

Veda-se ao magistrado, nessa fase de prelibação, a emissão de juízos de certeza ou de pleno convencimento acerca de teses igualmente plausíveis da acusação e da defesa.

No entanto, é preciso assentar que, em observância ao princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e o supralegal axioma da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não há lugar, nem mesmo no Tribunal do Júri, para aplicação do *in dubio pro societate*, pois a dúvida nunca pode autorizar qualquer aspecto da estigmatizante acusação penal, como bem explica Aury Lopes Júnior (*in* Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013):

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

> *A questão foi tratada com muito acerto por Rangel, que ao atacar tal construção, afirma que o chamado princípio do in dubio pro societate não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal.*
>
> *Com razão, Rangel destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do in dubio pro societate. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado. Por derradeiro, enfrentando a questão na esfera do Tribunal do Júri, segue o autor explicando que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. (...) A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida."*

De se ver, portanto, que a decisão sobre a pronúncia deve sempre se sujeitar ao juízo de probabilidade, calcado na prova da materialidade e indícios sérios, indisfarçáveis e verossimilhantes de que o acusado tenha atentado ou contribuído para atentar, em tese, dolosamente contra a vida de outra pessoa, o que se aplica também, para encaminhar à análise do júri, as qualificadoras e as causas de aumento da pena que forem vislumbradas como aplicáveis.

Por conseguinte, é de se afastar a qualificadora do meio cruel, haja vista que esta é manifestamente inaplicável ao caso dos autos, constituindo sua manutenção uma ofensa ao princípio da presunção de inocência, na medida que os elementos elencados para sustentá-la são extremamente duvidosos e não autorizam a respectiva submissão ao Tribunal do Júri.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento aos Embargos Infringentes opostos por Dione Botelho Divino, com extensão do benefício ao corréu Rafael Luiz dos Santos Silva (art. 580 do Código de Processo Penal), para fazer prevalecer o voto vencido do e. Des. Carlos Eduardo Contar no apelo ministerial, e, assim, expurgar da pronúncia a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, III, do Código Penal).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos embargos infringentes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0011396-44.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – LESÃO CORPORAL EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – GRAVE AMEAÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é inviável falar-se em conversão da corporal por restritivas de direitos, encontrando-se o benefício obstado pela vedação contida no art. 44, I, do Código Penal.

Recurso não provido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de setembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

M. A. S. opõe embargos infringentes contra o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento à apelação criminal que o condenou à pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 129, § 9º, do CP (lesão corporal em violência doméstica).

Pede a prevalência do voto vencido proferido pelo e. Des. Romero Osme Dias Lopes, que deu parcial provimento ao recurso, exclusivamente para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos embargos infringentes. (p. 20-23).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por M. A. S. contra o acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento à apelação criminal que o condenou à pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 129, § 9º, do CP (lesão corporal em violência doméstica).

Pede a prevalência do voto vencido proferido pelo e. Des. Romero Osme Dias Lopes, que deu parcial provimento ao recurso, exclusivamente para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento dos embargos infringentes. (p. 20-23).

O recurso não comporta acolhimento.

Exsurge dos autos que, na data de 01 de junho de 2011, nesta capital, o denunciado M. A. S. ofendeu a integridade física de D.M, sua ex-namorada, agredindo-a com tapas, derrubando-a sobre a sua motocicleta, e ainda apertando seu pescoço com força.

Bastaria, para negar provimento a estes infringentes, mencionar que a agressão física cometida com violência é obstativa à conversão da corporal em restritivas de direitos, por expressa vedação legal contida no art. 44, I, do CP:

> *"(...) Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:– aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (...)"*

Porém, dada a importância da matéria atinente à violência doméstica, comumente relegada à infração penal de menor potencial ofensivo, creio ser necessário, inicialmente, registrar as razões que levaram o Congresso Brasileiro a editar a Lei nº 11.340/06, a qual, apesar de não conter nenhuma referência expressa ao nome Maria da Penha, assim ficou conhecida pela odisséia percorrida por essa notável brasileira contra os constantes abusos praticados pelo marido, que por mais de uma vez tentou matá-la.

Mas não é pelas agressões que a Lei ficou conhecida como "Maria da Penha", e sim em razão da luta pela efetividade de seus direitos, cujo sofrimento, inconformismo e determinação foram, e permanecem sendo, o principal estandarte da histórica luta para se coibir a violência doméstica praticada contra vítimas do sexo feminino, as quais, mesmo amparadas pela legislação, lamentavelmente ainda sofrem com o descaso do Poder Público que, por vezes, acaba por chancelar uma cultura retrógrada, machista e desumana que segue vitimando mulheres em situação semelhante à da que deu nome à Lei.

Conforme lembram os doutrinadores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (*in Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo, 3ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011*):

> *"O motivo que levou a lei a ser 'batizada' com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao ano de 1983. No dia 29 de de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M. A. H. V., colombiano de origem e naturalizado brasileiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram paraplégica".*

Continuam pontuando que a agressão causadora da paraplegia de Maria da Penha não acabou sendo a última tentativa do marido dela em matá-la e que, diante do seu temperamento violento e agressividade, ela tinha medo de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal:

> *"Foi o desfecho de uma relação tumultuada, pontilhada por agressões perpetradas pelo marido contra a esposa e também contra as filhas do casal.* ***Homem de temperamento violento, sua agressividade impedia a vítima, por temor, de deflagrar qualquer iniciativa visando a separação do casal.*** *De passado obscuro, descobriu-se, depois, que já se envolvera na prática de delitos e que possuía um filho na Colômbia, fato ignorado pela ofendida.*
>
> *O ato foi marcado de premeditação. Tanto que seu autor, dias antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Ademais, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda do veículo de sua propriedade, a pedido do marido.*
>
> *Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passada pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão. Nesse instante, entendeu o motivo pelo qual, há algum tempo, o marido utilizava o banheiro das filhas para banhar-se, restando evidente ter sido ele também o mentor dessa segunda agressão" (destaquei).*

Destacam que o caso se tornou emblemático não só pela situação pessoal da ofendida, mas em razão da inação do governo brasileiro em cumprir com os tratados internacionais que firmou para defesa dos direitos das mulheres:

> *(...) O caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington. (...)*
>
> *Pois bem, em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)*
>
> *Em virtude de tal provocação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001.*
>
> *(...) Nesse relatório é realizada uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e convenção Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005) assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados.*

Os arremates do relatório da comissão interamericana de direitos humanos foram alarmantes, apontando para o fato do país não ter aplicado internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas, dando azo à injustiças como a ocorrida com a Maria da Penha, vítima que, mesmo passados 19 anos do crime, não tinha recebido do Estado a tutela que lhe cabia:

> *Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que 'a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica'. E nem poderia ser diferente: passados 19*

> *anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade, verificada por conta, principalmente, da justiça e da utilização desenfreada de recursos, revela que o Estado brasileiro, de fato, não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas".*

A Lei Maria da Penha caminha para a primeira década de existência e, embora tenha constituído marco, ainda não foi suficiente para extirpar a violência de gênero.

Flávia Piovesan, citada no já relacionado livro de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (p. 181), adverte que *"o grau de ineficácia da referida lei revela paradoxo do Estado: romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade à violações que ocorrem no domínio privado, para, então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência contra a mulher ora são vistos como mera 'querela doméstica', ora como reflexo de ato de 'vingança ou implicância da vítima', ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. Isto culmina com a consequente falta de credibilidade no aparato da justiça".*

Talvez essa visão seja o motivo pelo qual muitas das disposições da Lei ainda não estejam sendo aplicadas na integralidade, recebendo indevidas pechas de inconstitucionalidade, quando, ao revés, constituem nada menos do que a aplicabilidade real do princípio da igualdade, conferindo tratamento desigual aos essencialmente desiguais, na medida de suas desigualdades.

Tal princípio, aliás, é consagrado justamente no primeiro inciso do art. 5º da Constituição Federal, porquanto é inviável pensar em outras garantias fundamentais, caso antes não tenha se assegurado a essencial isonomia, algo que vem sendo negligenciado às mulheres, que são submetidas há tempos à situação de hipossuficiência pela prática de diversas formas de violência, como a física ou a psicológica, tudo fruto de um processo cultural odioso que deve ser repensado em busca da igualdade formal e material entre homens e mulheres.

E o primeiro passo nessa direção é combater a violência com a aplicação correta da Lei 11.340/06, e, na hipótese telada, do próprio Código Penal, o qual, como já dito, em seu art. 44, I, expressamente veda a conversão da corporal em restritivas de direitos quando o crime for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse sentido:

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - AMEAÇA DE MORTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS - VEDAÇÃO LEGAL - SURSIS - PRESENÇA DOS REQUISITOS - POSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1- Tendo o delito sido cometido com violência ou grave ameaça, é incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, por expressa vedação do art. 44, I, do CP. Em contrapartida, atendidos os requisitos do art. 77, do CP, possível é a concessão do sursis.* (TJ/MG - Apelação Criminal n. 1.0132.10.017075-3/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, julgamento em 17/09/2013, publicação da súmula em 23/09/2013)

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. LESÃO CORPORAL LEVE E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. (2) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44, I E III, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.*

> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> *2. O artigo 44 do Código Penal estabelece requisitos que, se preenchidos, autorizam a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Todavia, in casu, diante dos crimes praticados pelo paciente (lesão corporal leve e ameaça), bem como em razão dos maus antecedentes - uma vez que já respondeu por crime da mesma espécie -, não restam preenchidas as hipóteses dos incisos I e III do referido artigo.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido.* (HC 234426/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

No caso, o fato de o embargante ter agido com violência contra a vítima, mostra-se hialina a incidência da vedação contida no art. 44, I, do Código Penal.

Portanto, não pode prevalecer o voto vencido que determinava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em crime de lesão corporal com violência contra a vítima.

Diante do exposto, em conformidade com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes opostos por M. A. S, mantendo incólume o acórdão invectivado.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor):

Acompanho o relator, para negar provimento aos infringentes, contudo, por fundamentação diversa.

É que, segundo precedentes desta Corte e também do e. STJ, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos pode ser admitida em casos de violência doméstica quando a conduta praticada é despida de maior gravidade, o que, entretanto, não é o caso dos autos, porquanto o embargante agrediu fisicamente a vítima, sua ex-namorada, com tapas, derrubando-a sobre a sua motocicleta, e ainda apertou seu pescoço com força e desferiu-lhe diversos golpes com uma câmera, deixando-a com lesões corporais aparentes.

Com efeito, a conduta retratada nos autos está acometida de um desvalor mais acentuado, razão pela qual deve ensejar a imputação de uma sanção penal de maior severidade, situação que não se coaduna com a imposição de meras penas restritivas de direito.

Dessa forma, pode-se concluir que a censurabilidade da violência perpetrada pelo embargante constitui óbice intransponível no artigo 44, inciso I, do Código Penal, situação que, portanto, impede a substituição da pena corporal.

Nesse sentido o entendimento do e. STJ:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.* ***1. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.*** *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1497232/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015) – destaquei.

> *AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. AMEAÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ÓBICE LEGAL (ART. 44, I, DO CP). PRECEDENTES DO STJ. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, o que aqui não se constata.* ***2. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm-se manifestado quanto à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em hipótese de violência doméstica. Óbice previsto no art. 44, I, do Código Penal.*** *Acórdão impugnado em harmonia com o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não havendo ilegalidade a ser reparada* (AgRg no HC n. 289.337/MG, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/5/2014). E mais: REsp n. 1.413.402/MG, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 26/2/2014. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 291.889/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015) – destaquei.
>
> *"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. NEGATIVA DE PERMUTA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1.* ***Inviável acoimar de ilegal o acórdão impetrado no ponto em que cassou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos concedida pelo Juízo singular, pois, não obstante a sanção imposta tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, verifica-se que se trata de delito cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, não restando preenchido, assim, o requisito previsto no art. 44, I, do CP.*** *2. Ordem denegada."* (HC 199.250/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011) – destaquei.

Em casos análogos, este e. Tribunal de Justiça se manifestou pela impossibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, *verbis*:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – NÃO POSSÍVEL – CARACTERIZADO O ÓBICE PREVISTO NO ARTIGO 44, INCISO I, DO CP – INFRINGENTES IMPROVIDOS.*
>
> *1. É consabido que, em recentes pronunciamentos, o e. Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que a violência ou grave ameaça, de que trata o inciso I do artigo 44 do Código Penal, não veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos crimes de ameaça e vias de fato de menor gravidade, devendo a benesse ser estendida a tais situações.*
>
> ***2. Todavia, na hipótese dos autos não se está diante de uma situação de violência irrelevante ou de baixa potencialidade lesiva. Ora, a conduta perpetrada pelo acusado, que agrediu sua companheira com socos, tapas e pancadas na cabeça, está acometida de um desvalor mais acentuado, o que enseja a imputação de uma sanção penal de maior severidade, situação que não se coaduna com a imposição de meras penas restritivas de direito. Por tal razão, pode-se concluir que a gravidade da violência perpetrada pelo embargante constitui óbice intransponível no artigo 44, inciso I, do Código Penal, situação que impede a substituição da pena corporal. 3. Infringentes improvidos.*** (TJMS; Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0011222-35.2012.8.12.0001/50001 - Campo Grande; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Seção Criminal, Julgado em 23.09.2014). - destaquei.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - CRIME DE CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO - PLEITO ABSOLUTÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA - EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE LEGÍTIMA DEFESA - NÃO DEMONSTRADA - PRINCIPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA - INCABÍVEL NO CASO CONCRETO - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, I, "F", DO CÓDIGO PENAL - INVIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Não há que se falar em absolvição pelo delito de vias de fato, eis que a autoria restou suficientemente demonstrada nos autos, especialmente em face da palavra da vítima colhida em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa;

II. Não há prova de injusta agressão, o que impede acolher a excludente de ilicitude de legítima defesa, estampada no art. 25, do Código Penal;

III. Incabível o princípio da bagatela imprópria se provada a violência sofrida pela vítima, e não reatamento da harmonia conjugal, estando legitimada a aplicação da sanção penal cominada pela legislação, sob pena de, assim não fazendo, fomentar-se a prática da violência doméstica;

IV. A agravante prevista no art. 61, I, "f", do Código Penal é plenamente aplicável aos crimes de vias de fato, já que o tipo descrito no art. 21, do Decreto-Lei n.º 3.68/41 não traz em seu bojo, a circunstância de agressão contra mulher, cônjuge ou companheira;

V. Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que o Apelante não preenche o requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal, pois, o delito foi cometido com violência física contra a vítima.

