Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 31 – n. 175
Janeiro a Março de 2010



ISSN 2177-6040



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 31 - n. 175 - Janeiro-Março de 2010

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 31, n. 175

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. 171 (2009)- . -- Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2009 - .

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.

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria do Gabinete da Presidência
Departamento de Relações Públicas
Coordenadoria de Publicidade Institucional

Revisão

Alcione Luzia Soares de Moraes

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

Diretoria

Presidente - Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Vice-Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Josué de Oliveira

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Rêmolo Letteriello

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

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

Manoel Mendes Carli (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Pensando na legitimação do Sistema Penal Brasileiro. Ruy Celso Barbosa Florence 007

Jurisprudência Cível 017

Jurisprudência Criminal 383

Noticiário

Discurso de saudação, proferido pelo Des. João Maria Lós, na posse do novo desembargador 500

Discurso de posse do Dr. Marco André Nogueira Hanson no cargo de desembargador 502

Palestra proferida pelo Desembargador Sérgio Fernandes Martins no Seminário "As questões fundiárias e a demarcação das terras indígenas e suas repercussões nas relações de trabalho": - A visão do CNJ sobre a questão fundiária 506

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 512

Jurisprudência Criminal 515

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 518

Jurisprudência Criminal 523

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

PENSANDO NA LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Ruy Celso Barbosa Florence
Juiz Auxiliar da Corregedoria TJ-MS,
Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP

O sistema penal, que não é uma abstração dos juristas, sempre esteve no imaginário social tal qual uma figura bizarra. As pessoas imaginam que ele seja algo absolutamente diferente do que ele é.

As penas não são compreendidas pelos apenados. As prisões constituem um devaneio coletivo, e o prisioneiro, apontado como um hóspede do Estado sustentado pelo contribuinte.

Leigos, e até mesmo profissionais do Direito sem o preparo adequado, compreendem o Direito penal, material e processual, como sendo um instrumento para o banimento da criminalidade.

No entanto, tal como nas palavras do filósofo português JOSÉ DE FARIA COSTA[1], se o Direito penal fosse uma pura técnica seria, sem dúvida alguma, então, a mais perversa e a mais letal técnica de destruição do "outro". E se em algum momento da história da humanidade, quiseram fazer do Direito criminal um instrumento, seja da vontade do Führer, seja da classe operária, isso significou duas coisas. A primeira a degradação do homem que de sujeito foi transformado em miserável. A segunda, em decorrência da primeira, o aviltamento do pensamento jurídico, a degenerescência do pensamento penal, a pura maquinação de propósitos e finalidades, sem nenhum envolvimento axiológico.

Se o Direito penal fosse apenas método, nada mais seria do que uma arma, ou, tal qual ainda, no dizer de FARIA COSTA, "*uma peça, um utensílio, uma roda dentada de uma engrenagem que o transcendia e que ele deveria, sem resto, servir. Um pensar e uma metódica a que se deveria espoliar toda e qualquer autonomia*"[2].

Contudo, apesar de o sistema penal não ser apenas método ou técnica, ele é assim utilizado por muitos. Como assinala o famoso professor de Direito penal da universidade de Rotterdam, LOUK HULSMAN[3], em sua obra "Penas perdidas: o sistema penal em questão", o processo penal funciona "*como se estivéssemos numa linha de montagem, no qual o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta o seu parafuso e ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema – de cada quatro pessoas, um prisioneiro*".

Isso se aplica perfeitamente ao Brasil, especialmente porque um dos maiores problemas do "sistema penal" pátrio reside no fato de ele não ser exatamente um "sistema". Para se ter um sistema seria necessária a existência de uma interconexão, uma integração, uma combinação e um ajuste entre todos os seus componentes, formando um conjunto.

Todo sistema tem um objetivo geral a ser atingido, e a integração dos diferentes órgãos que o compõe deve se dar pela troca de informações e matérias, criando uma sinergia.

No caso brasileiro, a Polícia não troca informações com o Ministério Público, e as duas estruturas disputam judicialmente o "poder" da investigação criminal.

1 COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75, nota 16.
2 Idem, p. 76, nota 16 (final).
3 HUSLSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernart de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1997. p. 61.

Por sua vez, o Judiciário, além de não ter nenhum conhecimento de como realmente se processam as investigações criminais, é pouco informado sobre o cumprimento de suas decisões e do tratamento dado ao seu produto final – o condenado.

Os variados órgãos de inteligência da Polícia Militar; da Polícia Civil – Estadual e Federal; do Ministério Público Estadual e Federal; da Abin, entre outros, executam trabalhos isolados, e nem sempre usam em favor da sociedade, as informações que colhem.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Min. Gilmar Mendes, já foi vítima da tecnologia policial de "inteligência", sem ter nenhum procedimento criminal contra a sua pessoa.

O Legislativo raramente ouve o Judiciário sobre a criação de leis que, ao integrarem o sistema penal, muitas das vezes o alteram substancialmente.

A esse caos não se pode denominar sistema.

Por sua vez, sem esse aparelho funcionando é ingênuo pensar em qualquer trabalho sério de enfrentamento à questão da criminalidade.

Não é difícil perceber que, enquanto a mídia legitima o crime e o criminoso, o "sistema penal" perde a sua legitimidade ao tentar atender aos apelos contraditórios da imprensa, que exceto com o plano ético – muitas vezes comprometido - não tem nenhum outro compromisso a não ser com a quantidade e aprovação do seu público.

Conforme afirma RAUL ZAFFARONI[4], membro da Suprema Corte Argentina, e um dos mais respeitados penalistas do mundo, a busca pela relegitimação do Estado frente ao público tem gerado um avanço antiliberal do Direito penal, que apresenta um discurso autoritário, invocando a eficácia preventiva como uma questão pragmática.

Acrescenta ainda, o magistrado portenho, que para a afirmação desse posicionamento antiliberal, são utilizados dois discursos diferentes, conforme é dirigido ao grande público ou ao reduzido círculo técnico jurídico. Ao primeiro público, o discurso político mediático baseia a eficácia penal na prevenção geral negativa (na dissuasão). Já para os juristas o discurso legitimante estriba-se na prevenção positiva, ou seja, no reforço da confiança no sistema.

Essa disparidade nos discursos é criticada por RAUL ZAFFARONI[5] por ser moralmente condenável, já que a "eficácia" da prevenção geral negativa consiste em aterrorizar os que podem estar tentados a delinqüir através do uso de uma pessoa e de sua dor, como meio para inibir outras de praticar delitos. É segundo o autor, um típico caso de lesão à "regra de ouro" que impõe a consideração do "outro" como um fim em si mesmo. Por outro tanto também, conclui ZAFFARONI, o discurso preventivo explora a falta de informação do público, que acredita na maior repressão como fator dissuasório do crime.

Em relação ao discurso dirigido aos juristas, de prevenção positiva, pouco importa que aumente ou diminua a criminalidade, pois só o que interessa é a credibilidade do Estado como ator preventivo[6].

Essa situação encarada por ZAFFARONI não atinge apenas a Argentina, mas é comum a toda a América Latina, especialmente ao Brasil, e várias outras regiões do mundo civilizado.

4 ZAFFARONI, Eugênio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2005. p. 154-155.

5 Idem, p. 156.

6 Ibidem, p. 157.

A própria Europa se farta de teorias a respeito da prevenção geral e legitimidade do sistema penal.

O Prof. WINFRIED HASSEMER, titular da cadeira de Direito penal da Universidade de Frankfurt, aborda o tema da prevenção geral, positiva e negativa, lembrando e adaptando Hegel para afirmar que, "efetiva pode ser atualmente somente uma persecução penal caso ela trate os autores com dignidade e liberdade, não como um cachorro, contra o qual se ergue um bastão".[7]

Em resumo, HASSEMER, sem descartar a necessidade de uma prevenção geral negativa, enfatiza que ela não pode basear-se na desformalização do processo penal ou da administração da justiça. Entende ele que a segurança da paz jurídica somente pode ser confiada, em longo prazo, a uma justiça penal percebida pela sociedade como sendo capaz de desenvolver princípios éticos para o tratamento justo com os divergentes.

No dizer do mesmo catedrático alemão, desconhece-se uma sociedade que tenha fracassado em virtude de suas instituições de controle social não terem mais dominado os desvios de comportamento cotidianos. Entretanto, continua ele, são bem conhecidas as sociedades e ordenamentos penais que sacrificaram sua tarefa de formalização em detrimento do interesse ao combate eficiente da criminalidade, bem como processos penais que se permitiram funcionar em uma engrenagem terrorista de uma luta brutal contra a divergência[8].