Com o parecer, recurso não provido. (TJMS; Apelação n. 0018727-77.2012.8.12.0001 - Campo Grande; Rel. Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 22.09.2014). - destaquei.

Portanto, diante das peculiaridades apresentadas no caso em tela, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois caracterizado o óbice descrito no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Destarte, com esses argumentos, nego provimento ao recurso de M. A. S., para manter incólume o acórdão embargado.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Dou provimento ao recurso, nos termos da dissidência.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0018562-93.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos crimes envolvendo violência doméstica não é possível falar em aplicação do principio da bagatela imprópria que reside no reconhecimento da desnecessidade de aplicação da pena.

Recurso não provido.

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, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de setembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A. G. opôs embargos infringentes contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento ao seu recurso de apelação.

Busca a prevalência do voto vencido proferida pela Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, que aplicou o princípio da bagatela imprópria e deixou de aplicar a reprimenda.

A Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso (p. 17-29).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por A. G. contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal que, por maioria, negou provimento ao seu recurso de apelação.

Busca a prevalência do voto vencido proferida pela Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, que aplicou o princípio da bagatela imprópria e deixou de aplicar a reprimenda.

A Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso (p. 17-29).

O recurso não deve ser provido.

Nos crimes envolvendo violência doméstica não é possível falar em aplicação do princípio da bagatela imprópria que reside no reconhecimento da desnecessidade de aplicação da pena, porquanto o objetivo da Lei n. 11.340/06 é além de coibir a violência doméstica, é preveni-la.

Nesse sentido, deve ser mantido o voto condutor do acórdão impugnado, vejamos:

> *"Ouso discordar da e. Relatora quanto à aplicação do princípio da bagatela imprópria.*
>
> *Tenho que o princípio da bagatela, própria ou imprópria, é inaplicável em delitos que envolvam violência doméstica, diante da reprovabilidade social e moral da conduta, que não é inofensiva e nem penalmente irrelevante.*
>
> *Na situação particular, pode-se verificar que se está diante de um caso de cometimento de infração penal perpetrada em situação de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/06).*
>
> *Por essa razão, é que se consagrou o entendimento de que nos delitos penais que são cometidos em situação de violência doméstica, não é admissível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, tudo sob o pretexto de que a integridade física da mulher (bem jurídico) não pode ser tida como insignificante para a tutela do Direito Penal."*

Referido delito não pode ser considerado como fato isolado, sem repercussão na sociedade, bem como não pode ser analisado como evento único e considerado insignificante diante da conveniência de preservação da unidade familiar, pois o que se terá é a permissividade para que tais agressões continuem ocorrendo contra as mulheres dentro dos lares.

A preservação da família por meio da conciliação, com a reiterada submissão da mulher a violência física e psicológica, não é o objetivo da Lei 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha na verdade é uma lei de Direitos Humanos que deve ser observada sob o enfoque de gênero, e que reforça a própria Constituição da República que destaca, em seu artigo 226, a prevalência da integridade do indivíduo sobre o núcleo familiar, diante da violência.

Desde a edição da referida norma essa problemática da unidade familiar x direitos humanos das mulheres foi atentamente observada, conforme se vê da cartilha "Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica" [1], ainda do ano 2006, elaborada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres e pelo Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos, onde já se esclarecia que a lei veio mesmo para romper paradigma:

> *"Esta lei marca explicitamente a fronteira com o entendimento tradicional dos valores hegemônicos da defesa do bem jurídico 'harmonia familiar' como forma de 'pacificação social', contrária ao reconhecimento da violência doméstica que atenta contra os direitos individuais de seus membros.*
>
> *Ao se apontar, contudo, a necessidade de pensar a tipicidade da violência doméstica contra as mulheres, o caminho dos operadores de direito têm sido muita vezes, muito diferentes do que propõe o pensamento feminista. Na sua maioria, até agora, os*

1 Machado, Lia Zanotta. Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Disponível em http://www.turminha.mpf.gov.br/para-o-professor/publicacoes/cartilha-violencia-domestica.pdf Acesso em fevereiro de 2014.

juízes e promotores quando se referem à especificidade da violência no contexto específico doméstico e familiar, tendem a dar-lhe o significado de uma família e de um lar, onde não deve haver conflitos nem violência, e se os há, deles não se deve falar ou maximizar sua importância, e que supõem implicitamente uma ordem 'natural' regida pelo chefe de família masculino. A concepção dominante do valor do lar e da família, em geral, remete a uma concepção de repetição do valor da família como sinônimo de 'privacidade' e de 'harmonia familiar', mesmo onde há conflitos graves com gravíssimos efeitos na integridade corporal e da saúde das mulheres.

Seria função do judiciário contribuir para o interesse social da preservação da 'harmonia familiar'. Este bem jurídico está plenamente presente na jurisprudência presente nos Códigos Penais Comentados que servem ao ensino dos estudantes de direito no Brasil. Os operadores de direito, ao pensarem a tipicidade da situação doméstica, pensam nesta suposta e abstrata 'harmonia familiar'. As sentenças se fazem explicitamente a favor deste bem jurídico abstrato da família.

***Minimizam-se as lesões, e acredita-se que sentenças punitivas podem estimular os conflitos dos casais com que se defrontam. Ou seja, as sentenças resultam na defesa dos agressores. Implícita, mas materialmente, se fazem contra a defesa do 'bem jurídico da integridade corporal e de saúde' da 'pessoa' das mulheres, que, aliás, é o bem invocado quando se levou a acusação à justiça**. Além da repetida defesa do valor da 'harmonia familiar' contra a defesa dos direitos individuais à integridade física, uma outra indagação básica da lógica de juízes e promotores, que não é tão comumente explicitada, é a de se questionar sobre se compete ou não à justiça 'intervir na privacidade da família'.*

Tive a possibilidade de bem desenvolver este tema sobre o valor abstrato da família e sua interpretação jurídica em consultoria realizada para o UNIFEM.(Machado, 2004).

***A nova lei advém do reconhecimento dos novos valores que respeitam os direitos à igualdade de gênero e o repúdio à violência contra as mulheres, mas a sua implementação na prática é um lugar propício para o afloramento dos valores de longa duração de uma forma acrítica por muitos operadores de direito**. Toda a sua formação na área do direito foi insistentemente construída e reforçada na defesa dos valores da família mesmo quando diante da negação dos direitos individuais no seu âmbito.*

Os grandes desafios institucionais são os das mentalidades, dos valores e da vontade política de reconhecimento dos direitos das mulheres por parte dos operadores de direito e os da viabilidade institucional de sua implementação. A tarefa é árdua, mas vale a pena e tenho certeza de que não serão poucos os operadores de direito que inovarão. E, sem dúvida, a lei é um avanço estimulador pela continuidade do combate à violência contra as mulheres." (destaquei)

Passados mais de nove anos desde o advento da Lei Maria da Penha, os operadores do Direito ainda tendem buscar um Direito penal conciliador e mais flexível, procurando minorar a situação do agressor, não raras vezes sem a real compreensão da realidade, motivada, ao contrário, por outros fatores - inclusive, promessas falsas, ameaças, reconciliação momentânea, filhos - sem considerar que foi exatamente isso que a nova lei buscou evitar, pois tais de delitos são de gravidade ímpar porque praticados pela pessoa da qual se esperaria comportamento diametralmente oposto: de proteção, respeito e tolerância.

O artigo 4º da Lei 11.340/2006 é esclarecedor quando afirma *"na interpretação desta lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".*

Ademais, no Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de ser incabível a aplicação deste princípio nos casos de violência doméstica:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. NÃO APLICAÇÃO. 1. Não têm aplicação aos delitos com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, tanto o princípio da insignificância como o da bagatela imprópria, sendo pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da relevância penal de tais condutas. 2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1464335/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015)

Resta claro, portanto, que o julgador deve interpretar a lei considerando as condições especiais das vítimas de violência doméstico-familiar, afastando qualquer interpretação que considere insignificante o delito ou prescindível a punição.

Assim, certo é que nos delitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica o princípio da bagatela imprópria.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de A. G.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

Os infringentes não comportam acolhimento, porém por fundamentos diversos.

Isso porque, ao contrário da posição defendida no r. voto inaugural, a jurisprudência tem admitido a aplicação do princípio da bagatela imprópria nas situações de violência doméstica, quando o fato não possuir peculiaridades que denotam uma maior gravidade e a vítima retomar a convivência harmônica com o ofensor.

Contudo, a hipótese tratada nos autos não deve ser tolerada, pois conforme consta nos autos, "o denunciado agrediu L.R. desferindo-lhe golpe na cabeça com instrumento contundente, causando um corte em sua testa".

Conforme se observa, a conduta delitiva é dotada de gravidade incompatível com a aplicação do princípio da bagatela imprópria, sendo, portanto, necessária a aplicação da respectiva sanção penal.

Com efeito, o Estado não deve se omitir e esperar que a violência atinja níveis irreversíveis, ou um maior agravamento das relações familiares, sob pena, inclusive, de fomentar a prática de violência doméstica.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente desta Corte, *verbis*:

> *"Via de regra, não há falar em princípio da irrelevância penal do fato quanto aos crimes praticados em situação de violência doméstica, sobretudo quando o agente já possui outras incidências criminais contra a mesma vítima, de modo que a sua incidência serviria apenas para estimular comportamentos inaceitáveis no âmbito familiar."* (TJMS; ACr 0028522-78.2010.8.12.0001 - Campo Grande; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; 2ª Câmara Criminal, j. 8.07.2013).

Assim, no caso concreto, a intervenção do direito penal é oportuna e a pena medida necessária para demonstrar a intolerância com o resultado gravoso.

Desse modo, com essa ressalva, acompanho o voto proferido pelo e. Relator para negar provimento aos infringentes.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Dou provimento ao recurso, nos termos da dissidência que originou o recurso.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (4º Vogal)

Acompanho o relator, com a ressalva do revisor, pois, embora mostra-se necessária a aplicação da sanção penal ao presente caso, tendo em vista as peculiaridades que denotam uma maior gravidade, deixo registrado que admito a aplicação do princípio da bagatela imprópria nas situações de violência doméstica.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Portal da Estratégia do TJMS está no ar - 06/07/2015



Está no ar a partir desta segunda-feira (6) o Portal da Estratégia, por meio do qual todos poderão conhecer o Plano Estratégico do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, sua Missão, Visão e Valores, dentre outras informações. O portal é uma tendência entre os tribunais do país para a divulgação de suas estratégias.

Um dos principais focos do portal é divulgar o Plano Estratégico 2015/2020, que foi elaborado de forma participativa entre todas as comarcas e a Secretaria do Tribunal de Justiça.

Dentre as características mais marcantes desse novo Plano Estratégico está a vinculação dos projetos estratégicos ao orçamento, que deverão ser implementados ao longo dos próximos seis anos.

O Plano Estratégico do judiciário estadual atende a Resolução nº 198 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e visa instituir a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020.

Construção das estratégias – O processo de elaboração e criação do Plano Estratégico 2015-2020 do Poder Judiciário de MS começou em meados de 2014, após muitas discussões e tomadas de decisões, envolvendo todas as áreas do Judiciário. Desta forma, foi construído um documento moderno, que contempla todos os desafios e características que o Poder Judiciário Estadual tem, de forma a acompanhar o que há de melhor na justiça nacional, atingindo os anseios da sociedade.

A aprovação do Planejamento Estratégico ocorreu em 8 de abril de 2015, pelo Tribunal Pleno, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Des. João Maria Lós. A publicação está no Diário da Justiça nº 3321, de 9 de abril de 2015.

Acesse o Portal pelo link "Portal da Estratégia" no menu esquerdo na página inicial do TJMS, ou pelo link http://www.tjms.jus.br/planejamento/index.php .

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Malote digital garante agilidade no cumprimento de alvarás de soltura - 13/07/2015



Está em operação a funcionalidade "Malote Digital" no sistema E-Saj. O recurso permite que seja dado cumprimento aos alvarás de soltura, no mesmo dia em que o magistrado concede o benefício. A ferramenta digital foi disponibilizada pelo Tribunal de Justiça para a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) por meio de convênio firmado pelas instituições no dia 24 de junho.

Pelo acordo, a Central Estadual de Alvará de Soltura da Agepen passa a acessar, por meio eletrônico, os alvarás de soltura, dando cumprimento imediato a decisão de um magistrado. Os servidores do órgão atuam 24 horas por dia e verificam, antes de cumprir a medida, se o preso tem outra decisão para mantê-lo encarcerado.

Segundo informações da Central Estadual de Alvará de Soltura da Agepen, ainda não há uma estatística dos cinco primeiros dias de uso do Malote Digital (que entrou em funcionamento na semana passada), mas já pode ser sentido um aumento nos trabalhos da Central. Os Alvarás estão sendo cumpridos em até 24h, garantindo a celeridade e eficiência do processo.

O sistema é totalmente sigiloso e seguro, sendo acessado apenas por pessoas autorizadas. Antes da nova ferramenta, o cumprimento era feito apenas nos dias de semana, em horário de expediente, demandando que um oficial de justiça levasse os alvarás em cada estabelecimento penal para o cumprimento. A antiga forma de trabalho poderia levar alguns dias até ser finalizada, o que prejudicava o preso com direito a liberdade.

Sem a necessidade de um oficial de justiça levar o alvará ao presídio, será reduzido custos com deslocamentos e despesas com recursos humanos. A garantia do direito do preso à liberdade e a segurança jurídica também são pontos positivos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS implantará audiência de custódia em todo o Estado - 13/07/2015



Com o intuito de implantar as audiências de custódia em todo o Estado, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) promoverá na próxima quinta-feira, 16 de julho, uma reunião para discutir a minuta de Provimento que disciplinará a realização das audiências de custódia em Mato Grosso do Sul.

O evento acontecerá no Salão Pantanal e foram convidados representantes das demais instituições envolvidas, tais como: Defensoria Pública; Procuradoria Geral de Justiça, Associação dos Magistrados, Policia Civil, Polícia Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Secretaria de Segurança Pública e Polícia Militar.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, a reunião será "para ver as dificuldades e as sugestões de cada instituição. Como também avaliar os pormenores estabelecidos no texto".

O rascunho do provimento estabelece, entre outras coisas, que a audiência de custódia (com prazo para realização de 24 horas após o recebimento do comunicado de prisão) poderá ser realizada na sala de audiências do juiz competente, ou ainda por videoconferência.

O provimento disciplinará todos os procedimentos em relação a realização de audiência de custódia no Estado, considerando que a prisão preventiva é medida de exceção, justificando-se somente nos casos expressos em lei.

Além disso, o texto leva em consideração as disposições da Lei nº 12.403/2011 que impuseram ao juiz a obrigação de converter em preventiva a prisão em flagrante delito, quando não for o caso de seu relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar.

Com esta regulamentação, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul atua em conformidade com as ações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que busca a implantação das audiências de custódia em todo o país. A medida está de acordo pactos internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional

de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Saiba mais – A audiência de custódia consiste na garantia da rápida apresentação do detido ao juiz, nos casos de prisão em flagrante. Desse modo, a audiência serve para a apreciação mais adequada e apropriada da prisão imposta, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista da pessoa presa pelo juiz.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados de MS proferem mais de 300 mil decisões no 1º semestre - 15/07/2015



No primeiro semestre de 2015 desembargadores e juízes do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul proferiram 303.996 decisões, entre acórdãos, sentenças, decisões interlocutórias e monocráticas. Os dados são do 1º e do 2º graus, inclusive dos Juizados e das Turmas Recursais dos Juizados. Em 1º grau, os juizados já correspondem a 30% do número de decisões, mesmo tendo um acervo processual correspondente a 12% do total desta instância.

O judiciário sul-mato-grossense contabilizou, ao final do primeiro semestre, um acervo processual de 739.519 feitos em andamento, sendo que mais de 85% dos processos de 1º Grau (Justiça comum e Juizados) são eletrônicos. Ainda segundo as estatísticas, a distribuição no período de janeiro a junho foi de 196.875 novos processos. Os dados são da Assessoria de Planejamento, da Secretaria Judiciária e do Conselho de Supervisão dos Juizados.

O destaque deste levantamento ficou com a competência dos Juizados, que julgaram 116% do que foi distribuído no período, sem considerar as decisões interlocutórias, que foram 15.298. No semestre deram entrada nos juizados do Estado 39.610 feitos, período em que foram proferidas sentenças de mérito em 46.125 processos.

Para o Des. Marco André Nogueira Hanson, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados, isso é consequência de um trabalho que vem sendo desenvolvido há mais de dois anos, período em que está à frente dos Juizados, e também de juízes e dos servidores, que têm demonstrado maior comprometimento com a jurisdição pertencente ao sistema dos juizados especiais do Estado.

"É também decorrência do investimento das administrações do Tribunal, inclusive a atual, por dotar o Judiciário dos servidores necessários, de instrumentos, capacitação de juízes leigos e conciliadores. A instalação da Central de Processamento Eletrônico (CPE) vem dando uma dinâmica ao andamento dos processos de forma mais célere, atendendo aos princípios que norteiam o juizado, ou seja, a celeridade processual", explicou.

Outro dado interessante é que as Turmas Recursais Mistas dos Juizados, segunda instância dos juizados, recebe poucos processos. Foram 4.290 recursos, representando 10% do que foi distribuído na primeira instância. Segundo o Des. Marco André Nogueira Hanson, isto acontece porque se está trabalhando com gestão nos juizados.

"Temos sistemas que hoje são capazes de monitorar todos os serviços realizados nos juizados, os andamentos processuais, a produção dos magistrados e a atuação dos juízes leigos e conciliadores, que inclusive são fiscalizados pelas próprias partes que participam das audiências, porquanto elas têm a possibilidade de analisar o trabalho realizado por eles no próprio site do Tribunal".

2º Grau – Somente nos seis primeiros meses de 2015, os desembargadores do Tribunal de Justiça de MS julgaram mais de 30 mil processos, dentre julgamentos colegiados e decisões monocráticas.

O segundo semestre iniciou com cerca de 35 mil processos processos pendentes de julgamento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conciliação: MS pode implantar projeto-piloto com seguradora - 16/07/2015



Nesta quinta-feira (16), o Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador de Conciliação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), recebeu o advogado especialista da BB Mafre Seguradora, Luiz Carlos Tomáz, que veio a Mato Grosso do Sul propor a implantação de um projeto-piloto.

De acordo com a proposta, a seguradora deseja inteirar-se das ações após a distribuição como uma tentativa de reduzir a demanda, visando um pré-acordo, antes que se expeça a citação para as partes, marcando a audiência. Isso significa que a seguradora teria acesso ao processo no início, para fazer uma análise do pedido e entrar em acordo com a parte.

A ideia agradou o desembargador, que aguarda sua formalização nos próximos dias e não descarta a possibilidade de haver a participação da seguradora na Semana Nacional da Conciliação, prevista para novembro em todo o país.

"O que nos foi proposto é uma solução rapidíssima para o conflito porque a seguradora, assim que o processo for distribuído, terá informações sobre o pedido trazido ao Judiciário e um prazo para analisar a demanda e, se for o caso, tentar fazer a proposta de acordo ou até mesmo atender integralmente o pedido do autor. Tudo isso em um prazo que estimamos em 60 dias", explicou o desembargador.

Vladimir ressaltou que a proposta de implantação abrange as 52 comarcas, incluídos os Juizados Especiais. "Vamos estender o projeto porque queremos abranger todas as comarcas e juizados instalados", completou.

Para o desembargador, a iniciativa resultará em mais celeridade processual, evitará aumento da demanda e, ao mesmo tempo, permitirá que a justiça entregue à população uma prestação jurisdicional ainda mais eficiente.

Luiz Carlos Tomáz esclareceu que MS foi escolhido por ser um Estado que representa muito para a companhia, já que tem um Judiciário 100% digitalizado. “Cremos que aqui será possível implantar o sistema e fazê-lo funcionar perfeitamente”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é destaque por cumprimento de meta da Corregedoria do CNJ - 17/07/2015



O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) destacou em seu site 15 tribunais que têm varas cíveis especializadas em arbitragem e entre os citados está o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Na verdade, ter na Capital duas varas cíveis que agreguem em suas competências o processamento e julgamento de conflitos decorrentes da Lei de Arbitragem faz parte da Meta 2, da Corregedoria Nacional de Justiça para 2015. O cumprimento de mais uma meta do CNJ coloca novamente o TJMS em destaque no cenário nacional.

Ressalte-se que o Poder Judiciário de MS sempre foi participe e incentivador dessa forma alternativa de solução de conflitos, colaborando decisivamente para a sua eficiência. Além disso, a arbitragem possibilita uma resposta mais rápida aos jurisdicionados, de modo a atender aos princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo.

De acordo com a Resolução nº 120, de março de 2015, compete às 3ª e 4ª Varas Cíveis Residuais de Campo Grande o processamento e julgamento, mediante distribuição entre estas e compensação em relação às demais Varas Cíveis, dos conflitos decorrentes da Lei de Arbitragem, excetuados aqueles de competência das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos.

A arbitragem é uma saída importante para o assoberbamento dos trabalhos do Judiciário, mas também é fundamental por sua celeridade. Por ser um meio de resolução de conflitos extrajudicial, o efeito direto é desafogar a justiça de muitas questões que não precisam da decisão de um juiz.

Em maio deste ano, foi sancionada a reforma da Lei de Arbitragem e, com a aprovação da nova lei, a expectativa é que o uso do instituto seja ampliado. A nova norma prevê, por exemplo, o trâmite mais rápido dos processos arbitrais e permite o uso do instituto em litígios relacionados a contratos públicos. O texto

também dá ao Judiciário o poder de conceder medidas cautelares para determinar que determinado conflito seja resolvido por meio de arbitragem.

Saiba mais – Cada vez mais, a arbitragem tem ganhado espaço na justiça brasileira por ser um meio alternativo para a solução de litígios, sem a necessidade da intervenção de um juiz de direito.

Na arbitragem, as partes abdicam do direito de compor litígio na justiça e comprometem-se a resolver a questão perante um ou mais árbitros que, em geral, são especialistas na área. No Brasil, a Lei nº 9.307/96, no art. 23, não estabelece prazo mínimo para a prolação da sentença arbitral, mas determina que o prazo pode ser de seis meses para atender ao interesse das partes.

A Lei nº 9.307/96 trouxe uma inovação ao dispor que a sentença arbitral tem a mesma eficácia da sentença judicial, não necessitando de homologação de qualquer natureza. Outra novidade está na parte que dispõe que a cláusula de arbitragem inserida nos contratos tem força obrigatória entre as partes.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS assume 2ª colocação no cumprimento de meta do CNJ - 22/07/2015



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) assumiu a segunda colocação entre os tribunais de pequeno porte do país no cumprimento da meta Enasp 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata das ações penais em andamento.

No ranking do percentual de cumprimento da meta das ações penais em tramitação, o TJMS aparece com 28,9%, atingindo a segunda colocação entre os 12 tribunais de pequeno porte, atrás apenas do TJ do Rio Grande do Norte. O índice alcançado pelo judiciário sul-mato-grossense está bem acima da média geral de cumprimento, que gira em torno dos 16%.

Para quem não sabe, a Meta de Ação Penal em Tramitação estabelece o julgamento de todas as ações penais de crimes dolosos contra a vida iniciadas até 31 de dezembro de 2009 (denúncia recebida) e que não tenham sido julgadas até 31 de outubro de 2014, com exceção das ações suspensas.

De acordo com o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e gestor das metas do CNJ no Estado, os números são bons e devem melhorar até outubro, quando termina o prazo para o julgamentos das ações penais de crimes dolosos contra a vida iniciadas até 31 de dezembro de 2009.

"Os resultados já mostram o esforço dos juízes que atuam no Tribunal do Júri, embora saibamos que certos fatores independentes de sua vontade como, por exemplo, o recambiamento de presos de outros estados da federação, atrapalhem um pouco a realização dos júris".

Cavassa ressaltou o empenho dos juízes e lembrou que o Tribunal de Justiça não mediu nem medirá esforços para permanecer em lugar de destaque no cumprimento das metas. "A administração manterá o apoio neste esforço concentrado que, a cada ano, tem o desempenho melhorado em âmbito nacional, imprimindo mais celeridade na prestação jurisdicional".

Saiba mais – As Metas Enasp 2015 para o Poder Judiciário foram definidas pelo Comitê Gestor Nacional e pelos Gestores dos Tribunais de Justiça em novembro de 2014.

Entre as metas estão a Meta de Persecução Penal de Ações Penais em Tramitação, Meta de Persecução Penal de Ações Penais Suspensas, Meta de Efetividade da Execução, além da Semana Nacional do Júri, realizada de 13 a 17 de abril deste ano.

Autor do texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mutirão DPVAT no interior começa em agosto e seguirá 12 trajetos - 24/07/2015



Em uma iniciativa inédita em todo o país, o Tribunal de Justiça estenderá para todas as comarcas de Mato Grosso do Sul o mutirão de conciliação dos processos relacionados ao seguro obrigatório DPVAT. As primeiras tratativas para a efetivação da proposta foram realizadas no dia 25 de junho.

Para discutir a viabilidade da ação reuniram-se o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós; o coordenador do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos – Conciliação, Des. Vladimir Abreu da Silva; os juízes auxiliares da Presidência, Alexandre Antunes da Silva e Paulo Afonso de Oliveira, e o representante da Seguradora Líder – DPVAT, Flávio Morais.

E o projeto torna-se realidade com a publicação no Diário da Justiça desta sexta-feira (24) da Portaria nº 10/2015, que dispõe sobre o mutirão nos processos de cobrança relativos ao seguro obrigatório DPVAT, em trâmite nas comarcas de MS.

O Des. Vladimir ressaltou que a ação é uma iniciativa inédita, fruto da parceria bem sucedida entre o Tribunal de Justiça e as seguradoras do DPVAT na Capital. “Isso nos levou a estender a proposta em todo o território estadual. Queremos dar uma resposta mais rápida à população, às pessoas carentes que dependem do recurso do seguro DPVAT e, ao mesmo tempo, desafogar os processos que tramitam na justiça sul-mato-grossense”.

Procedimentos – De acordo com a portaria, para levar o esforço concentrado às outras 51 comarcas do interior foram considerados os resultados produtivos dos mutirões do DPVAT realizados na Comarca de Campo Grande.

Assim, os mutirões serão realizados nas comarcas visando a conciliação nos processos relacionados à cobrança de DPVAT nas varas comuns e nos juizados cíveis. As comarcas serão subdivididas em 12 trajetos, com início em agosto e previsão de término em dezembro.

Os trajetos serão os seguintes: Terenos, Aquidauana, Anastácio, Miranda e Bonito (03 a 05/08); Corumbá (13 e 14/08); Jardim, Bela Vista, Nioaque e Porto Murtinho (20 e 21/08); Caarapó, Naviraí,

Itaquiraí, Eldorado, Mundo Novo, Iguatemi e Amambai (31/08 a 04/09); Camapuã, Chapadão do Sul, Costa Rica, Cassilândia, Inocência, Paranaíba e Aparecida do Taboado (14 a 18/09); Dourados (28/09 a 02/10); Sidrolândia, Maracaju, Rio Brilhante e Itaporã (19 a 21/10); Água Clara, Ribas do Rio Pardo, Três Lagoas e Brasilândia (26 a 30/10); Nova Alvorada do Sul, Bataguassu, Nova Andradina e Ivinhema (03 a a 06/11); Batayporã, Fátima do Sul, Angélica, Deodápolis e Glória de Dourados (10 a 13/11); Ponta Porã (25 a 27/11); Bandeirantes, Rio Negro, São Gabriel do Oeste, Rio Verde de Mato Grosso, Coxim, Sonora e Pedro Gomes (30/11 a 04/12).