Em decorrência dessa observação, entende ainda HASSEMER que o direito processual penal pouco precisa se preocupar quanto à efetividade do combate à criminalidade. "*Ele está cercado e conectado a inúmeras outras instancias de controle social e estatal dos desvios, desde a vizinhança até a polícia, cujo objeto é a efetividade do controle. O objeto do Direito penal material e processual, é o controle jurídico do controle social, é a formalização da assimilação do conflito*"[9].

No entanto, apesar da advertência de renomados juristas, cresce a cada dia, e cada vez em maior velocidade, os partidários de um sistema penal autoritário.

OS DISCURSOS DE EMERGÊNCIA

Os discursos de um Direito penal de emergência, calcado em teorias que agradam a sociedade, fazem promessas implícitas e explícitas de respostas eficientes à criminalidade, legitimando cada vez mais o crime, dando-lhe a importância que nem sempre tem.

Exemplo claro de discurso de emergência no Brasil ocorreu com a edição da Lei 8.072/1990, primeira versão da aterrorizante legislação dos crimes hediondos.

Quem se dispuser a ler a exposição de motivos dessa legislação ameaçadora verificará que ela tem a mesma base retórica da conhecida *Legislazione dell' Emergenza* da Itália (Lei n. 191, de 18 de maio de 1978, com alterações pela Lei n. 894, de 30 de dezembro de 1980).

Consta da justificativa italiana: "*La drammatica situazione dell'ordine publico haindotto il Governo ad adottare, com la forz del decreto-legge, alcune misure dirette a prevenire e a reprimire, com opportuna ed imediata efficacia, lê manifestazione sempre più preocupanti della criminalità dilagrante e del terrorismo*"[10].

No Brasil, consta da exposição de motivos da lei: "*A criminalidade violenta não diminui. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsão mediante seqüestro, etc. vem intranqüilizando a nossa*

7 HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 119.

8 Idem, p. 118.

9 Ibidem, p. 118.

10 Primeira parte do relatório do Ministro da Justiça da Itália, encaminhado ao Legislativo justificando a expedição do decreto-lei que alterou o Código Penal e Processo Penal italiano no que concerne ao delito de seqüestro com fim extorsivo, de terrorismo e subversão da ordem, por ocasião da reforma de 18 de maio de 1978. (Ruy Celso Barbosa Florence. A extorsão e a chantagem no direito penal brasileiro. Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 1993, p. 107, nota 219.

população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano Legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade"[11].

No entanto, embora verdadeira a situação italiana no período, quando estava em curso a chamada "operação mãos limpas" e a máfia reagia às suas retaliações com o recrudescimento das ações criminosas, notadamente seqüestros extorsivos, o mesmo não se passava no Brasil.

Por aqui, a sociedade estava impressionada por conta do seqüestro do famoso empresário Abílio Diniz, proprietário da rede Pão de Açúcar de supermercados, e do publicitário Roberto Medina, ambos ocorridos há menos de um ano da publicação da nova legislação, coloquialmente conhecida por "legislação do pânico".

Não havia, entretanto, naquela época, no Brasil, "uma onda de roubos, estupros, homicídios e extorsão mediante seqüestro", tal qual constou da justificativa da lei apresentada pela comissão que a elaborou, e que pudesse corroborar a necessidade da tal normatização do medo.

Dois ou três crimes, por maior repercussão que tenham, não justificam a edição de uma legislação com objetivo apenas de prevenção negativa, e cujos termos desestabilizou a sistematização do Direito penal brasileiro, ferindo princípios consagrados sobre a individualização da pena e seu caráter ressocializador, para ficar apenas em seus aspectos mais graves.

O CARÁTER SIMBÓLICO DAS LEGISLAÇÕES DE EMERGÊNCIA

Esse tipo de normatização, além de colocar em risco todo um sistema construído ao longo da história, com base em estudos sérios e profundos de juristas e outros cientistas sociais, ainda termina por deslegitimar os demais poderes encarregados da interpretação e execução das leis.

A sociedade iludida com a legislação que foi confeccionada apenas com o intuito de lhe agradar acaba por culpar os órgãos encarregados de dar vida às leis pela ineficácia da obra legislativa.

Com a criação da culpa vem o descrédito e a insegurança, numa roda viva que só tende aumentar a decepção social e sua agitação.

O penalista espanhol Santiago Mir Puig enfatiza o papel da imprensa em ampliar a violência e as desgraças, fazendo com que as pessoas acreditem que elas só aumentam[12], quando na verdade o mundo já foi muito mais violento. Basta lembrar as grandes invasões ocorridas entre os séculos V e X, quando nações inteiras foram destruídas.

Ocorre que, até meados do século XX, as pessoas só tomavam conhecimento dos eventos ligados ao seu ambiente. Hoje as informações chegam do planeta todo. Cada brasileiro, p.ex., tem um morro do Rio de Janeiro dentro da sua sala, e fica com a impressão que um traficante entrará a qualquer momento pela sua janela portando armas de grosso calibre, matará todos os homens da casa e estuprará as mulheres.

Por perceber esse sentimento é que o legislador, ávido por afagar a massa de eleitores agitados, faz a única coisa que lhe reserva a organização política do país – legisla.

11 Parte das razões que acompanhavam o projeto de lei elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispondo sobre crimes hediondos, que foi encaminhada ao Presidente da República e publicado no Diário do Congresso Nacional em 28.09.09 p. 10.605-6 (idem p. 108).

12 MIR PUIG, Santiago. **Nuevas Tendências em Política Criminal.** Una Auditoría al Código Penal Español de 1995. Buneos Aires: Julio César Faira Editor, 2006. p. 123

Mas além de legislar mal, sem técnica ou embasamento científico, fá-lo de maneira simplesmente simbólica, apenas para dar satisfação à sociedade que reclama por respostas do Estado para os seus medos.

Com isso, o Direito penal é violentado e descaracterizado, com prejuízos para todo o sistema e, consequentemente, para a sociedade a que ele deve servir.

Apenas para não cair no discurso vazio e na crítica gratuita sobre a mencionada ausência de efeitos práticos dessas legislações simbólicas, basta assinalar que, unicamente na edição do dia 18 de dezembro de 1992, e, portanto, um ano e meio após a entrada em vigor da lei dos crimes hediondos no Brasil, o jornal O Estado de São Paulo noticiou os sequestros do empresário Roberto Carneiro Azevedo, dono da Fiat Pavimentação, e Paulo de Tarso Lineu Pimenta, filho do empresário Telmo Pimenta, um dos donos do café Pimpinela. Na mesma página é noticiada ainda, a prisão de dois seqüestradores do comerciante Domingos Tucci Neto, ocorrido em São Paulo, bem como a libertação da mulher e do filho do empresário Juarez Nunes, em Limeira-SP. Divulga também, ter fugido do cativeiro o seqüestrado Roberto Baroni Soares, dono da Construtora Baroni, no Rio de Janeiro[13]. A fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal.

A FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

O que é preciso compreender, e talvez isso só seja possível na prática através de um pacto sério entre os poderes da república, é que o Direito penal não pode continuar sendo utilizado para fins políticos ou de sedativo à população nos momentos de crise social.

O Direito penal é cientificamente fragmentário e subsidiário, e só deve ser utilizado como *último ratio*, atendendo ao princípio da intervenção mínima, sob pena de se cair no autoritarismo incompatível com o Estado Democrático e na banalização do sistema punitivo.

Em um primeiro momento é preciso estar atento para o fato de que a fragmentariedade do Direito penal é compatível com os fenômenos da descriminalização e neocriminalização, i.é, com o desaparecimento do interesse na proteção de determinados bens jurídicos, e o surgimento ou ascensão de outros bens dignos da proteção penal.

O legislador tem que compreender, e a sociedade ser muito bem informada, que o Direito penal não pode proteger todos os valores sociais. Não pode proteger todo o patrimônio, toda a economia, todo o meio ambiente, toda a saúde pública, etc.

Nas palavras do já citado professor de Filosofia e Direito Penal da Universidade de Coimbra – PO, FARIA COSTA[14]:

> O Direito penal tem que fragmentar todas as grandes zonas do viver comunitário e eleger específicas relações que traduzem condutas humanas merecedoras de um juízo de desvalor. Tem ainda de os traduzir em comportamentos proibidos que sejam efetivamente violadores daquilo que é verdadeiramente essencial – porque só disso cuida o Direito penal enquanto último ratio ao livre e autônomo desenvolvimento, individual e coletivo, da personalidade humana"[15].

Compatível com a fragmentariedade do Direito penal é o fato de ser ele um sistema aberto e nunca concluído.