O mutirão será realizado no fórum de cada comarca, nos horários matutinos ou vespertinos. Dois médicos peritos foram nomeados para atender em caso de necessidade de perícia, contudo as partes podem apresentar assistentes técnicos para acompanhar o trabalho dos peritos se desejarem.

Data e horário – Está publicada também no DJ desta sexta a Portaria nº 11/2015, que designa data e horário para o mutirão DPVAT nas comarcas de Terenos, Aquidauana, Anastácio, Miranda e Bonito, que será realizado de 3 a 5 de agosto. Isso significa que ficam designadas perícias e sessões de conciliações nos processos constantes do anexo da portaria.

Importante lembrar que os processos integrantes do mutirão, a partir da publicação da portaria, terão suspensos os trâmites processuais até a realização dos trabalhos. As conciliações serão realizadas pelos servidores do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, devidamente capacitados para a ação, e o evento nas comarcas será coordenado pelo juiz de cada processo.

No primeiro trajeto serão julgados três processos em Terenos, pela manhã; 11 em Anastácio, à tarde; 16 em Aquidauana, de manhã; 15 em Miranda, de manhã; e 7 em Bonito, à tarde.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fórum de Campo Grande instala sala exclusiva de videoconferência - 27/07/2015



Em cumprimento a determinação da Corregedoria do TJMS, está funcionando a partir desta segunda-feira (27) uma sala de videoconferência para atender as cartas precatórias provenientes de todas as comarcas do interior do Estado.

A nova sala tem como objetivo dar mais agilidade nos processos, diminuindo o prazo de espera do juiz da comarca para ter o retorno da carta precatória.

Estas audiências estavam sendo feitas no miniauditório do 4º andar, o que dificultava o deslocamento dos presos, e, com a nova implantação e um bom espaço, a sala ficará no piso térreo no bloco 1.

Para o juiz diretor do Foro, Aluizio Pereira dos Santos, esta sala irá facilitar o andamento processual pois "evita o deslocamento do aparelho de videoconferência de uma sala para outra, além da ocupação de espaço. Em resumo, doravante os magistrados se dirigirão até a referida sala para realizar a audiência por videoconferência".

Assim, a direção vem mantendo as reformas previstas na gestão anterior com a entrega de mais uma obra implantada e concluída.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca 2ª colocação do TJMS no cumprimento de meta - 29/07/2015



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 da nova vara da Comarca de Dourados, que será no dia 7 de agosto, e a segunda colocação do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entre os tribunais de pequeno porte do país no cumprimento da meta ENASP 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que trata das ações penais em andamento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ouvidor do CNJ elogia Judiciário de MS em audiência pública - 30/07/2015



Foto: Assessoria - OAB/MS

Legenda: Ouvidor do TJMS, Des. Luiz Claudio Bonassini

Nesta quarta-feira (29), representantes da comunidade jurídica de Mato Grosso do Sul participaram da audiência pública Acesso à Justiça, que contou com a presença do conselheiro ouvidor do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Fabiano Silveira. O evento foi realizado na sede da OAB/MS e serviu como um fórum para apresentação de reclamações e sugestões, com o intuito de fortalecer a justiça de MS.

Segundo o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, que esteve na reunião, o ouvidor do CNJ leva uma excelente impressão do sistema jurídico existente em MS. “O conselheiro Fabiano Silveira se mostrou muito otimista e satisfeito como o que viu em nosso Estado. Os problemas que foram levados a esta audiência pública são pequenos, fáceis de ser resolvidos perante a realidade nacional”, explicou Cavassa.

Na audiência foram feitas 15 manifestações dos participantes e levantados seis pontos que seriam problemas em Mato Grosso do Sul. O conselheiro Fabiano Silveira se comprometeu em dar encaminhamento a todos os pedidos levantados no encontro.

Os pontos levantados foram: a unificação das custas judiciais em todo o país; pedido de nomeação de Defensores Públicos estaduais para suprir o déficit existente na advocacia pública; resolução da questão fundiária, entrave em MS; pedido de providências sobre a assinatura das partes no termo de audiência nos processos digitais; a produtividade dos Juizados e Turmas Recursais da Justiça Federal; e, por último, pedido por parte do sindicato dos servidores do Judiciário Federal por melhorias salariais e reposição da inflação.

Também participaram da audiência pública o ouvidor do Tribunal de Justiça, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, o presidente da Amamsul, juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, o presidente da OAB/MS, Júlio Cesar Souza Rodrigues, o procurador-geral adjunto de MS, Fernando Zanele, o defensor público Guilherme Cambraia de Oliveira, a ouvidora do TRF 3ª Região, Desa. Consuelo Yoshida, a ouvidora substituta do TRE/MS, Telma Marcon, e o ouvidor do TRT da 24ª Região, Des. Amauri Rodrigues Pinto Jr.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto Justiça Restaurativa na Escola será implantado na Capital - 30/07/2015

Nesta sexta-feira (31), às 10h30, o Poder Judiciário firmará mais um acordo de cooperação técnica para implantar o Projeto Justiça Restaurativa nas Escolas nas unidades escolares da Rede Municipal de Ensino de Campo Grande.

Na assinatura do convênio estarão o Des. João Maria Lós, presidente do TJMS, o Des. Eduardo Machado Rocha, coordenador da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) de MS, o prefeito Gilmar Olarte e o secretário municipal de Educação Marcelo Monteiro Salomão.

O objetivo da ação é mobilizar a comunidade para resolução de conflitos e, ao mesmo tempo, para que se assuma um papel proativo na transformação das causas desses conflitos, com oportunidades para a transformação social.

Em Mato Grosso do Sul, a Justiça Restaurativa nas Escolas funciona desde 2012, em parceria com a educação estadual, e consiste em um processo por meio do qual todas as partes ligadas a uma ofensa reúnem-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências desta ofensa e suas implicações para o futuro.

Na verdade, a Justiça Restaurativa escolar é o modelo alternativo e complementar da justiça que busca, de forma pacífica e educativa, a resolução de conflitos utilizando como principal ferramenta o diálogo, fazendo com que o indivíduo causador de algum tipo de ofensa possa repensar seus atos e reparar os danos causados.

Desenvolvimento – Na prática, quatro servidores da SEMED atuarão como gestores e multiplicadores da técnica da justiça restaurativa nas escolas municipais da Capital e a equipe da CIJ será responsável pelo apoio técnico e operacional, até para capacitação dos servidores que atuarão no processo restaurativo.

No biênio 2013/2014 foram atendidas escolas estaduais nos bairros Santo Amaro, Itanhangá Park, Vila Bordon, Mata do Jacinto, Los Angeles, Coophavila II, Nova Lima, Aero Racho, Universitário e Uneis, em um total de 10.390 alunos atendidos.

Em um balanço rápido, as três psicólogas, a advogada e o professor que integram a equipe da CIJ no programa Justiça Restaurativa na Escola efetivaram, no mesmo biênio, 126 procedimentos restaurativos, 181 círculos de diálogo, quatro reunião de pais e 19 sensibilizações, envolvendo 10 escolas estaduais.

Para quem não sabe como funciona esta revolucionária forma de atuação, existem os procedimentos restaurativos, a sensibilização, o círculo de diálogo e a reunião de pais – todo esforço direcionado para solucionar as questões conflituosas.

O documento será assinado na presidência do Tribunal de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS utiliza teatro de rua para falar sobre Paz em Casa com população - 05/08/2015



Quem passou pelo Calçadão da rua Barão do Rio Branco, na Capital, nesta terça-feira (4), às 16 horas, assistiu a uma esquete teatral utilizada para falar com a população sobre a Paz em Casa. A campanha é uma iniciativa do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por intermédio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e complementa as ações da 2ª semana da Campanha Nacional "Justiça pela Paz em Casa".

Além das audiências designadas para o período, várias programações como palestras, debates e entrevistas estão ocorrendo em todo o Estado. O material de apoio é uma cartilha que esclarece sobre "A Paz Começa em Casa", e, na programação da Capital, o grupo Teatral "Mercado Cênico" apresenta uma história de amor e desrespeito entre Maria e José. Na peça intitulada "Já se mete a colher em briga de marido e mulher", os personagens vivem uma história na qual esclarecem gêneros das agressões mais comuns no lares e destacam a importância de a paz ter que começar em casa e, caso isso não seja possível, a denúncia é o melhor caminho e a justiça tem espaço para o amparo.

Na primeira das quatro apresentações de teatro, uma parte do calçadão do centro da cidade ficou tomada por espectadores e por equipes de televisão, jornais, sites e rádios, que aproveitaram a encenação para produzir material jornalístico sobre o tema. Entre os cidadãos era possível observar olhares que faziam um mergulho em meio a memórias ou registros pessoais. Foram vistas lágrimas, risos, olhos atentos, mãos que se entrelaçavam com força e até uma espectadora que interagia murmurando: "denuncia minha filha".

Zélia Bezerra estava com seu filho no centro de Campo Grande e acompanhou a encenação. Ela conta que nunca sofreu violência doméstica, mas acha que ao menor sinal a mulher deve denunciar. "A mulher tem que buscar os seus direitos na justiça e não ficar esperando que um mal maior aconteça no final. Achei bem interessante o teatro para a população refletir sobre este problema. Eu tenho dois meninos pequenos e já oriento que a mulher tem que ser tratada com carinho e não com violência".

Para o vice-presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, que foi assistir a encenação, o Judiciário deve estar junto a população para combater o mal da violência doméstica. “Estamos nos aproximando da comunidade campo-grandense com esta proposta que é uma instrução por meio da arte. Com este instrumento nós vamos fazer com que as pessoas compreendam com maior facilidade o objetivo da nossa campanha, que é a Paz em Casa. Vamos dizer não à violência contra a mulher”.

A esquete teatral dura pouco mais de 20 minutos e é uma forma de abordagem diferente para discutir o tema, disse o coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, Des. Ruy Celso Barbosa Florence. “O Judiciário, o Ministério Público e a Polícia trabalham com a letra fria. A arte realmente modifica e toca as pessoas, pois mexe com o consciente e com o inconsciente das pessoas. A arte é muito mais profunda e emociona, isto é importante”.

Durante a esquete teatral foram distribuídos cartões com os telefones para denúncia, além da cartilha da campanha, com informações sobre a Lei Maria da Penha, o que é e quais são os tipos de violência doméstica e familiar praticadas contra a mulher e os tipos de medidas protetivas existentes. As falas das personagens da esquete destacam o papel da justiça e também a primeira Casa da Mulher Brasileira do país, que está em Campo Grande e é preparada para dar amparo legal à mulher em situação de risco.

A campanha Justiça pela Paz em Casa, realizada no período de 3 a 7 de agosto, é nacional e foi idealizada pela ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF).



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

O advogado do futuro é conciliador e mediador, afirma Des. Romero - 19/08/2015



Durante o curso "Mediação e a Advocacia no Mato Grosso do Sul", ocorrida na noite de terça-feira (18), o Des. Romero Osme Dias Lopes falou sobre Mediação, afirmando que o uso das técnicas autocompositivas de solução de conflitos são o futuro da justiça no Brasil. O evento realizado pela OAB-MS, em parceria com a Escola de Advocacia (ESA), lotou o auditório da Ordem com advogados e entusiastas dos métodos alternativos de solução de conflitos.

O Des. Romero Osme é o coordenador de mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Segundo o magistrado, os advogados estão entendendo o processo irreversível do uso da mediação e da conciliação como método de atuação. "O paradigma do advogado do futuro é este. Ele judicializa, ingressando com a ação ou fazendo a contestação para o seu cliente, e em seguida faz a mediação ou conciliação. Estes métodos vieram para ficar".

Para o outro palestrante do curso, o advogado Nilton César Antunes da Costa, o advogado tem que se habituar com o uso da autocomposição. Nilton afirmou que o papel deve ser de colaboração ao cliente. "O advogado tem que entender a regra do jogo, qual o papel do advogado na conciliação ou na mediação, que é um papel de colaboração e não de competição".

O palestrante falou também da postura do advogado ante uma audiência de conciliação ou mediação. "O mediador ou conciliador não é um julgador, então não adianta o advogado ficar sustentando uma tese jurídica ou um posicionamento na mediação. Com esta atitude ele poderá por tudo a perder em uma autocomposição em benefício de seu próprio cliente", salientou Nilton César.

Durante o curso, o Des. Romero Osme explicou como funciona o Nupemec e os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc), já existentes em Campo Grande em parceria com quatro instituições. Segundo o magistrado, até o final do ano mais cinco Cejuscs serão instalados no interior.

O próprio desembargador já foi às comarcas de Naviraí, Dourados, Ponta Porã e Três Lagoas para fazer palestras, sensibilizando e informando a população sobre a utilização exitosa dos métodos autocompositivos de solução de conflitos. Em seguida, as comarcas terão cursos de formação de mediadores e conciliadores que antecedem a instalação dos Cejuscs.

A proposta é estender o serviço para todas as comarcas de MS, conforme estabelece a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Atualmente existem quatro CEJUSCS em Campo Grande, nas Universidades Anhanguera-Uniderp (Núcleo de Práticas Jurídicas) e Estácio de Sá (Prédio do Núcleo de Prática Jurídica - Unidade II) e, também, na Defensoria Pública do Estado, Unidade Horto Florestal. Além, é claro, de um instalado no Tribunal de Justiça, que, segundo assegurou o Des. Romero, "é um dos mais bonitos e eficientes do nosso país".



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Assembleia aprova elevação de Corumbá e Três Lagoas a entrância especial - 10/09/2015




Legenda: Fóruns de Três Lagoas e Corumbá

Foi aprovado nesta quinta-feira (10) pela Assembleia Legislativa, em primeira e segunda votação, o Projeto de Lei 246/2015 de autoria do Tribunal de Justiça que eleva as comarcas de Corumbá e Três Lagoas à categoria de Entrância Especial. O projeto segue agora para sanção do governador Reinaldo Azambuja.

Na tribuna da Casa de Leis, o deputado Eduardo Rocha elogiou o trabalho do presidente do TJMS, desembargador João Maria Lós, e dos demais desembargadores do Órgão Especial que no dia 19 de agosto aprovaram a proposta no âmbito do Poder Judiciário.

Na ocasião da aprovação da proposta de projeto de lei no Tribunal de Justiça, o presidente do TJ, Des. João Maria Lós, explicou que a proposição se justifica na dimensão que as referidas comarcas passaram a apresentar, tanto no aspecto populacional das cidades que as compõem quanto no desenvolvimento econômico, cultural e social, o que vem gerando impacto, sobretudo na movimentação forense.

Para Lós, a elevação das comarcas tem o objetivo de possibilitar uma resposta mais rápida aos jurisdicionados, de modo a atender aos princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo. “Importante destacar que a elevação dessas comarcas é o reconhecimento ao crescimento e à pujança dessas cidades, que estão se desenvolvendo. Corumbá é a terceira cidade mais populosa do Estado e Três Lagoas é a cidade que mais se desenvolve em MS. O Tribunal de Justiça está preocupado em responder à altura, com a prestação jurisdicional adequada”.

Questionado sobre o que se pode esperar com mais duas comarcas de entrância especial, o presidente do TJMS ressaltou que a expectativa para as comarcas é a de mais estabilidade dos juízes, que devem permanecer nessas comarcas, já que sendo a comarca de entrância especial o juiz não precisa ir a Campo Grande para concorrer a uma vaga no Tribunal de Justiça. De Corumbá e Três Lagoas estará concorrendo em condições de igualdade com juízes da Capital e Dourados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa: CNJ reconhece trabalho de juiz de MS - 10/09/2015



Mais uma vez, o trabalho da magistratura sul-mato-grossense se destaca no cenário nacional. O juiz Roberto Ferreira Filho, da 1ª Vara Criminal de Campo Grande, foi convidado pelo ministro Ricardo Lewandowski, presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para integrar o Grupo de Trabalho que desenvolverá a Justiça Restaurativa no país.

O Grupo de Trabalho foi instituído pela Portaria nº 74/2015 e será composto por juízes e desembargadores de todo o Brasil, além do Secretário-Geral e juízes auxiliares da Presidência do CNJ. A primeira será realizada no dia 17 de setembro, às 14 horas, no plenário do CNJ, em Brasília.

O juiz explicou que o grupo trabalhará com foco nas questões da infância e ressaltou que quase todos os membros ou são integrantes da Fonajuv ou desenvolvem um trabalho na área dos juizados criminais.

"Minha indicação partiu sobretudo do juiz Leoberto, criador e primeiro presidente do Fonajuv. Eu já atuava em um grupo de trabalho parecido na AMB, mas os compromissos na Vara Criminal não me permitiram continuar. A ideia agora é editar uma resolução do CNJ sobre a Justiça Restaurativa, principalmente porque esse foi um dos primeiros compromissos assumidos pelo ministro Lewandowski. Acredito no empenho dos integrantes do grupo no desenvolvimento de um bom trabalho".

Roberto Ferreira Filho trabalhará ao lado de renomados profissionais como Leoberto Brancher (juiz do TJRS), Des. Roberto Portugal Bacellar (TJPR), Egberto de Almeida Penido (juiz do TJSP), Des. Joanice Maria Guimarães de Jesus (TJBA), Carlos Donizete Ferreira da Silva (juiz do TJMG) e Jurema Carolina da Silveira Gomes (juíza do TJPR).

Integram também o grupo Laryssa Angélica Copack Muniz (juíza do TJPR), Marcelo Nalesso Salmaso (juiz do TJSP), Vanessa Aufiero da Rocha (juíza do TJSP), Fabrício Bittencourt da Cruz (Secretário-Geral do CNJ), André Gomma de Azevedo (juiz auxiliar da Presidência do CNJ) e Bruno Ronchetti de Castro (Secretário-Geral Adjunto do CNJ), que presidirá o grupo.

Em Mato Grosso do Sul, a Justiça Restaurativa tornou-se prática na Capital, na busca do atendimento das necessidades da vítima, ao mesmo tempo em que o agressor é convocado a participar do processo de reparação do dano e a se reintegrar à sociedade.

Importante ressaltar que a prática estimula a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos e, em Mato Grosso do Sul, desde 2009, quando Campo Grande sediou o I Encontro da Justiça Restaurativa de Mato Grosso em Sul, a Justiça Restaurativa vem sendo executada.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

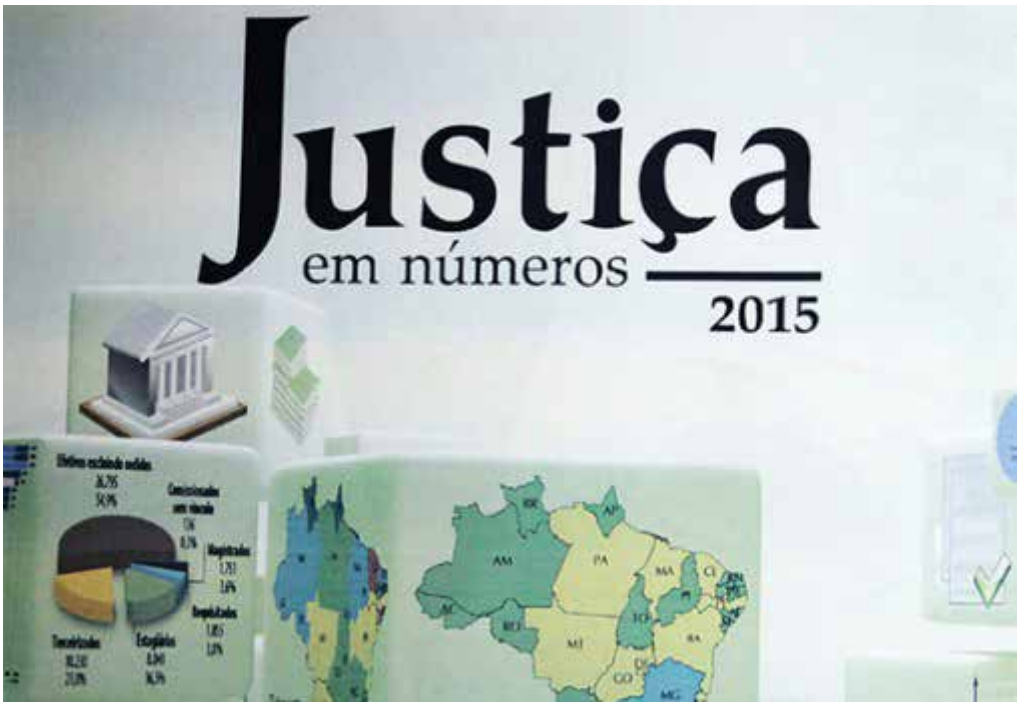
Vídeo: Boletim destaca integração de sistemas do TJMS com o TRF-3 - 10/09/2015



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 reunião para a implantação da remessa eletrônica de processos entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS destaca-se no relatório Justiça em Números 2015 - 15/09/2015



Mais uma vez o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é destaque no relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça na tarde desta terça-feira (15). Na edição 2015 (ano-base 2014) da publicação, o Poder Judiciário de MS alcançou 88,8% de eficiência e produtividade (IPC-Jus), o que está acima do índice médio da justiça estadual e representa um crescimento em relação ao ano anterior.

De acordo com o juiz auxiliar da Presidência do TJMS e gestor das metas do CNJ no Estado, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, os resultados são positivos, pois novamente foram baixados mais processos do que entraram. "Melhoramos o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) e ficamos entre os cinco primeiros tribunais de pequeno porte. Este resultado só foi possível graças aos esforços de todos os magistrados e servidores do Poder Judiciário de MS", ressaltou.

Na edição deste ano do relatório Justiça em Números, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul apresentou resultados positivos em diversos aspectos pesquisados, dentre os quais destacam-se:

- Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM): Os desembargadores do TJMS apresentaram a segunda maior produtividade em comparação com o tribunais de pequeno porte e a quarta maior da Justiça Estadual (comparação Grande, Médio e Pequeno Porte).

- Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jud): Os servidores do Tribunal tiveram a maior produtividade dentre os tribunais de pequeno porte e terceira maior de toda a Justiça Estadual.

- Índice de Atendimento à Demanda (IAD): Em 2º Grau, o Judiciário de MS teve o quinto melhor IAD da Justiça Estadual com 111% e em 1º Grau atingiu 103%, acima da média nacional. Este índice verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos. O ideal é que esse indicador permaneça superior a 100% para evitar aumento dos casos pendentes. Na fase de execução o TJMS alcançou 143%, quinto maior do país.

- Taxa de Congestionamento: Com 13% em 2º Grau, o TJMS teve a segunda menor taxa de congestionamento da Justiça Estadual e a menor dentre os tribunais de pequeno porte. Em 1º Grau a taxa de congestionamento ficou 11% abaixo da média da justiça estadual.

- Processos Eletrônicos: O Tribunal de Justiça de MS é um dos três tribunais do país que possuem 100% dos novos processos de 1º Grau no formato eletrônico, juntamente com o TJAC e TJTO.

Justiça em Números – Uma das principais publicações anuais sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro, o relatório Justiça em Números inclui os principais indicadores da Justiça no que diz respeito à sua estrutura, orçamento e litigiosidade. Número de processos novos, baixados e julgados, gastos com recursos humanos, receita, quantidade de magistrados e servidores são apenas alguns dos dados que fazem parte da pesquisa, que contém ainda informações detalhadas por ramo de Justiça, por tribunal e por instância.

A pesquisa Justiça em Números traz este ano uma série de novidades. A principal delas é a inclusão de dados sobre o número de unidades judiciárias de Primeiro Grau (varas, comarcas, juizados, zonas eleitorais, etc), além da divisão por tribunal e por tipo ou especialidade. Outra novidade é a inclusão da lista dos assuntos mais demandados nos casos que chegaram ao Judiciário em 2014. Há também uma sessão específica sobre Justiça Digital e outra que analisa os indicadores de 1º e de 2º graus.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Entrevista: “O crescimento e aperfeiçoamento dos Juizados são nítidos” - 16/09/2015



No mês em que é comemorado em todo o país os 20 anos da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a Secretaria de Comunicação do Tribunal de Justiça entrevista o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson, que está à frente da gestão dos Juizados em MS desde fevereiro de 2013 e traça um panorama das duas décadas da lei federal e das perspectivas para o futuro.

No ano em que se comemora os 20 anos de Juizados Especiais, a Ministra Nancy Andrighi conclamou a todos os magistrados a redescobrirem os Juizados. De que forma isso pode ser feito?

É louvável a atitude da ministra, em especial porque se nota claramente seu interesse em revigorar cada vez mais o sistema do Juizado. Redescobrir os juizados é fazer uma reflexão dos acertos e dos equívocos, visando o aperfeiçoamento do Sistema, na incessante busca de uma Justiça célere.

Para isso, há necessidade de constante aprimoramento de serviços, aperfeiçoamento e atualização de magistrados, servidores e auxiliares, não só para a facilitação de acesso à Justiça, mas principalmente para proporcionar maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

Há 20 anos a Lei dos Juizados Especiais foi criada como garantia de maior agilidade na prestação jurisdicional. Podemos dizer que isso foi cumprido ao longo desses anos?

O Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, juntamente com a Administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, sabedores do crescimento exponencial do número de demandas anuais, acompanha sistematicamente a movimentação processual de cada Comarca.

Os relatórios apresentados pela Assessoria de Planejamento mostram que os Juizados Especiais no Estado de Mato Grosso do Sul, em quase sua totalidade, mantém um acervo processual dentro dos prazos e das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, resultado de uma prestação jurisdicional que cumpre os princípios norteadores da simplicidade e celeridade.

Além disso, a redução do acervo processual é uma das metas do Conselho de Supervisão, que se empenha para ter uma prestação jurisdicional padronizada, facilitando o acesso à Justiça e, principalmente, proporcionando à população um sistema integrado que possibilite a solução rápida e eficiente dos conflitos que lhes compete, sem afastar o processo das normas Constitucionais.

E diante dessa perspectiva, dentre as ações propostas pelo Conselho de Supervisão visando atender ao Programa "Redescobrindo os Juizados Especiais", estabeleceu-se no período de 21 a 25 de setembro vindouro a realização de mutirão de trabalho nas 52 Comarcas do Estado, designando-se audiências de conciliação, instrução e julgamento, que têm como escopo a redução do acervo processual, com a imediata solução de conflitos e pacificação social no âmbito do Judiciário Estadual sul-mato-grossense.

Qual sua avaliação dos Juizados Especiais em MS nesses 20 anos da promulgação da Lei Federal?

Não há dúvida que o Sistema passou por transformações. O crescimento e aperfeiçoamento são nítidos.

Os Juizados Especiais estão em pleno funcionamento nas 52 Comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nas Comarcas de Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Corumbá há Juizado Especial do Trânsito, cujo reconhecimento social se extrai do expressivo número de atendimentos realizados. Percebe-se que a procura da população pelos serviços dessa Justiça Especializada tem aumentado consideravelmente.

De igual forma, a Justiça Itinerante nas Comarcas de Campo Grande e Dourados aproxima o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul à população, proporcionando atendimento e orientações jurídicas em bairros mais afastados da região central e Distritos.

Outro projeto que merece destaque, ante o crescimento exponencial do número de demandas em observância ao resultado obtido com as atividades desenvolvidas, é o Projeto Justiça sobre as Águas, que tem o intuito de aproximar o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul à população ribeirinha da Comarca de Corumbá, por meio de convênio firmado entre o TJMS e a Marinha do Brasil, que implantou o Juizado Itinerante Fluvial na Comarca de Corumbá (MS). Em alusão à comemoração dos 20 anos de criação dos Juizados Especiais, realizará seu segundo atendimento no decorrer do mês de setembro vindouro.

Neste panorama, constata-se que foram expressivas as melhorias e ampliações dos Juizados Especiais para que a prestação jurisdicional fosse padronizada, facilitando-se o acesso à Justiça e, principalmente, proporcionando à população um sistema integrado que possibilite a solução rápida e eficiente dos conflitos que lhes compete.

Ainda assim, há muito que realizar em prol dos Juizados Especiais de nosso Estado.

As metas deste Conselho visam elevar o número de conciliações e reduzir o acervo processual, por meio de um trabalho de conscientização da população, nem sempre habituada a esse método de solução de conflitos, mas que traz em si a essência dos Juizados Especiais.