13 O Estado de São Paulo. Edição de 18 de dezembro de 1992, Caderno Cidades. p. 5.

14 FARIA COSTA, ob. cit. p. 21.

15 Idem, p. 22.

A evolução do tempo, a multiplicidade de valores, a compreensão do "outro" como ser diferente, nem melhor nem pior, mas apenas parte de uma sociedade plural onde todos devam interagir respeitando as individualidades e características de cada um, exige uma interpretação diversificada e global do sistema, incompatível com um ordenamento penal fechado e acabado.

Ainda assim, apesar de um sistema penal aberto, tal qual o brasileiro, ser um atalho para evitar as constantes reformas legislativas, já que as transformações e adaptações do Direito nos sistemas abertos ocorrem mais pela doutrina e jurisprudência do que pelas alterações da legislação, é claro que nenhum ordenamento complexo resiste à inescapável historicidade.

Bem por isso, de tempos em tempos, é salutar a revisão da legislação de qualquer país para colocá-la em sintonia com a evolução de seu povo e do fenômeno da mundialização. Desde que, entretanto, atente-se nestas oportunidades o pensamento dos tribunais e dos doutrinadores.

A REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

O Direito processual penal, que como se afirmou no início desse estudo, não se reduz a uma simples técnica ou instrumento, mas em garantia da formalização do Direito em favor da pessoa acusada pelo Estado, também necessita ser colocado em sintonia com o seu tempo através de alterações na legislação.

No Brasil as reformas da lei processual penal encontram-se, na atualidade, no centro das atenções dos penalistas.

Existe um Projeto de Lei que foi apresentado ao Senado Federal propondo uma quase integral reformulação do vigente Código de Processo Penal[16].

Destaca-se entre as principais alterações propostas, uma que pode fornecer outro olhar em relação ao sistema penal brasileiro.

A ênfase é dada para a indicação dos crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, e falência - quando praticadas sem violência ou grave ameaça - que em sendo aprovado o projeto, passarão a depender de representação da vítima para o processamento, com possibilidade de retratação até o oferecimento da denúncia. Com a observação ainda, de que a representação deverá ser ratificada até trinta dias após o fim das investigações.

Alteração que, sem dúvida, atende primordialmente a questão da eficiência do sistema, haja vista que essa espécie de delitos é responsável pela maior parcela dos procedimentos penais que abarrotam as repartições policiais e os fóruns brasileiros, dificultando a investigação e o julgamento de crimes mais graves.

Por sua vez, é sabido que as vítimas desses delitos, nem sempre se interessam pelo inquérito e o processo contra os acusados de suas práticas. As idas à polícia e ao fórum para participarem de audiências como testemunhas, tornam-se, numa boa parte das situações, um incômodo para essas vítimas, com prejuízos maiores do que o causado pelo crime que sofreram.

O constrangimento de serem colocadas frente ao acusado, sem poderem opinar sobre a situação, é de uma maldade impar.

16 Projeto n. 156/2009, entregue no Senado Federal em 22 de abril de 2009, in www.senado.gov.br/novocpp/anteprojeto.asp

Ademais, mesmo não havendo participação da vítima nos processos de ação pública, o réu sempre a olha como sua tábua de salvação.

Ter a vítima que conviver com esse sentimento, sem nada poder fazer, contraria, muitas das vezes, o próprio sentimento de solidariedade humana que, mesmo como uma pequena fagulha, sobrevive em todo ser espiritual.

Uma grande parte das comunicações que as vítimas de crimes patrimoniais levam à polícia, ocorre por outros motivos que não o de buscar a punição do responsável pelo delito. Comunicam para ter alguma coisa que comprove a perda de documentos pessoais; para conseguir ressarcimento do seguro; para justificar um atraso ou ausência do trabalho no dia do crime, etc.

Em um processo histórico, o patrimônio, principalmente quando de pequeno valor econômico, ou sem utilidade prática, não mais representa para seu proprietário um bem jurídico axiologicamente valorado.

Como aduz Niklas Luhmann, "*é verdade que ainda pode ocorrer que um ladrão roube a minha prataria, mas qual é a relevância disso em comparação com a falência do meu banco, a demissão do meu emprego, a mudança do código de obras do meu município, a greve nas minhas fábricas, ou até a greve em importantes serviços públicos?*"[17]

Cotidianamente convive-se com pequenos furtos em supermercados, em farmácias e outros estabelecimentos onde o público tem acesso direto às mercadorias colocadas em prateleiras e expositores.

Esses estabelecimentos acabam por movimentar os organismos do Estado, onerando-os em tempo e finanças, subtraindo a oportunidade de eficiência pública em relação à apuração e decisões em situações valorativamente mais importantes para a sociedade.

Será que o sistema penal deve continuar se envolvendo com furtos de lata de leite, xampu, escova de cabelo e outras miudezas, em detrimento de questões como crime organizado, tráfico de armas, tráfico de pessoas, superlotação carcerária, ressocialização de presos, etc.?

A alteração proposta do processo penal nesta parte, como não poderia ser diferente, não está discriminalizando os ataques delitivos contra qualquer espécie de patrimônio protegido pelo Direto material. Está apenas criando uma condição procedimental (representação) para que esses crimes mereçam a atuação do Direito penal, na sua dimensão fragmentária de *última ratio.*

A sabedoria de NIKLAS LUHMANN expressa nas palavras anteriormente transcritas reside exatamente em apontar a incoerência do Direito penal em proteger determinados patrimônios apenas por sua representação econômica, mas sem qualquer valor imaterial, e dar as costas para valores muito mais importantes para a sobrevivência do homem nos dias atuais.

A reforma do processo penal que se anuncia traz muitas outras novidades relevantes para a modernização do sistema penal brasileiro, tais como, a criação da justiça restaurativa; a possibilidade de julgamento sumário nos crimes de menor gravidade – desde que haja confissão espontânea e a pena for ajustada com o réu; menciona expressamente a obrigação de se atentar aos princípios da proporcionalidade, necessidade e não culpabilidade quando da decisão em medidas cautelares – especialmente nos casos de privação da liberdade; regulamenta o monitoramento eletrônico como alternativa à prisão, etc.

No entanto, considerando que cada um tema da reforma tem potencial para gerar um trabalho específico, e merece uma abordagem mais detalhada, ficam aqui assinaladas essas inovações apenas para que se possa antever o futuro do processo penal brasileiro.

17 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 54-55. v. 2.

CONCLUSÃO

O sistema penal brasileiro atravessa uma crise de credibilidade que tem levado ao questionamento sobre a necessidade de sua completa reformulação.

Por um lado está a população que se sente insegura diante do que ela percebe como avanço da criminalidade.

Incentivando e instigando essa percepção social e aumentando a insegurança no imaginário da população está a mídia, que legitima o crime noticiando-o de forma espetacular criando shows em torno das desgraças humanas.

Em meio a essa agitação encontram-se os órgãos que lidam diretamente com a questão do fenômeno criminal e formam a estrutura do sistema penal do país.

Enquanto a sociedade estimulada e excitada exige maior rigor nas sanções criminais e criação de novas figuras típicas penais, os maiores penalistas do mundo chamam a atenção para a necessidade de um Direito penal mínimo, que atente para as garantias do cidadão e sua dignidade humana.

Esse antagonismo reside em grande parte no choque natural existente entre o pensamento leigo, sem padronização e sem sistematização, chamado por Habermas[18] *de diálogos do mundo da vida*, e o pensamento científico, formal e racional, que se preocupa com os resultados dos comportamentos e evolução da sociedade.

No entanto, a pressões sociais são tantas, e a força convincente da imprensa de tal ordem, que mesmo aqueles iniciados cientificamente, bacharéis em Direito e integrantes do sistema penal, que possuem ou deveriam possuir capacidade de discernir o pensamento comum do raciocínio apurado, acabam cedendo ao prosaico em detrimento do verdadeiro e relevante.

Não poucas vezes, p.ex., lê-se em pareceres do Ministério Público e decisões judiciais que um condenado precisa permanecer mais dois ou três meses no cárcere para sua total recuperação e segurança da sociedade.

Na verdade, tais manifestações buscam, aparentemente, apenas agradar a sociedade leiga e manipulada, como forma de alcançar uma legitimação perante ela. Caso não seja essa a razão, então demonstram uma personalidade contaminada pelo entendimento vulgar das coisas, já que não há qualquer base científica de que o cárcere recupere alguém ou o sair dele sessenta ou noventa dias antes modifique a segurança de uma sociedade complexa tal qual a brasileira, na qual existe quase meio milhão de mandados de prisão a serem cumpridos.

Ao contrário, o que legitima o sistema penal brasileiro, seus organismos e integrantes, é o agir de maneira coerente com os princípios norteadores do Estado Democrático e Social de Direito e da ciência penal. Somente com um procedimento, firme e permanente, com respeito às leis que guardam coerência com a Constituição Federal e suas estruturas principiológicas, é que todo cidadão perceberá que pode confiar em suas instituições.

REFERÊNCIAS

COSTA, José de Faria. **Linhas de direito penal e filosofia, alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

18 **Teoria de la accion comunicativa: crítica de la rázon funcionalista**. Madrid: Taurus. p. 82, t. 2.

HABERMAS, J. **Teoria de la accion comunicativa**: critica da la rázon funcionalista. Madrid: Taurus, 1987, t. 2.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HUSLSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernart de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 54-55, v. 2.

O Estado de São Paulo. Edição de 18 de dezembro de 1992, Caderno Cidades.

Projeto n. 156/2009, entregue no Senado Federal em 22 de abril de 2009, in www.senado.gov.br/novocpp/anteprojeto.asp

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial BDef, 2005.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Apelação Cível n. 2009.019794-6 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO OBRIGATÓRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA MÍNIMA DE CADA UNIDADE CONDOMINIAL – EXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO ÚNICO QUE AUFERE O CONSUMO TOTAL DO IMÓVEL – PRECEDENTES DO STJ – APELAÇÃO E RECURSO OBRIGATÓRIO NÃO PROVIDOS.

Está pacificado no STJ o entendimento segundo o qual é ilegal a cobrança de tarifa mínima de água com base no número de unidades condominiais, sem considerar o consumo efetivo de água medido por hidrômetro do condomínio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso obrigatório e apelação interposta por Águas de Guariroba S/A com relação à sentença proferida no mandado de segurança impetrado por Vicente José Averbeck.

A sentença consiste na concessão em parte da segurança pleiteada para que o impetrante pague à concessionária de serviço público apenas o volume de água registrado no hidrômetro único instalado no condomínio, ou seja, o volume de água efetivamente consumido, e não como vem cobrando a concessionária, exigindo tarifa mínima de cada uma das unidades condominiais.

A recorrente pede a reforma da sentença sob a alegação de que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso e que a cobrança deve continuar sendo exigida pela tarifa mínima de água de cada unidade do condomínio, pois calculada desta forma preserva-se o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão assim como o verdadeiro interesse público.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

O Procurador de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso obrigatório e apelação interposta por Águas de Guariroba S.A. com relação à sentença proferida no mandado de segurança impetrado por Vicente José Averbeck.

A sentença consiste na concessão em parte da segurança pleiteada para que o impetrante pague à concessionária de serviço público apenas o volume de água registrado no hidrômetro único instalado no condomínio, ou seja, o volume de água efetivamente consumido, e não como vem cobrando a concessionária, exigindo tarifa mínima de cada uma das unidades condominiais.

A recorrente pede a reforma da sentença sob a alegação de que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso e que a cobrança deve continuar sendo exigida pela tarifa mínima de água de cada unidade do condomínio, pois calculada desta forma preserva-se o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão assim como o verdadeiro interesse público.

Não assiste razão à recorrente.

Com relação à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso, verifica-se que o art. 22 do diploma citado prevê especificamente que os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias ou permissionárias devem oferecer aos consumidores serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, razão pela qual não se deve falar que o CDC é inaplicável à situação do fornecimento de água.

Ademais, a incidência do Código Consumerista ao caso não torna ilegal a cobrança de tarifa mínima de água prevista no art. 30 da Lei n. 11.445/07.

A questão discutida é sobre a possibilidade ou não de a concessionária cobrar de cada unidade condominial a tarifa mínima de serviço de abastecimento de água quando houver no imóvel hidrômetro único que aufere o consumo total.

E quanto a essa discussão o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de ser ilegal a cobrança de tarifa mínima de água com base no número de economias, sem considerar o consumo efetivamente registrado nos condomínios em que o consumo total de água é medido por um único hidrômetro.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS). IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. O STJ pacificou o entendimento de que, nos condomínios em que o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, é ilegal a cobrança de tarifa mínima de água com base no número de economias, sem considerar o consumo efetivamente registrado.
>
> 2. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp n. 555069, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 2.10.2009).
>
> ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO – TARIFA DE ÁGUA – COBRANÇA DE TARIFA MÍNIMA – HIDRÔMETRO ÚNICO – ILEGALIDADE – ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO – AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS

VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC – IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme consignado no acórdão embargado, a Primeira Seção em 15.9.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 726.582/RJ, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamim, reafirmou a ilegalidade da cobrança da tarifa mínima de água com base no número de economias, sem considerar o consumo efetivamente registrado no hidrômetro. (Acórdão pendente de publicação). (STJ, EDcl no AgRg no Resp n. 724873/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ. 21.10.2009).

Posto isso, nega-se provimento à apelação e ao recurso obrigatório.

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. Rêmolo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.025458-3 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SEGURO – OCORRÊNCIA DE SINISTRO – PERDA TOTAL DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO SALVADO NO DETRAN – DANO MORAL DEVIDO – REEMBOLSO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO CONTRATADO PELA PARTE – INADMISSIBILIDADE – DANO MATERIAL NÃO CARACTERIZADO – MULTA PELO DESCUMPRIMENTO – MANUTENÇÃO DO VALOR.

A ausência de transferência no Detran pela seguradora do veículo salvado caracteriza ofensa ao segurado, sendo necessária a indenização pelos danos morais sofridos, cujo valor deve ser arbitrado em quantia razoável.

Não caracteriza dano material e por isso é indevido à parte vencedora o reembolso do valor adiantado pela contratação de advogado a fim de ajuizar ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Sul América Cia Nacional de Seguros S.A. interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida na ação de obrigação de fazer c.c. Indenização por dano moral e material.

A sentença consiste na procedência do pedido para determinar que a seguradora providencie a transferência para o seu nome do veículo objeto do seguro e também das dívidas decorrentes do bem, no prazo de 20 dias sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00, limitada em 30 dias, bem como condená-la ao pagamento de R$ 30.000,00 por danos morais e R$ 5.000,00, como indenização pelo dano material, decorrente do reembolso de honorários de advogado pagos pelo autor.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que o dano moral pela contratação de advogado não é devido; que não restou demonstrado o dano moral; que deve ser reduzido o valor fixado pela indenização por danos morais, por se encontrar desproporcional; que a multa fixada pelo descumprimento da obrigação é exorbitante.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata de recurso de apelação interposto por Sul América Cia Nacional de Seguros S.A. em face da sentença proferida na ação de obrigação de fazer c.c. Indenização por dano moral e material ajuizada por Auto Posto Norte Sul Ltda.

A sentença consiste na procedência do pedido para determinar que a seguradora providencie a transferência para o seu nome do veículo objeto do seguro e também das dívidas decorrentes do bem, no prazo de 20 dias sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00, limitada em 30 dias, bem como condená-la ao pagamento de R$ 30.000,00 por danos morais e R$ 5.000,00, como indenização pelo dano material, decorrente do reembolso de honorários de advogado pagos pelo autor.

Pede a reforma da sentença sob a alegação de que o dano moral pela contratação de advogado não é devido; que não restou demonstrado o dano moral; que deve ser reduzido o valor fixado pela indenização por danos morais, por se encontrar desproporcional; que a multa fixada pelo descumprimento da obrigação é exorbitante.

Constata-se dos autos que a empresa recorrida ajuizou a presente ação sob a alegação de que firmou contrato de seguro com a recorrente, sendo que o veículo segurado em dezembro de 1995 envolveu-se em acidente, ocasionando a perda total do bem.

A seguradora, apesar de pagar a indenização do bem, não providenciou a baixa do veículo no Detran e, por isso, depois de passados mais de 2 anos, a recorrida recebeu multas pela sua utilização indevida, por isso enviou várias notificações à recorrente mas nenhuma delas fora atendida, o que lhe causou prejuízos, visto que em dezembro de 2003 foi-lhe negado pela Secretaria de Fazenda o pedido de impressão de notas fiscais, devido a débito de IPVA e licenciamento do referido veículo.

Diante desses fatos, resta evidente a ocorrência do dano moral, visto que a inércia da recorrente em providenciar a transferência do veículo causou-lhe transtornos, pois se trata de pessoa jurídica que depende de crédito para realizar suas atividades, além de ter sido impedida de imprimir notas fiscais, conforme se constata dos documentos de folhas 40 e 41.

Quanto ao valor da indenização, fixado em R$ 30.000,00 na sentença, também deve ser mantido.

O *quantum* referente à indenização deve ser arbitrado obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua caracterização, ou seja, o potencial econômico do réu e da vítima, além do que a condenação não pode ser quantia vultosa que caracterize enriquecimento sem causa ao beneficiário, entretanto, não pode ser insignificante ao agente causador do dano.