A Ministra Nancy fala da "importância da instituição do Juiz Leigo". Qual sua opinião sobre o trabalho desses operadores do direito?

Os juízes leigos exercem um papel de grande relevância para a sistemática dos Juizados, contribuindo para a maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

Este Conselho de Supervisão realiza a constante fiscalização das atividades dos magistrados dos Juizados Especiais deste Estado, apurando mensalmente o andamento processual dos autos conclusos aos Juízes Leigos, assim como expedindo ofício ao Juízo em que há processos sem julgamento há mais de 30 (trinta) dias, para que promova o imediato julgamento.

Outra relevante iniciativa foi a criação de ferramenta avaliação de juízes leigos e conciliadores, auxiliares da justiça que atuam nos Juizados Especiais sob a supervisão do Juiz de Direito. Tal ferramenta, que vem ao encontro da orientação contida na Resolução n. 174/2013 do Conselho Nacional de Justiça, permite não apenas a avaliação do desempenho dos juízes leigos e conciliadores, mas também possibilita aferir a satisfação dos usuários dos serviços prestados pelos Juizados Especiais, e, consequentemente, adotar medidas para seu contínuo aperfeiçoamento.

Visando ainda atender as orientações contidas na Resolução n. 174/2013 do Conselho Nacional de Justiça, será realizado no prazo de até 120 dias um processo seletivo simplificado para a escolha de juízes leigos para as unidades dos respectivos juizados do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em 10 meses está prevista a inauguração de um novo espaço onde o juizado será abrigado e que a população terá muito mais acesso e facilidades em termos de estrutura. Isso vai fortalecer a figura do juizado especial em Campo Grande?

A ideia é essa. O novo prédio trará novas acomodações e propiciará mais conforto ao jurisdicionado, além de estar localizado em área central desta Capital, o que facilitará o acesso.

Aliado a isso, haverá implementação de novas tecnologias e serviços, tal como a implantação da Central de Processamento Eletrônico (CPE), cuja medida visa concentrar a força de trabalho, padronizando os procedimentos cartorários e, com isso, aumentar, com qualidade, a produtividade na área fim, amenizando o problema acarretado pelo deficiente número de servidores nas varas dos Juizados.

Todavia, resultados satisfatórios a confirmar a ampliação da atuação e a efetiva aproximação da sociedade ao Judiciário, somente serão possíveis com a participação, o apoio e o comprometimento da administração, dos magistrados e servidores que atuam junto aos Juizados Especiais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Direito infantojuvenil indígena é tema de debates em Dourados - 18/09/2015



Durante toda a quinta-feira (17), profissionais de diversas áreas debateram os direitos das crianças e adolescentes indígenas na Comarca de Dourados. O evento, com palestras e mesas-redondas, é uma realização do Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS) e da Coordenadoria da Infância e da Juventude, em parceria com a Unigran - Centro Universitário da Grande Dourados, contando com a participação de seu coordenador, o Des. Eduardo Machado Rocha, da Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, além de outras autoridades locais.

No período da manhã, duas palestras com o advogado constitucionalista Paulo Eduardo Lépore, e com o defensor público estadual Rodrigo Zoccoal Rosa, abordaram a temática sobre a ótica jurídica e legal, apresentando como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Tratados Internacionais e legislações sobre a temática indígena podem ser uma forma de criar soluções para este caso.

Segundo explica Paulo Lépore, o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que garantem todo um arcabouço de direito aos indígenas. “Não devemos nos furtar da garantia de todos os direitos humanos dos indígenas, principalmente as crianças e jovens”.

O Des. Eduardo Machado Rocha explicou que os diversos determinantes sociais impactam na saúde, na educação e na qualidade de vida da população indígena da região de Dourados. “Nós vemos que os desajustes das famílias, os problemas com alcoolismo e com drogas são raiz do problema nas aldeias de Dourados”.

Para o magistrado, dentre todos os aspectos jurídicos e legais a criança indígena é prioridade absoluta. “Os direitos das crianças e adolescentes, não importa o credo, a etnia, posição social, elas têm preferência absoluta sobre qualquer outro direito. Aqui em Dourados, por termos a maior população indígena do Estado e as aldeias Bororó e Jaguapiru estarem entre duas cidades, os reflexos sociais negativos são enormes. Estas

aldeias têm muitos casos de desestruturação familiar, com crianças abandonadas, inclusive temos notícias de que, recentemente, uma criança indígena estava vivendo em um hospital, sem uma resolução para o seu caso. E nós não podemos admitir abusos a direitos".

No período da tarde, os debates se iniciaram com uma mesa-redonda, na qual a Desa. Maria Isabel de Matos Rocha fez um histórico da população indígena e suas culturas, a partir da chegada dos colonizadores europeus. Os trabalhos desta mesa abordaram, principalmente, a temática da adoção. Para a magistrada, "o processo, nos casos de criança indígena, deve ser feito na forma conforme a lei, com a presença da Funai, sempre buscando a reinserção em família de mesmo grupo étnico, respeitando a identidade cultural, tradição e costumes de seu povo original".

Na outra mesa de debate, o vereador Aguilera de Souza, primeiro vereador indígena de Dourados, mostrou seu ponto de vista, enquanto indígena. Para ele, as três esferas do Poder Público têm que buscar alternativas, implementando políticas públicas para por fim aos problemas sociais dentro das aldeias, principalmente o consumo de drogas e álcool que é feito indiscriminadamente, inclusive, por crianças".

No evento, que ocorreu no auditório da Unigran de Dourados, participaram diversas autoridades do Judiciário, políticas e da sociedade civil, entre elas o juiz da vara da infância e juventude da Comarca de Dourados, Zaloar Murat Martins de Souza, o prefeito da cidade, Murilo Zauith, o presidente da Câmara Municipal, Idenor Machado, a reitora da Unigran, Rosa Maria D'amato de Déa, o presidente da quarta subseção de Dourados da OAB-MS, Felipe Cazuo Azuma, e o procurador Federal junto à Funai, Carlos Felipe da Silva Ribeiro, entre outros.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Instalado em Corumbá 1º Centro de Solução de Conflitos do interior - 18/09/2015



O Tribunal de Justiça instalou na manhã desta sexta-feira (18), às 9h30, no prédio do Fórum de Corumbá, o primeiro Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) no interior. Os próximos serão instalados nas comarcas de Naviraí, Dourados, Três Lagoas e Ponta Porã.

A proposta é estender o serviço para todas as comarcas sul-mato-grossenses, conforme estabelece a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Em um discurso rápido, o Des. Romero Osme Dias Lopes, coordenador de mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), explicou a diferença entre conciliação, mediação e acordo. Para ele, os métodos consensuais de solução de conflitos não vão substituir a sentença, contudo, em alguns casos, têm o condão de pacificar um conflito que não terminaria com a decisão de um juiz.

"Questões de família e vizinhança não serão resolvidas com uma sentença, entretanto, a mediação ou a conciliação poderão tirar o sentimento negativo de mágoa, rancor e frustração que as pessoas carregam e que dificultam a autocomposição. O que propomos é substituir a cultura da sentença. Esperamos que os resultados obtidos em Corumbá sejam positivos", disse Romero.

Em Corumbá, o juiz Maurício Cleber Miglioranzi Santos, da 1ª Vara Cível, vai coordenar os trabalhos no Cejusc e confessou estar honrado com a nova função que lhe foi confiada.

"O acesso ao Poder Judiciário é algo tão fundamental ao ser humano, que não lhe pode ser sonegado sob qualquer ótica, na medida em que a mão da Justiça é que acalenta o desalentado. Assim, o instituto da mediação e o Centro de Justiça e Cidadania da Comarca de Corumbá agregam à comarca não só mais uma forma de acesso ao Poder Judiciário, inclusive anteriormente ao aforamento da ação judicial, mas sim uma nova cultura indispensável de ser difundida junto à sociedade".

O presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, lembrou que em Campo Grande existem cinco Cejuscs implantados e os resultados têm sido satisfatórios e ressaltou a intenção de estender esta maneira de atendimento ao jurisdicionado em mais comarcas do interior .

"O Centro instalado no Tribunal de Justiça é um dos mais eficientes do país e este é o primeiro Cejusc do interior, prestigiando a Comarca de Corumbá que há muito necessitava de um local para conciliação e mediação. O Des. Romero bem disse quando citou que os métodos consensuais de solução de conflitos não substituirão a sentença, mas auxiliarão na autocomposição".

Prestigiaram a solenidade de instalação, além dos juízes da comarca e autoridades locais civis e militares, os desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Julizar Barbosa Trindade, Sérgio Fernandes Martins, Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Dorival Moreira dos Santos, Marco André Nogueira Hanson, Marcos José de Brito Rodrigues, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Amaury da Silva Kuklinski, Luiz Claudio Bonassini da Silva, Odemilson Roberto Castro Fassa, Nélio Stábile, os juízes convocados Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago; do presidente da AMAMSUL, Luiz Felipe Medeiros Vieira, e juízes da Capital.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Solenidade marca elevação de Corumbá a entrância especial - 18/09/2015



"Um ato de justiça para com a história de Corumbá". Com estas palavras, o Des. João Maria Lós, presidente do Tribunal de Justiça, declarou formalmente a elevação da Comarca de Corumbá para entrância especial.

Em seu discurso, ele fez uma retrospectiva histórica da comarca e frisou que enganam-se os que pensam que a elevação tornará o trabalho do Judiciário mais fácil, pois se antes a população cobrava uma prestação de qualidade, agora cobrará duplamente.

"Nosso trabalho não é fácil, mas queremos que o jurisdicionado tenha o melhor da justiça e a elevação da Comarca de Corumbá para entrância especial é parte das ações que o Poder Judiciário de MS está adotando para tornar realidade os anseios da população. (…) Não importa se falamos da maior planície alagada do mundo. Importa que onde há um cidadão, há de haver justiça, há de haver esforço", completou Lós.

Em um ato histórico, os desembargadores do Tribunal Pleno realizaram uma sessão para formalizar a elevação da comarca, no Centro de Convenções do Pantanal Miguel Gómez. Discursaram também representantes do Ministério Público, da Defensoria, da OAB/MS (seccional Corumbá), além dos prefeitos de Corumbá e Ladário.

O juiz diretor do Foro, Alysson Kneipp Duque, não escondeu a alegria em ver Corumbá tornar-se comarca de entrância especial. Em seu discurso, ele lembrou que a prestação jurisdicional deve ser rápida para ser eficiente, seja na Capital ou no interior, pois o direito deve chegar na mesma intensidade a qualquer destino geográfico.

"Devo agradecer à administração do TJMS que reconheceu a necessidade de adequar a Comarca de Corumbá as suas peculiaridades e aos números, e formalizaram a elevação. Estejam certos que nós, juízes e servidores da comarca, incrementaremos a atividade judiciária em favor da nossa população, em razão dos benefícios provindos da elevação. Recebam nosso respeitosos agradecimentos e reconhecimento pelos esforços envidados nessa empreitada".

Em nome dos magistrados, o presidente da Amamsul, Luiz Felipe Medeiros Vieira, lembrou que a elevação era um anseio antigo e que é um passo importante na distribuição da justiça, na difusão da paz social.

"A população exige que os juízes atendam efetivamente os anseios da sociedade, com uma prestação jurisdicional célere, e que seja firme em suas decisões. E a nova estrutura de gabinete certamente resultará em aumento na produtividade processual, atendendo o anseio da sociedade. Como disse o presidente do TJMS, os resultados do esforço empreendido em favor de Corumbá não tardam a se mostrar".

Com a elevação, a expectativa é a de mais estabilidade dos juízes, que devem permanecer nessas comarcas, já que sendo a comarca de entrância especial o juiz não precisa ir a Campo Grande para concorrer a uma vaga no Tribunal de Justiça. De Corumbá e Três Lagoas estará concorrendo em condições de igualdade com juízes da Capital e Dourados.

Quando o Estado de Mato Grosso do Sul foi instalado, em 1979, apenas a Comarca de Campo Grande era de entrância especial. A Comarca de Dourados foi elevada a segunda entrância para entrância especial no dia 6 de janeiro de 1989, em consequência da Resolução nº 105/88. A lei estadual que elevou as comarcas de Corumbá e Três Lagoas foi publicada no Diário Oficial de MS do dia 15 de setembro.

Prestigiaram a solenidade de instalação, compondo o Tribunal Pleno, os desembargadores João Maria Lós, Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Julizar Barbosa Trindade, Sérgio Fernandes Martins, Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Dorival Moreira dos Santos, Marco André Nogueira Hanson, Marcos José de Brito Rodrigues, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Amaury da Silva Kuklinski, Luiz Claudio Bonassini da Silva, Odemilson Roberto Castro Fassa, Nélio Stábile e os juízes convocados Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago.

Estavam também presentes os juízes auxiliares da Presidência do TJMS Luiz Antonio Cavassa de Almeida e Paulo Afonso de Oliveira, o presidente da AMAMSUL, Luiz Felipe Medeiros Vieira, os juízes da Capital Saskia Elizabeth Schwans, Paulo Henrique Pereira, Roberto Ferreira Filho, Gil Messias Fleming, além dos juízes de Corumbá Alysson Kneipp Duque, Emerson Ricardo Fernandes, Maurício Cleber Miglioranzi Santos, Deyvis Ecco, Daniel Scaramella Moreira, André Luiz Monteiro e Luíza Vieira Sá de Figueiredo.

Dentre outras autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo estavam o prefeito de Corumbá, Paulo Duarte, e os deputados estaduais Junior Mochi, presidente da Assembleia Legislativa, Felipe Orro, Rinaldo Modesto e Amarildo Cruz.







Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS e do Paraguai assinam moção de cooperação - 21/09/2015



Na última semana, os juízes Adriano Rosa Bastos, Marcelo Marques e Eguilliel Ricardo da Silva, acompanhados de promotoras e um procurador da República, estiveram no Palácio da Justiça paraguaia para assinar uma Moção de Cooperação Jurídica e Policial.

Os magistrados foram recebidos pelo presidente do Tribunal de Apelação do Departamento de Amambay (equivalente a um Estado brasileiro), Hugo Ramon Grancia Lezcano, além de outros desembargadores e juízes.