Verifica-se, neste caso, a desídia da recorrente em providenciar a transferência do veículo no Detran, pois ficou por mais de 2 anos inerte, além da sua recalcitrância, visto que recebeu duas notificações para providenciar a referida transferência e quedou-se inerte, obrigando a recorrida a ajuizar a presente ação.

Ademais, impõe-se acrescentar que se trata de empresa de grande porte, especializada em seguros, tornando inadmissível a atitude omissiva, conforme ocorreu aqui.

Sobre os danos materiais, fixados pelo magistrado em R$ 5.000,00 pelo reembolso ao autor do valor adiantado como pagamento de honorários advogados para ajuizar a ação, realmente não são devidos.

Sabe-se que a contratação de advogado pela empresa autora ora recorrida foi para suprir interesses próprios, além do que os honorários contratados pela parte não se confundem com os honorários sucumbenciais, os quais são devidos pela parte vencida na demanda.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO JULGADOS PROCEDENTES. CONDENAÇÃO DOS EMBARGADOS AO PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20, CAPUT, DO CPC. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS. NÃO-CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O REGISTRO DA PENHORA PARA O AJUIZAMENTO DOS EMBARGOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO. PEDIDOS ARTICULADOS EM CONTRA-RAZÕES. NÃO–CONHECIMENTO. (TJRS, AC n. 704348165, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Min. Marco Antonio Bandeira Scapini, julgado em 19.12.2002).

Com efeito, deve-se afastar a condenação pelos danos materiais fixados na sentença.

Por fim, quanto à multa arbitrada em R$ 1.000,00 por dia em caso de descumprimento, não tem razão a recorrente.

Isso porque, no caso, a recorrente deixou de efetivar a transferência do veículo no DETRAN desde o ano de 1995, apesar de a recorrida ter fornecido todos os documentos necessários para o ato.

Assim, diante da recalcitrância da apelante e de sua capacidade financeira, o valor da multa apresenta-se razoável, por isso deve ser mantido.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

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. Rêmolo Letteriello.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.031906-1 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ESMAGAMENTO DA MÃO DE CONSUMIDORA NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA – ACIDENTE DE CONSUMO – DEVER DE GARANTIR A SEGURANÇA DOS CLIENTES E USUÁRIOS DO BANCO – ACIDENTE DE CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE EXERCIDA PELA VÍTIMA – LUCROS CESSANTES DEVIDOS – MAJORAÇÃO DA QUANTIA PARA UM SALÁRIO-MÍNIMO ENQUANTO FOI REALIZADO O TRATAMENTO FISIOTERÁPICO – DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO DO VALOR PARA R$ 15.000,00 – RAZOABILIDADE – SUCUMBÊNCIA PELO BANCO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Adelaide Batista da Silva e negar provimento ao recurso do Banco Itaú S.A., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Adelaide Batista da Silva interpõe recurso de apelação com relação à sentença proferida na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em desfavor do Banco Itaú S.A.

A sentença consiste na procedência em parte do pedido para condenar o banco ao pagamento de R$ 8.000,00 referente a danos morais, com a incidência de correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês contados da publicação da sentença; ao pagamento das sessões de fisioterapias realizadas durante o trâmite da demanda; e ao pagamento de metade do salário mínimo mensal, desde a data do acidente (16.3.2007) até o final do tratamento fisioterápico da requerente (2.4.2009), verba esta referente aos lucros cessantes, que deverão ser corrigidas pelo IGPM/FGV além de sobre ela recair juros de mora de 1% ao mês contados da data de cada prestação mensal.

O magistrado também reconheceu a sucumbência recíproca e condenou o banco ao pagamento de 60% das custas processuais e a autora ao pagamento de 40%, além de arbitrar honorários aos patronos da parte autora em 20% sobre o valor atualizado da condenação, e aos patronos do banco arbitrou em 10% admitida a compensação e ressaltada a suspensão da cobrança quanto à autora em razão da concessão da justiça gratuita.

A recorrente alega que o valor da indenização por dano moral foi arbitrado de forma irrisória e insuficiente, pois a apelante necessitou da ajuda de amigos e vizinhos para os afazeres domésticos, além de passar por necessidade financeira, sofrendo demasiadamente.

Pede também que a condenação ao pagamento de lucros cessantes seja majorada para 1 salário-mínimo vigente, desde a data do evento danoso, acrescido de correção monetária e juros de mora, e que esse pagamento se estenda por toda a sua vida em razão das sequelas permanentes que a recorrente suportará.

Por fim, pede que o banco seja condenado ao pagamento integral das custas e honorários de advogado, excluída a compensação.

O Banco Itaú S.A. também recorre da sentença afirmando que não há dever de indenizar porquanto houve culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente, uma vez que ela agiu com negligência e imprudência ao escorar na porta de acesso da agência bancária para descansar, o que deu causa ao esmagamento de sua mão devido ao fechamento da porta.

Alega, também, que não houve comprovação que a autora faz jus aos lucros cessantes, pois tendo em vista a culpa exclusiva dela, não deve o banco arcar com o pagamento das sessões de fisioterapia.

Afirma, ainda, que não houve comprovação dos danos morais sofridos.

E, por fim, acaso mantido o entendimento pela responsabilização do banco no ocorrido, pede a redução do quantum indenizatório referente ao dano moral.

VOTO

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

Consta dos autos que a recorrente Adelaide Batista da Silva, no dia 16 de março de 2007, a fim de realizar transações bancárias, dirigiu-se ao Banco Itaú S.A.

Ao chegar no estabelecimento, antes das 11 horas, horário em que se inicia o atendimento, Adelaide encostou-se na porta que dá acesso aos caixas eletrônicos para descansar e esperar a abertura da agência, quanto então o funcionário da agência Mário Márcio fechou a porta sem nenhum aviso, prendendo a mão de Adelaide no vão da dobradiça, o que lhe ocasionou fratura exposta e esmagamento de seu polegar esquerdo.

Percebendo a gravidade da situação, o funcionário da agência levou Adelaide ao hospital e, constatado o esmagamento do polegar da mão esquerda, ela foi submetida à cirurgia reparadora e ficou internada por 4 dias.

Tendo em vista essa situação, houve o ajuizamento da presente demanda, em que o magistrado julgou procedente em parte o pedido da autora e condenou o banco ao pagamento de R$ 8.000,00 referentes aos danos morais, com a incidência de correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês contados da publicação da sentença; ao pagamento das sessões de fisioterapias realizadas durante o trâmite da demanda; e ao pagamento de metade do salário mínimo mensal, desde a data do acidente (16.3.2007) até o final do tratamento fisioterápico da requerente (2.4.2009), verba esta referente aos lucros cessantes, que deverão ser corrigidas pelo IGPM/FGV além de sobre ela recair juros de mora de 1% ao mês contados da data de cada prestação mensal.

O magistrado também reconheceu a sucumbência recíproca e condenou o banco ao pagamento de 60% das custas processuais e a autora ao pagamento de 40%, além de arbitrar honorários aos patronos da parte

autora em 20% sobre o valor atualizado da condenação, e aos patronos do banco arbitrou em 10%, admitida a compensação e ressaltada a suspensão da cobrança quanto à autora em razão da concessão da justiça gratuita.

A recorrente, irresignada, interpõe apelação onde alega que o valor da indenização por dano moral foi arbitrada de forma irrisória e insuficiente, pois a apelante necessitou da ajuda de amigos e vizinhos para os afazeres domésticos, além de passar por necessidade financeira, sofrendo demasiadamente.

Pede também que a condenação ao pagamento de lucros cessantes seja majorada para 1 salário-mínimo vigente, desde a data do evento danoso, acrescido de correção monetária e juros de mora, e que esse pagamento se estenda por toda a sua vida em razão das sequelas permanentes que a recorrente suportará.

Por fim, pede que o banco seja condenado ao pagamento integral das custas e honorários de advogado, excluída a compensação.

O Banco Itaú S.A. também recorre da sentença afirmando que não há dever de indenizar porquanto houve culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente, uma vez que ela agiu com negligência e imprudência ao escorar na porta de acesso da agência bancária para descansar, o que deu causa ao esmagamento de sua mão devido ao fechamento da porta.

Alega, também, que não houve comprovação que a autora faz jus aos lucros cessantes, pois tendo em vista a culpa exclusiva dela, não deve o banco arcar com o pagamento das sessões de fisioterapia.

Afirma, ainda, que não houve comprovação dos danos morais sofridos.

E, por fim, acaso mantido o entendimento pela responsabilização do banco no ocorrido, pede a redução do quantum indenizatório referente ao dano moral.

Ambos os recursos serão apreciados conjuntamente tendo em vista a identidade de matérias.