"Ficamos impressionados com a estrutura que eles possuem para trabalhar. No Palácio atuam 12 juízes e 9 desembargadores. Discutimos a respeito de cooperação mútua para prisão de criminosos dos dois países, dentre outros assuntos de interesse da fronteira e assinamos uma Moção de Cooperação Jurídica e Policial, que será apresentada no Fórum do Mercosul", explicou Adriano.

A moção será enviada para a Reunião Especializada de Ministérios Públicos do Mercosul (REMPM), cuja data ainda não foi marcada.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS aprova Plano de Logística Sustentável - 22/09/2015



O Órgão Especial do Tribunal de Justiça aprovou, na sessão do dia 16 de setembro, o Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. O plano foi elaborado em cumprimento à resolução do Conselho Nacional de Justiça que determina aos órgãos e conselhos do Judiciário a criação de unidades ou núcleos socioambientais, em que prevê a implantação de um plano de logística sustentável.

O PLS visa promover a responsabilidade socioambiental e inserir critérios de sustentabilidade nas atividades da administração pública. A inserção desses critérios envolve mudanças nos investimentos, compras e contratação de serviços pelo judiciário até uma gestão adequada dos resíduos gerados e dos recursos naturais utilizados, além da promoção da melhoria na qualidade de vida do ambiente de trabalho.

O Plano de Logística Sustentável (PLS) busca consolidar, organizar, aprimorar e sistematizar as boas práticas de sustentabilidade no Poder Judiciário de MS e fornecer diretrizes para novas ações. Tem como principais objetivos:

a) difundir e promover a prática da ecoeficiência no âmbito do órgão;

b) revisar e aprimorar os processos de compras e contratações, com vistas ao desenvolvimento de especificações para aquisição de bens, serviços e projetos pautados por critérios de sustentabilidade ambiental;

c) qualificar as instalações e as edificações para melhor utilização e aproveitamento dos recursos naturais;

d) Promover ações de sensibilização e capacitação do corpo funcional;

e) estabelecer parcerias, visando à reciclagem de resíduos ou à destinação ambientalmente correta; e

f) promover a qualidade de vida no ambiente do trabalho.

Cabe à Comissão Gestora do PLS do Poder Judiciário de MS, constituída pela Portaria nº 766, de 27 de julho de 2015, a elaboração do plano logístico, o monitoramento de seu cumprimento, a avaliação contínua de seus resultados e a revisão periódica de seu conteúdo.

Pelo Plano de Logística Sustentável serão implantadas práticas de sustentabilidade nas seguintes áreas: Material de Consumo (Papel, Copos Descartáveis e outros Materiais de Consumo); Energia Elétrica; Água e Esgoto; Gestão de Resíduos; Qualidade de Vida no Ambiente de Trabalho; Telefonia Fixa e móvel; Limpeza; Layout; e Capacitação dos servidores em educação socioambiental.

Cada prática possui: objetivo, indicadores, meta, o que o Poder Judiciário de MS já faz e o que o PJMS fará.

Confira no link da Ecogestão (http://www.tjms.jus.br/projeto_ecogestao/) a íntegra do Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Cejusc e elevação de Corumbá a entrância especial em destaque - 22/09/2015



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 sessão solene que formalizou a elevação da Comarca de Corumbá a entrância especial e a instalação do primeiro Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania no interior do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

100% dos processos do Juizado Central são eletrônicos - 24/09/2015



Como resultado do trabalho da equipe formada por dois servidores e sete estagiários do Poder Judiciário de MS, todos os processos físicos da 7ª Vara do Juizado Especial foram digitalizados, exceto os arquivados e os que estão nas turmas recursais. Com isso, 100% dos processos em andamento no Juizado Central de Campo Grande são eletrônicos.

O procedimento de digitalização começou em março deste ano e teve a colaboração da Coordenadoria de Apoio dos Juizados, que auxiliou no encerramento das pendências referentes aos processos, tornando possível a alteração do extinto foro 115 para o 110, vinculado à 7ª Vara do Juizado Especial, para finalmente digitalizar os processos. O procedimento também teve o respaldo do juiz diretor do Foro dos Juizados, Cezar Luiz Miozzo, e da juíza Patrícia Kelling Karloh.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos processos foram escaneados, permitindo o acompanhamento dos trâmites processuais pela internet. Assim, além de visualizar os autos, as partes poderão imprimir os documentos constantes nos processos. Inicialmente, foram 94 processos digitalizados e, ao término de todo o procedimento, o número atingiu 456 processos.

Importante lembrar que o processo eletrônico não apenas colabora com a preservação do meio ambiente ao eliminar o processo físico, economizando papel, tinta de impressão e outros recursos materiais e, principalmente, vai ao encontro do art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, que assegura a razoável duração do processo, como também os meios que garantam a celeridade de tramitação.

Para a chefe do cartório cível do Juizado Central, Aparecida da Silva Bem, a digitalização contribui para a rapidez no andamento do processo. Ela lembrou que antes da digitalização gastava-se muito tempo com o atendimento das partes, dos advogados e para realizar a carga do processo para os advogados.

"Agora, graças ao fato de todos os processos em andamento serem eletrônicos, os advogados e as partes podem ter acesso a ele sem precisar deslocar-se até os cartórios", disse.

Para o juiz Miozzo, a principal facilidade do trâmite eletrônico é o fácil e rápido acesso, sem a necessidade de deslocamento até o cartório. "Acompanhar o processo ficou mais cômodo, porque com uma senha, partes e advogados consultam os autos de casa. Não podemos esquecer também o apoio do Des. Marco André Nogueira Hanson, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados, bem como o empenho e esforço dos juízes que atuaram na 7ª Vara do Juizado e dos servidores responsáveis pela digitalização. A dedicação de todos é que tornou tudo isso realidade".

Saiba mais – Como consultar o andamento do processo? Basta acessar o site do Tribunal de Justiça (www.tjms.jus.br) e, na página inicial, existe um espaço denominado Consulta Processual, que fica localizado no centro da página, abaixo da notícia de destaque.

Depois é só selecionar 1º grau, 2º grau ou Juizados; a Comarca/Varas/Juizados/Turma Recursal, e realizar a consulta, que pode ser feita com o número do processo, nome da parte, documento da parte, nome do advogado, número da OAB ou outro número do processo. Preenchidos os termos de consulta, basta clicar no ícone Consultar.

Para mais informações sobre o processo eletrônico, bem como sobre o Fórum Central dos Juizados, basta acessar a cartilha do Zé Virtual no link Juizado Central (http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados_central.php), localizado na parte inferior de fundo verde da página inicial, constante no site do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação n. 0000057-76.1999.8.12.0023 029
Apelação n. 0033650-11.2012.8.12.0001 037
Apelação n. 0840640-14.2014.8.12.0001 041

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0800169-15.2014.8.12.0046 046
Apelação n. 0829176-90.2014.8.12.0001 056
Mandado de Segurança n. 1401823-92.2015.8.12.0000 062

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0011392-78.2011.8.12.0021 070
Apelação n. 0827181-42.2014.8.12.0001 078
Apelação n. 0843976-60.2013.8.12.0001 086

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0800372-28.2013.8.12.0008 090
Apelação n. 0801366-16.2014.8.12.0010 109
Agravo de Instrumento n. 1406585-54.2015.8.12.0000 119

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0802387-74.2012.8.12.0017 133
Apelação n. 0809366-97.2012.8.12.0002 139
Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 0822426-43.2012.8.12.0001/50000 147

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0018094-08.2008.8.12.0001 154
Apelação n. 0800310-17.2015.8.12.0008 161
Apelação n. 0915260-07.2008.8.12.0001 166

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0803824-12.2014.8.12.0008 170
Apelação n. 0804012-05.2014.8.12.0008 175
Apelação n. 0833184-47.2013.8.12.000 180

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0007630-17.2011.8.12.0001 186
Apelação n. 0800028-76.2015.8.12.0008 194
Embargos Infringentes n. 0803140-11.2014.8.12.0001/50000 199

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0039651-12.2012.8.12.0001 206
Apelação n. 0053134-46.2011.8.12.0001 211
Mandado de Segurança n. 4011456-15.2013.8.12.0000 216

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0010882-33.2008.8.12.0001 222
Apelação n. 0844856-52.2013.8.12.0001 233
Agravo de Instrumento n. 1405200-71.2015.8.12.0000 246

Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo Regimental n. 0801728-79.2013.8.12.0001/50000 250
Mandado de Segurança n. 1405001-49.2015.8.12.0000 255
Agravo de Instrumento n. 1405136-95.2014.8.12.0000 260

Nélio Stábile

Apelação n. 0820052-20.2013.8.12.0001 266
Agravo Regimental n. 1400822-72.2015.8.12.0000/50000 269
Agravo Regimental n. 1403256-34.2015.8.12.0000/50000 275

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação n. 0039002-81.2011.8.12.0001 280
Apelação n. 0800216-49.2014.8.12.0026 285
Apelação n. 0804567-74.2013.8.12.0002 290

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0001708-87.2006.8.12.0027 298
Apelação n. 0062098-28.2011.8.12.0001 303
Apelação n. 0822853-06.2013.8.12.0001 310

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0800248-39.2013.8.12.0010 314
Apelação n. 0815038-55.2013.8.12.0001 319
Apelação n. 0816045-48.2014.8.12.0001 326

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental n. 0075427-44.2010.8.12.0001/50000 330
Embargos Infringentes n. 0500544-61.2006.8.12.0049/50000 336
Apelação n. 0805369-15.2013.8.12.0021 342

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0052304-80.2011.8.12.0001 346
Apelação n. 0800787-91.2013.8.12.0046 352
Apelação n. 0838194-38.2014.8.12.0001 360

Geraldo de Almeida Santiago

Apelação n. 0801545-96.2013.8.12.0005 365
Apelação n. 0802793-49.2013.8.12.0021 370
Apelação n. 0905727-19.2011.8.12.0001 376

Jairo Roberto de Quadros

Apelação n. 0043526-24.2011.8.12.0001 379
Apelação n. 0812630-91.2013.8.12.0001 387
Agravo de Instrumento n. 1401305-05.2015.8.12.0000 394

José Ale Ahmad Netto

Apelação n. 0140166-31.2007.8.12.0001 399
Apelação n. 0804135-37.2013.8.12.0008 404
Agravo Regimental n. 1407481-97.2015.8.12.0000/50001 409

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Agravo Regimental n. 0001106-44.2015.8.12.0007/50000 414
Apelação n. 0001713-84.2011.8.12.0011 419
Agravo de Execução Penal n. 0005661-22.2015.8.12.0002 427

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0001163-66.2009.8.12.0009 431
Apelação n. 0002450-46.2013.8.12.0002 438
Apelação n. 0022369-24.2013.8.12.0001 464

Francisco Gerardo de Sousa

Agravo de Execução Penal n. 0001399-02.2015.8.12.0011 472
Agravo de Execução Penal n. 0002765-06.2015.8.12.0002 476
Recurso em Sentido Estrito n. 0844615-78.2013.8.12.0001 481

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação n. 0001150-05.2012.8.12.0028 486
Apelação n. 0035013-96.2013.8.12.0001 489
Apelação n. 0800760-14.2012.8.12.0024 507

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em sentido estrito n. 0000399-59.2015.8.12.0045 510
Apelação n. 0001248-40.2011.8.12.0055 516
Habeas Corpus n. 1405843-29.2015.8.12.0000 521

Manoel Mendes Carli

Recurso em Sentido Estrito n. 0001138-11.2010.8.12.0044 528
Agravo Regimental n. 0003878-45.2013.8.12.0008/50001 532
Recurso em Sentido Estrito n. 0042158-72.2014.8.12.0001 539

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0000852-54.2014.8.12.0024 542
Apelação n. 0029470-15.2013.8.12.0001 546
Apelação n. 0044936-49.2013.8.12.0001 561

Romero Osme Dias Lopes

Agravo de execução penal n. 0000214-05.2015.8.12.0018 567
Mandado de Segurança n. 1403055-42.2015.8.12.0000 573
Revisão Criminal n. 1404196-96.2015.8.12.0000 578

Ruy Celso Barbosa Florence

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0007877-24.2013.8.12.0002/50000..... 581
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0011396-44.2012.8.12.0001/50000 587
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0018562-93.2013.8.12.0001/50000..... 595

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Aval. Ilegitimidade do cônjuge. Afastada. Ausência de outorga uxória. Nulidade (0812630-91.2013.8.12.0001)..... 387

Débito fiscal. Imóvel vago. Entidade religiosa. Imunidade tributária. Mandado de constatação. Impossibilidade de concessão (0801728-79.2013.8.12.0001/50000).....250

Débito fiscal. Leasing. Incidência do ISSQN. Lugar da prestação do serviço (0801545-96.2013.8.12.0005) 365

Ação civil pública

Ato de impropriedade administrativa. Prefeito municipal. Processo de loteamento. Obtenção de vantagem patrimonial. Não comprovação. Corréu particular. Impossibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/92 (0800787-91.2013.8.12.0046).....352

Dano ambiental. Poluição sonora. Locação do imóvel. Licença ambiental. Responsabilidade do proprietário. Função social da propriedade (0838194-38.2014.8.12.0001).....360

Ação de busca e apreensão

Restrição de circulação de veículo pelo sistema RENAJUD. Alienação fiduciária. Devedor em mora. Possibilidade (1403256-34.2015.8.12.0000/50000) 275

Ação de cobrança

Contrato de consórcio. Seguro de vida. Morte do segurado. Quitação do saldo devedor. Herdeiros. Recebimento do saldo remanescente. Impossibilidade (0843976-60.2013.8.12.0001).....086

Ação de manutenção de posse

Turbação. Alegação de domínio. Ausência de posse usucapienda (0052304-80.2011.8.12.0001) 346

Ação de usucapião

Prazo da nova lei. Prescrição aquisitiva não demonstrada. Processo extinto sem julgamento de mérito (0800248-39.2013.8.12.0010).....314

Ação declaratória

Contrato de empreitada por preço global. Rescisão contratual. Culpa da empreiteira. Atraso e paralisação injustificada da obra. Cláusula penal compensatória. Cumulação. Danos morais. Possibilidade. Princípio da reparação integral. Dano moral devido. Quantum mantido (0800372-28.2013.8.12.0008).....090

Ação popular

Vereador. Verba de caráter indenizatória. Liminar. Continuidade do pagamento até o julgamento do mérito da ação popular (1406585-54.2015.8.12.0000) 119

Ação redibitória

Vício do produto. Fabricante e vendedor de veículo. Responsabilidade solidária. Danos morais. Indenização devida (062098-28.2011.8.12.0001) 303

Ação reivindicatória

Prescrição aquisitiva. Não comprovação (0018094-08.2008.8.12.0001) 154

Prova da posse com *animus domini.* Prescrição aquisitiva. Exceção de usucapião. Posse do demandado não injusta. Improcedência do pedido reivindicatório (0007630-17.2011.8.12.0001).....186

Indenização. Prescrição. Prejudicial de mérito. Afastada. Inexistência do bem objeto da demanda. Indenização devida (0802793-49.2013.8.12.0021 370

Acidente de trânsito

Indenização. Dano moral. Culpa concorrente. Comprovação. Valor da indenização. Razoabilidade e proporcionalidade. Juros de mora. Termo inicial. Data do evento danoso (0053134-46.2011.8.12.0001) 211

Adjudicação compulsória

Partilha homologada. Espólio. Parte ilegítima (0822853-06.2013.8.12.0001).....210

Liquidação de sentença

Extinção do processo. Recurso cabível. Apelação. Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Erro grosseiro (1400822-72.2015.8.12.0000/50000) 269

Aval. Vide Ação anulatória. Ausência de outorga uxória. Afastada. Nulidade

Compra e venda

Contrato de locação. Direito de preferência. Averbação do contrato no registro de imóveis. Necessidade (0039002-81.2011.8.12.0001).....280

Consumidor

Aquisição de produto vencido. Dano moral. Indenização devida. Juros de mora. Termo inicial (0039651-12.2012.8.12.0001) 306

Contrato de compra e venda

Pacta sunt servenda. Incidência do CDC. Atraso na entrega da obra. Retenção de valores. Indevida. Devolução integral (0816045-48.2014.8.12.0001) 326

Contrato de gaveta

Ação de imissão na posse. Antecipação de tutela. Imóvel financiado. CEF. Credor hipotecário. Possibilidade. Existência de propriedade. Posse (0829176-90.2014.8.12.0001).....056

Contrato de parceria pecuária

Simulação. Vaca-papel. Alegação do parceiro. Possibilidade. Aplicação das regras de mútuo. Incidência de correção monetária. Juros remuneratórios e moratórios (0010882-33.2008.8.12.0001) 222

Dano moral

Anúncio erótico vinculado indevidamente a celular de terceira pessoa. Dano moral configurado. Indenização devida. Juros de mora. Data do evento danoso (0809366-97.2012.8.12.0002) 139

Divórcio litigioso

Partilha de bens. Guarda de filhos. Alimentos provisórios. Quantum. Binômio necessidade-possibilidade (1407481-97.2015.8.12.0000/50001) 409

Embargos de terceiro

Prazo de interposição. Intempestividade. Ajuizamento após do prazo do art. 1.048 do CPC. Extinção do feito (0800216-49.2014.8.12.0026) 285

Dívida contraída pelo cônjuge varão. Benefício da família. Ônus da prova (0805369-15.2013.8.12.0021) –.....342

Energia elétrica

Demora no restabelecimento de energia. Mero aborrecimento. Ausência de ato ilícito. Dano moral. Indenização indevida (0800028-76.2015.8.12.0008) 194

Erro médico

Cirurgia de histerectomia. Problemas no ureter. Nexo casal não demonstrado. Danos material e moral. Indenização indevida (0001708-87.2006.8.12.0027) 298

Execução

Título executivo extrajudicial. Suspensão do feito. Ausência de bens penhoráveis. Prescrição intercorrente. Intimação pessoal. Desnecessidade. Extinção do feito (0000057-76.1999.8.12.0023) 29

Título extrajudicial. Penhora. Conta corrente. Impenhorabilidade. Afastada. Desconstituição da constrição quanto ao montante pertencente a terceiro (1401305-05.2015.8.12.0000).....394

Execução fiscal

IPTU. Alienação do imóvel. Alteração do polo passivo. Impossibilidade (0915260-07.2008.8.12.0001) – 166

Fiança

Ação de despejo. Cobrança de aluguéis. Ausência de outorga uxória. Exoneração da fiança. Contrato por prazo determinado. Impossibilidade (0075427-44.2010.8.12.0001/50000) 330

Guarda

Menor. Avós paternos. Interesse da criança (0140166-31.2007.8.12.0001) 399

Imposto

ICMS. Isenção. Aquisição de veículo por deficiente físico. Requisitos não comprovados (1405001-49.2015.8.12.0000) 255

Incidente de uniformização de jurisprudência

Revisão tarifária. Energia elétrica. Período de cobrança (0822426-43.2012.8.12.0001/50000) 147

Indenização

Site de venda de viagens. Contratação de hospedagem. Publicidade distinta da realidade. Falha na prestação do serviço. Danos material e moral. Indenização devida (0804135-37.2013.8.12.0008).....404

Compra realizada pela internet. Mercadoria não entregue. Dano moral. Indenização devida (0804567-74.2013.8.12.0002) 290

Devolução de valores. Contrato de compra e venda. Imóvel em construção. Atraso na entrega do apartamento. Lucros cessantes. Possibilidade. Dano moral. Indenização indevida (0827181-42.2014.8.12.0001) 078

Responsabilidade civil. Médico e hospital. Demora no atendimento. Conduta negligente. Aborto. Dano moral. Indenização devida (0011392-78.2011.8.12.0021) 070

Exame de gravidez. Falso negativo. Suposto erro de diagnóstico. Dano moral. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0802387-74.2012.8.12.0017) 133

Suicídio de menor. Internação em casa de guarda. Responsabilidade do Estado. Dano moral. Redução do *quantum* indenizatório (0803140-11.2014.8.12.0001/50000) 199

Produto para alisamento de cabelo. Queda de cabelo. Relação de consumo. Responsabilidade da empresa fabricante do produto. Dano moral configurado. Indenização devida (0844856-52.2013.8.12.0001).....233

Infração administrativa

Representação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dever de guarda. Projeto padrinho. Menor acolhido. Vínculo afetivo (0800310-17.2015.8.12.0008) 161

Interdito proibitório

Requisitos. Art. 932 do CPC. Posse anterior. Contrato de arrendamento. Ausência do interesse de agir (0840640-14.2014.8.12.0001).....141

Internet

Interrupção do serviço. Ofensa verbal ao consumidor. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Indenização devida (0803824-12.2014.8.12.0008) 170

Mandado de Segurança

Procurador autárquico aposentado. Vantagem pessoal. Ausência de direito líquido e certo. Compensação financeira. Proventos. Acordo judicial. Adicional e gratificação. Verba de natureza alimentar. Segurança denegada (1401823-92.2015.8.12.0000) 062

Pensão por morte

Beneficiária matriculada em ensino superior. Prorrogação do recebimento até 21 anos. Possibilidade (0804012-05.2014.8.12.0008) 175

Plano de saúde

Reajuste de mensalidade. Faixa etária. Ilegalidade. Previsão abusiva. Devolução de valores. Má-fé. Não comprovação. Forma simples (0800169-15.2014.8.12.0046) 046

Poder familiar

Destituição. Negligência. Desestruturação familiar. Abandono material e moral. Comprovação (0801366-16.2014.8.12.0010) 109

Prazo

Danos materiais e morais. Erro médico. Prazo prescricional. Relação de consumo. Quinquenal. Teoria da perda de uma chance. Inaplicabilidade (0833184-47.2013.8.12.0001) 180

Promessa de compra e venda

Penhora. Propriedade do bem. Impossibilidade. Ausência de matrícula do imóvel (1405136-95.2014.8.12.0000) 260

Reintegração de posse

Servidão de passagem. Independe de encravamento. Titulação desnecessária. Servidão aparente. Esbulho e posse comprovados (0500544-61.2006.8.12.0049/50000) 336

Rescisão contratual

Reintegração de posse. Arrendamento mercantil (leasing). Inadimplência do arrendatário. Valor residual garantido. Restituição devida (0820052-20.2013.8.12.0001).....266

Retificação de registro público

Retificação à margem da matrícula. Estado civil. Correção. CPF. Meio judicial impróprio (0033650-11.2012.8.12.0001) 037

Seguro obrigatório

Seguradora. Despesas médicas. Reembolso devido. Correção monetária. Incapacidade parcial e permanente do membro inferior direito. Aplicação da tabela prevista na lei n. 11.945/2009. *Quantum* indenizatório (0815038-55.2013.8.12.0001).....319

Servidor público

Aposentadoria especial. Condições insalubres. Ausência de lei complementar. Entendimento do STF. Aplicação da legislação previdenciária (4011456-15.2013.8.12.0000).....216

Tributário

Execução fiscal. IPTU. Imunidade tributária. Autarquia (0905727-19.2011.8.12.0001.....376

Tutela antecipada

Ação civil pública. Ministério Público. Substituto processual. Procedimento cirúrgico de alto risco. Ausência dos requisitos (1405200-71.2015.8.12.0000) 246

Usucapião extraordinário

Imóvel financiado pelo SFH. Impossibilidade jurídica do pedido (0043526-24.2011.8.12.0001).....379

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abandono material

Pena-base. Majoração. Consequências do crime. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Concurso formal (0001248-40.2011.8.12.0055).....516

Agravo em execução

Flexibilização das condições do regime aberto. Possibilidade. Exercício da profissão de motorista de caminhão (0000214-05.2015.8.12.0018) 567

Agravo em execução penal

Comutação de pena. Concurso de crimes. Exigência de cumprimento de 2/3 (dois terços) da infração hedionda. Verificação dos requisitos objetivos e subjetivos. Competência do juízo da execução penal (0005661-22.2015.8.12.0002).....427

Associação para o tráfico

Livramento condicional. Lei de drogas. Prazo de 2/3 (dois terços) da pena (0002765-06.2015.8.12.0002) ...476

Contravenção penal

Perturbação da tranquilidade. Rejeição da denúncia. Atipicidade material (0000399-59.2015.8.12.0045) 510

Crimes contra a honra

Queixa-crime. Dolo específico não configurado. Ação penal. Ausência de justa causa (0844615-78.2013.8.12.0001) 481

Crime militar

Desobediência. Desacato. Incompetência do juízo por não estar em serviço. Inocorrência. Redução da pena-base. Impossibilidade. Circunstância desfavorável (0044936-49.2013.8.12.000) 561

Estelionato

Cheque. Frustação de pagamento. Absolvição sumária. Inviabilidade (0001150-05.2012.8.12.0028).....486

Execução penal

Saída temporária. Delegação ao diretor da unidade prisional. Vedação. Súmula nº 520, do STJ (0001106-44.2015.8.12.0007/50000).....414

Falsificação de documento público

Prisão preventiva. Revogação. Excesso de prazo. Impossibilidade. Regime domiciliar. Inviabilidade (1405843-29.2015.8.12.0000).....521

Fiança

Quebramento. Art. 341, V, CPP. Oitiva do réu, Desnecessidade (0042158-72.2014.8.12.0001) 539

Furto

Redução da pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Reincidência. Pena. Regime. Alteração do inicial para o semiaberto (0000852-54.2014.8.12.0024) 542

Homicídio qualificado

Decisão contrária à prova dos autos. Tribunal do júri. Crime conexo. Quadrilha. Anulação. Impossibilidade. Prisão cautelar mantida (0001163-66.2009.8.12.0009) 431

Pena-base. Elevação em razão de maus antecedentes. Inexistência de condenação anterior transitada em julgado. Súmula 444 do STJ. Regime integralmente fechado (1404196-96.2015.8.12.0000) 578

Lesão corporal

Violência doméstica. Substituição da pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Vedação do art. 44, I, do CP. Grave ameaça (0011396-44.2012.8.12.0001/50000) 587

Mandado de Segurança

Multa do art. 265 do CPP. Advogado que não comparece em audiência no juízo deprecado. Ilegalidade da multa. Liminar deferida (1403055-42.2015.8.12.0000) 573

Progressão de regime

Cálculo da pena. Data-base (0001399-02.2015.8.12.0011) 472

Pronúncia

Homicídio. Absolvição sumária. Legítima defesa. Dúvida razoável. Lesão corporal grave. Desclassificação. Impossibilidade (0001138-11.2010.8.12.0044) 528

Homicídio. Qualificadora do meio cruel. Não incidência. Exclusividade do meio (0007877-24.2013.8.12.0002/50000) 581

Restituição de coisa apreendida

Arma de fogo. Registro. Irrelevância. Ausência de porte legal. Objeto apreendido de interesse processual. Restituição indevida (0800760-14.2012.8.12.0024) 507

Tráfico de entorpecentes

Associação para o tráfico. Ilegitimidade do MP. Procedimento investigatório. Inviabilidade. Exceção de litispendência. Inocorrência. Escutas telefônicas. Validade (0002450-46.2013.8.12.0002).....438

Pedido de restituição de bem. Bem pertencente a terceira pessoa. Ilegitimidade. Pedido não conhecido (0029470-15.2013.8.12.0001).....546

Posse para uso próprio. Art. 28 da Lei 11.346/06. Incabível. Tráfico privilegiado. Regime alterado para o aberto. Substituição da pena. Inaplicabilidade (0022369-24.2013.8.12.0001).....464

Regime prisional. Alteração. Fixação nos termos da Lei n. 8072/90. Descabimento (0035013-96.2013.8.12.0001) 489

Uso de documento falso

Carteira Nacional de habilitação. Apresentação à Polícia Rodoviária Federal. Crime contra a fé pública. Competência estadual (0001713-84.2011.8.12.0011).....419

Violação de direitos autorais

Venda de CDS e DVDS piratas. Absolvição sumária. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade (0003878-45.2013.8.12.0008/50001) 532

Violência doméstica

Princípio da bagatela imprópria. Não aplicação (0018562-93.2013.8.12.0001/50000) 595