Inicialmente, deve-se consignar, que a relação entre as partes é relação de consumo e, quanto aos fatos alegados, verifica-se claramente a ocorrência de acidente de consumo, figura prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de acidente de consumo, a lei menciona apenas duas excludentes de responsabilidade no parágrafo 3º do art. 14, quais sejam, a inexistência do defeito do serviço e a culpa exclusiva do consumidor.

No caso, a consumidora estava no interior da agência bancária, na área destinada aos caixas eletrônicos, esperando pela abertura das demais dependências, escorada na porta de acesso.

Ocorre que o funcionário da agência, sem o cuidado devido, fechou a porta em que a consumidora estava escorada, ocasionando-lhe o esmagamento do dedo da mão esquerda e consequentemente resultando em fratura exposta.

Não se pode falar, como pretende a instituição financeira, que o resultado danoso se deve exclusivamente à conduta da consumidora, pelo contrário, o que se constata é que em razão da ausência de diligência mínima necessária do funcionário da agência, a consumidora sofreu um grave acidente, ficando 4 dias internada em hospital e tendo que ser submetida a uma cirurgia corretiva.

Sobre a responsabilização das instituições financeiras pela segurança e incolumidade física de seus clientes e usuários de serviços, transcreve-se ementa proferida pelo TJMG:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - QUEDA DE PESSOA, IDOSA, QUANDO SAÍA DE AGÊNCIA BANCÁRIA - ESCADA PERIGOSA E MOLHADA PELA CHUVA - AUSÊNCIA DE PISO PRÓPRIO, MATERIAL ANTI-DERRAPANTE OU CORRIMÃO - DEVER DE INDENIZAR.

É civilmente responsável, pela queda de pessoa idosa que saía da sua agência, a instituição financeira que não toma as diligências devidas para garantir a segurança e incolumidade física de seus clientes e usuários de serviços, permitindo o trânsito de pessoas - entre elas deficientes físicos, gestantes e idosos, como na espécie - por escada perigosa e molhada pela chuva, carente de piso apropriado, material anti-derrapante ou corrimão.

A responsabilidade por fato do serviço é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC; e a vítima, em tal hipótese, é equiparada ao consumidor nos termos do art. 17 do mesmo diploma consumerista.

Não há como se conhecer de pedido de reforma da sentença contido nas contra-razões do apelo, já que nosso sistema recursal consagra princípio que veda a *reformatio in pejus*. (TJMG, AC n. 367.519-6, Quarta Câmara Cível, Rel. Domingos Coelho, DJ 23.11.2002).

Portanto, inexistindo nenhuma excludente de responsabilidade da instituição financeira, deve ela indenizar a vítima do acidente.

Quanto à prova dos lucros cessantes, ficou comprovado pelos testemunhos prestados (f. 231-232) que a vítima do acidente confeccionava bombons e, com a venda destes, complementava a pensão de 1 salário-mínimo ao mês que recebe por ser aposentada por invalidez.

Ambas as testemunhas afirmaram que Adelaide auferia em torno de R$ 80,00 por dia, mas não tinham idéia dos gastos para a confecção dos doces. Assim, a prova do valor líquido que ela recebia não existe nos autos, e em razão disso o magistrado achou por bem condenar a instituição financeira ao pagamento de ½ salário-mínimo desde a data do acidente até o término do tratamento fisioterápico.

No entanto, esse valor deve ser majorado para um salário-mínimo.

Isso porque, levando em conta os valores mencionados pelas testemunhas, mesmo que Adelaide gastasse metade da quantia que ganhava na compra e na confecção dos doces, o valor líquido auferido seria de R$ 800,00.

Assim, mostra-se mais adequado e razoável que a quantia referente aos lucros cessantes seja majorada para um salário-mínimo.

Deve-se ressaltar, ainda, que a indenização deverá ser paga no período estabelecido na sentença, ou seja, desde a data do acidente até o término do tratamento fisioterápico, e não de maneira vitalícia como pretende a recorrente Adelaide, uma vez que esse pedido não foi feito na petição inicial bem como não existe prova da incapacidade permanente da mão esquerda da vítima.

Com relação à ocorrência dos danos morais, não há dúvida, pois o sofrimento causado pelo esmagamento e fratura exposta da mão, a internação por 4 dias em hospital, o tratamento fisioterápico que se prolongou por 2 anos, e, por derradeiro, a cessação da atividade que a vítima exercia para complementar a irrisória pensão que recebia, não pode ser tida como simples aborrecimento, nem mesmo pelo mais insensível dos seres humanos.

E o valor arbitrado pelo magistrado também não se mostra o mais condizente para o caso.

Sabe-se que a indenização não tem cunho patrimonial, não visa o reembolso de eventual despesa, ao contrário, tem relação com a personalidade, e no caso de lesão corporal origina-se da dor, do trauma e do sofrimento.

Destarte, não pode a condenação ser tão alta a ponto de servir como enriquecimento sem causa do beneficiário ou exagerada ao condenado, nem seja tão baixa de modo a não significar nada ao beneficiário e ainda sirva de incentivo ao condenado à reiteração de atos congêneres.

Enfim, a indenização por dano moral tem como características básicas: a penalidade do civilmente responsável e a tentativa de minimização da dor moral que, a princípio, não tem preço.

Levando-se em consideração o porte econômico do ofensor, e o caráter didático que a medida deve possuir, além do sofrido extremo suportado pela vítima, a indenização por danos morais deve ser majorada para R$ 15.000,00, restando prejudicada a alegação de redução do valor tecida pelo banco.

Por fim, como a recorrente Adelaide decaiu de parte mínima do pedido, deverá o Banco Itaú S.A. arcar com a integralidade das custas e honorários de advogado, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 21, parágrafo único do CPC.

Posto isso, dá-se provimento em parte ao recurso interposto por Adelaide Batista da Silva para que o valor dos lucros cessantes seja majorado para um salário-mínimo por mês, durante a realização do tratamento e para aumentar o valor dos danos morais para R$ 15.000,00, e nega-se provimento ao recurso interposto por Banco Itaú S.A., que deverá arcar com a integralidade das custas e honorários de advogado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ADELAIDE BATISTA DA SILVA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO ITAÚ S.A., NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

***

Mandado de Segurança n. 2009.027762-2 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA – SERVIÇO CONSIDERADO ESSENCIAL – LEI N. 3.749/09 – VEDAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS USUÁRIOS INADIMPLENTES EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DO ESTADO – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 24, VIII, §§ 2º E 3º DA CF – ORDEM DENEGADA.

- O artigo 24, VIII, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, confere ao Estado competência concorrente para legislar sobre direitos do consumidor, tanto de normas de caráter geral, quanto de específico, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

- A Lei Estadual n. 3.749/2009, que veda a inscrição de usuários inadimplentes em órgãos de restrição ao crédito está em perfeita consonância com ordenamento jurídico, sendo vedado alegar violação ao princípio da isonomia, em relação aos demais usuários, pois cabe aos Estados, em razão da distribuição vertical de competência, disciplinarem sobre matérias específicas no âmbito do respectivo território.

- A Lei Federal n. 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, consagra em seu artigo 40, V, a possibilidade de suspensão no fornecimento dos serviços na hipótese de inadimplemento do usuário, após a notificação deste, medida que se mostra suficiente para estancar eventuais prejuízos, equilibrando, portanto, as obrigações entre as partes.

- Inserir o nome dos usuários em órgão de proteção ao crédito representaria uma duplicidade na punição, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade, podendo a empresa concessionária de serviço público essencial cobrar seus créditos pelas vias normais administrativas e judiciais, acrescido dos consectários legais da mora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, denegar a segurança. Absteve-se de votar o 5º vogal. Ausente, justificadamente, a 6ª vogal.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Águas Guariroba S.A., Concessionária de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Município de Campo Grande, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, em face do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, apontando como ato coator a promulgação da Lei Estadual n. 3.749/2009, de 30.9.2009, que proíbe todas e quaisquer empresas prestadoras de serviços públicos no Estado de Mato Grosso do Sul, seja de forma direta ou por meio de concessionárias ou permissionárias, de inscrever o nome dos consumidores inadimplentes nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas de prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul. A norma prevê multa às empresas que a descumprirem.

Alega a impetrante que a Lei n. 3.311/2006 está normatizando as atividades relativas aos contratos de concessão que tenham por objeto tais serviços públicos, atingindo diretamente o contrato de concessão celebrado entre a impetrante e o ente municipal. Acrescenta que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratações administrativas, desde que, não contrariem legislação federal.

Aduz também que a proibição de inclusão do nome dos inadimplentes nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, por falta de pagamento, geraria prejuízos tanto para os usuários adimplentes, como para a população em geral, porquanto, serve de incentivo à inadimplência. A concessionária disporia de menos recursos para investir na expansão da rede de abastecimento como também na melhoria do sistema.

Argumenta que a Lei Estadual é proibitiva, de efeitos concretos e imediatos, aplicável de forma direta à impetrante.

Por fim pugna pela concessão da segurança, determinando-se a suspensão da eficácia e declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.749/2009 com o reconhecimento da sua inaplicabilidade em relação à impetrante.

A medida liminar foi indeferida às f. 112-113.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 120-132) sustentando que não há vício formal no processo legislativo e o Poder Legislativo atuou de forma a proteger a população que luta por melhores condições de vida e manutenção do mínimo necessário para a sobrevivência da família. A norma afastou um meio coercitivo de cobrança. Alegou, ainda, que a competência concorrente para legislar, prevista no art. 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, permite aos estados membros a edição de leis que visem a proteção do consumidor.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 137-141) opinando pela concessão da segurança.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Águas Guariroba S.A., Concessionária de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Município de Campo Grande, em face do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, apontando como ato coator a promulgação da Lei Estadual n. 3.749/2009, de 30.9.2009, que proíbe todas e quaisquer

empresas prestadoras de serviços públicos no Estado de Mato Grosso do Sul, seja de forma direta ou por meio de concessionárias ou permissionárias, de inscrever o nome dos consumidores inadimplentes nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas de prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul. A norma prevê multa às empresas que a descumprirem.

Alega a impetante que a Lei n. 3.311/2006 está normatizando as atividades relativas aos contratos de concessão que tenham por objeto tais serviços públicos, atingindo diretamente o contrato de concessão celebrado entre a impetrante e o ente municipal. Acrescenta que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratações administrativas, desde que, não contrariem legislação federal.

Aduz também que a proibição de inclusão do nome dos inadimplentes nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, por falta de pagamento, geraria prejuízos tanto para os usuários adimplentes, como para a população em geral, porquanto, serve de incentivo à inadimplência. A concessionária disporia de menos recursos para investir na expansão da rede de abastecimento como também na melhoria do sistema.

Argumenta que a Lei Estadual é proibitiva, de efeitos concretos e imediatos, aplicável de forma direta à impetrante.

Por fim pugna pela concessão da segurança, determinando-se a suspensão da eficácia e declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.749/2009 com o reconhecimento da sua inaplicabilidade em relação à impetrante.

A medida liminar foi indeferida às f. 112-113.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 120-132) sustentando que não há vício formal no processo legislativo e o Poder Legislativo atuou de forma a proteger a população que luta por melhores condições de vida e manutenção do mínimo necessário para a sobrevivência da família. A norma afastou um meio coercitivo de cobrança. Alegou, ainda, que a competência concorrente para legislar, prevista no art. 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, permite aos estados membros a edição de leis que visem a proteção do consumidor.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 137-141) opinando pela concessão da segurança.

O cerne da questão trazida à apreciação, reside na eventual incompetência da Autoridade Coatora para promulgar a Lei Estadual n. 3.749, de 30 de setembro de 2009, bem como a sua eventual inconstitucionalidade, por vedar a inscrição do nome de consumidores nos cadastros de restrição de crédito, em caso de falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviços público.

Por questão de prejudicialidade, passo a analisar a alegação de incompetência da autoridade coatora.

I) Da alegada Incompetência do Estado

A impetrante afirma que a Lei Estadual estaria normatizando as atividades relacionadas a todos e quaisquer contratos de concessão celebrados no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, que tenham por objeto os serviços públicos previstos na respectiva norma e, por esse motivo, estaria invadindo a competência privativa da União de legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, prevista no artigo 22, VII e XXVII da Constituição Federal.

Acrescenta que o artigo 21, XX, da Constituição Federal, estabelece a competência da União em instituir diretrizes para o saneamento básico, conforme realizado por meio da Lei Federal n. 11.445/2007.

Aponta que o artigo 23 da citada lei, prevê a competência da entidade reguladora para editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação de serviços, abrangendo, inclusive, a forma de mediação, faturamento e cobrança e, com base nesse dispositivo, o Prefeito Municipal, após deliberar com o Conselho de Regulação, autorizou a impetrante, por meio dos Decretos Municipais n. 10.531 e n. 10.532/08, a incluir o nome dos usuários inadimplentes nos órgãos de proteção ao crédito.

Alega, ainda, que teria firmado contrato com o Município de Campo Grande e não com o Estado de Mato Grosso do Sul, tornando-o, portanto, incompetente para legislar sobre a matéria.

Em que pesem os argumentos acima, não assiste razão à impetrante.

Isso porque não há correlação entre o conteúdo da Lei Estadual n. 3.749/09, e as matérias reguladas nos dispositivos normativos citados pela Impetrante, diante da especificidade que os revestem.

O fato de se impedir a inscrição em órgãos de restrição ao crédito, de forma alguma pode ser interpretado como política de crédito (Lei n. 4.595/64), normais gerais de licitação e contratação (Lei n. 8.666/93), tampouco diretriz ligada ao saneamento básico (Lei n. 11.445/07), bastando que se analise o contexto e a finalidade pela qual cada uma das citadas leis foram criadas; visivelmente possuem essência diversa daquela traçada pela Lei n. 3.749/09, que tem como meta, impedir a prática de ato abusivo contra os consumidores.

Por esse motivo, a competência da autoridade coatora está inserida no artigo 24, VIII, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> [...]
>
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> [...]
>
> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Tal dispositivo concede, expressamente, ao Estado-membro, competência concorrente para promulgar leis que visem impedir danos aos consumidores, além de fixar as responsabilidades do agente causador, na hipótese de descumprimento da norma, demonstrando, com isso, que a autoridade coatora não extrapolou sua competência legislativa.

Pelo contrário, o Estado está exercendo seu papel de instituir leis de proteção efetiva ao consumidor, ainda que de caráter geral, ante a inexistência de Lei federal regulamentadora. Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre o assunto, é elucidativo ao afirmar que:

> A inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da

> disciplina constitucional (competência supletiva). Note-se que, em virtude da ausência de Lei federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena para a edição tanto de normas de caráter geral, quanto específico. (**Direito Constitucional**, 23. ed., Atlas, p. 305-306)

Recentemente, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal chancelou a competência concorrente do Estado para legislar sobre direitos do consumidor, conforme segue:

> AGRAVOREGIMENTALNORECURSOEXTRAORDINÁRIO.CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direitos do consumidor. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RExtra n. 590.015-1, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 24.4.2009) (Grifo nosso).

> Em razão disso, o fato de a impetrante ter firmado contrato com a Prefeitura de Campo Grande, em nada interfere na competência da autoridade coatora e, ainda que exista Decretos Municipais autorizando a Concessionária a incluir o nome dos usuários no órgão de proteção ao crédito (f. 98 e 108), a superveniência de Lei estadual acarreta a suspensão da eficácia naquilo que for contrário aos seus dispositivos.

A impetrante não pode se apegar em norma de interesse local, para suscitar incompetência do ente Estadual, com o objetivo de se furtar a cumprir norma de interesse regional. Nem se alegue interferência na separação e independência dos poderes, vez que a Constituição Federal, em seu artigo 30, I, é precisa em restringir a competência legislativa dos Municípios.

No mesmo sentido, a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu artigo 17, I e II, restringe a competência legislativa do Município sobre os assuntos de interesse local, ampliando-os em caso de inércia dos entes federais e estaduais, até que exista legislação específica, vejamos:

> Art. 17. Compete aos Municípios:
>
> I legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

Paulo Bonavides, seguindo esta linha de raciocínio, observa que "*a atuação do legislador municipal é limitada, tendo em vista os princípios gerais a serem seguidos, que se originam da Constituição Federal e dos princípios especiais da Constituição Estadual*". (**Comentários à Constituição Federal de 1988**, Forense, 2009, p. 621)

Dessarte, a partir do momento em que a Lei n. 3.749/09 foi publicada, ficaram suspensas quaisquer disposições municipais em sentido contrário, sendo vedado alegar eventual direito adquirido estampado no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e artigo 6º, da Lei de Introdução do Código Civil.

A lei estadual, além de não ocupar esfera reservada à União Federal, visa a proteção do consumidor, e jamais a regulamentação no setor de saneamento básico, conforme tenta fazer crer a impetrante.

O ato praticado pela autoridade coatora é fruto do exercício regular da competência concorrente do Estado de Mato Grosso do Sul para legislar sobre diretos do consumidor, consoante previsão contida no artigo 24, VIII, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, que representa um típico caso de repartição vertical de competência.

Portanto, sendo a Lei Estadual n. 3.749/09 promulgada por autoridade manifestamente competente, a alegação de inconstitucionalidade formal arguida pela impetrante deve ser afastada.

II – Da alegada Incompatibilidade da Lei Estadual n. 3.749/09 com o ordenamento jurídico vigente

Além da incompetência da autoridade coatora, a impetrante alega que a Lei n. 3.749/09 seria inconstitucional por estar em conflito com alguns dispositivos legais, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor, sob o fundamento de que referida legislação não proíbe a inscrição do nome dos inadimplentes nos órgãos de proteção ao crédito, bem como não dá guarida à inadimplência dos usuários de serviço público, traçando tão somente normas gerais de proteção do consumidor.

Conforme reconhece o, próprio, impetrante, referida norma é de caráter geral, por consequência, caberia aos Estados, em razão da distribuição vertical de competência, disciplinarem sobre matérias específicas no âmbito do respectivo território, exatamente como fez a autoridade coatora.

Pelo mesmo motivo, não há falar em violação ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, em relação ao restante dos consumidores do país, pois caberá a cada Estado-membro, verificar a conveniência e oportunidade na promulgação de lei, tratando, especificamente, da matéria em análise.

Ademais, quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.749/2009, impõe-se destacar a necessária observação pelo intérprete do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, assim observado pela mais autorizada literatura jurídica:

> O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-se os atos diante de casos de inconstitucionalidade, flagrante e incontestável (Luís Roberto Barroso, "**Interpretação e Aplicação da Constituição**", Saraiva, p. 174)

O impetrante aduz que são graves e irremediáveis os prejuízos que advirão da Lei n. 3.749/09, uma vez que os consumidores deixarão de pagar suas contas de água e/ou esgoto, devido a impossibilidade de restringi-los perante os órgãos de proteção ao Crédito. Para justificar esta conclusão, a impetrante afirma que o índice de inadimplência teria reduzido de 25,7% para 6,74%, no Estado de Mato Grosso do Sul, após o início da utilização do sistema de restrição ao crédito, junto ao Serasa, SPC, etc.

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que a impetrante não juntou provas, sequer demonstrou indícios acerca da verossimilhança do índice apresentado, por esse motivo, tal informação deve ser totalmente desconsiderada, vez que na via estreita do mandado de segurança, se exige prova pré-constituída (artigo 6º, da Lei n. 12.016/09).

De outra parte, não se pode olvidar que em caso de inadimplemento do usuário, a autoridade coatora poderá cessar o fornecimento de água, até a regularização dos débitos pendentes, conforme decidido no mandado de segurança n. 2007.006359-1, de minha relatoria, onde o princípio da continuidade dos serviços públicos foi relativizado, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Seguem alguns trechos do voto proferido:

> Pois bem, a autoridade impetrada, ao proceder a edição da Lei n. 3.311/2006, partiu da premissa de que este tipo de serviço público é considerado essencial e deve ser prestado de forma contínua, e assim sendo, não é passível de qualquer suspensão.

> Ocorre que o princípio da continuidade não é o único princípio presente no ordenamento, porquanto também deve-se ater ao princípio da razoabilidade e até da eqüidade, pois não existe um único usuário do serviço, mas sim um grande grupo.
>
> Vale ressaltar, também, que as concessionárias de serviço público devem respeitar alguns princípios, como: continuidade, regularidade, eficiência, segurança, generalidade etc. Dessa forma, se todos os usuários se tornassem inadimplentes e a concessionária tivesse que continuar prestando o serviço, com certeza nenhum desses princípios seria respeitado e, conseqüentemente, o ente estatal teria que retomar a atividade, em face da inviabilidade de sua prestação pela empresa particular.
>
> Além disso, se esta possibilidade realmente se concretizasse, qual seja a inadimplência em massa, estar-se-ia diante do verdadeiro enriquecimento sem causa de uma das partes, pois enquanto uma parte prestaria um serviço adequado e eficiente, a outra somente o utilizaria sem qualquer ônus ou encargo.
>
> Ademais, nada mais justo que se exija do usuário uma contraprestação, porquanto não seria razoável que a empresa concessionária devesse continuar ofertando o serviço mensalmente, tendo que bater às portas do judiciário todo mês para que recebesse os valores não pagos pelos usuários, de serviços efetivamente prestados.

O entendimento acima consolidado teve, como principal objetivo, evitar ônus desproporcional à impetrante, que poderia inviabilizar o cumprimento do contrato com o órgão público, frente a manifesta desproporcionalidade da equação econômico-financeira, é dizer, entre a obrigação de continuidade no fornecimento de serviço público e a necessária remuneração da concessionária.

Veja-se, ademais, que a Lei Federal n. 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais de saneamento básico, autoriza a interrupção do fornecimento do serviço público na hipótese do "inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado". (art. 40, inciso V)[1]

A impetrante, portanto, concessionária do serviço público de abastecimento de água, já dispõe de autorização legal para adotar medida bastante radical, que é a interrupção do fornecimento de serviço público considerado essencial.

Pois bem, através do presente *writ* submete-se, mais uma vez ao crivo deste Sodalício, o conflito acerca dos direitos e obrigações existentes entre concessionária de serviço público e usuários.

Visivelmente estamos diante de um novo choque entre normas que regulamentam a prestação de serviço público e a relação de consumo, conflito este que deverá ser solucionado por meio do princípio da cedência recíproca, no qual se emite um juízo de valor, aplicando-se ao caso concreto a norma constitucional adequada e necessária.

Após refletir sobre a matéria por um longo período, analisando os benefícios e os malefícios da lei ora impugnada, ao meu juízo, exatamente da forma como me posicionei, quando do julgamento da lei que vedava o corte no fornecimento de água em caso de inadimplemento, por questão de coerência, não vejo outra forma senão analisar a controvérsia à luz do princípio da proporcionalidade.

1 Art. 40 da Lei n. 11445/07: Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:
[...]
V – inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento de tarifas, após ter sido formalmente notificado.

A Lei n. 3.749/09 disciplina a relação entre usuários e prestadores de serviços públicos de caráter essencial, sendo este o ponto chave que a diferencia em relação às demais empresas privadas, que permanecerão autorizadas a inscrever o nome dos inadimplemente em órgão de proteção ao crédito.

Dentro dos padrões da normalidade e do bom senso, não há a menor dúvida de que para uma família, ou mesmo uma única pessoa sobreviver com o mínimo de conforto e dignidade, faz-se necessário o fornecimento de água, luz, telefone etc; a população efetivamente delas precisa, sendo certo que não há uma faculdade, razão por que eles são chamados de "serviços essenciais à população".

Ao que parece, o objetivo da lei não é incentivar a inadimplência, mas tão somente evitar o excesso de punição decorrente da falta de pagamento de um serviço essencial à população. O corte no fornecimento de água ou de qualquer outro bem essencial, serve para estancar eventuais prejuízos da concessionária, me parecendo mais do que suficiente para equilibrar a relação entre as partes envolvidas.

Nesse sentido, destaco alguns trechos extraídos das informações prestadas pela autoridade coatora, que bem reflete a interpretação axiológica da Lei n. 3.749/09 (f. 122):

> Importante destacar que o objetivo da lei impugnada não é o de beneficiar os maus pagadores e inadimplentes que agem de má-fé, não há dúvida de que tais entidades podem prestar serviços relevantes ao mercado, desestimulando a ação de maus consumidores e, assim, reduzindo a possibilidade de ocorrência de prejuízos aos comerciantes em geral.
>
> O que a Lei Estadual n. 3.749 visa é proteger a população que luta por melhores condições de vida e que ocasionalmente se encontra com dificuldade de manter o mínimo necessário para sua manutenção e de sua família. Razão pela qual a inscrição de seu nome nos cadastros de maus pagadores serviria apenas com uma punição exagerada por não possuir alternativa equivalente ao consumo de tais serviços.

A inscrição em órgãos de restrição ao crédito produz efeitos nefastos na vida de qualquer pessoa, uma vez que nos dias atuais o controle e rigor está cada vez maior entre os comerciantes. Uma pessoa com restrição perde todas as linhas de crédito na praça, não consegue sequer emitir um cheque pré-datado, inviabilizando, totalmente, qualquer ato de comércio; isso expõe o consumidor a toda sorte de dissabores, até mesmo ao risco de ter que suspender suas atividades, das quais obtém o seu próprio sustento e de sua família.

Além disso, não se pode olvidar que a restrição ultrapassa os limites do Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que a consulta nos órgãos de proteção ao crédito é de caráter nacional; por mais esse motivo me convenço de que representa um excesso permitir que consumidores sejam incluídos no rol de maus pagadores, em caso de inadimplência de conta de consumo.

Sem sombras de dúvida que se deve combater a inadimplência, todavia, sem extrapolar, respeitando, dessa forma, um dos maiores princípios constitucionais, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos "*A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. [...] Quando o texto Constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social.*" (**Constituição Federal Anotada**, 7. ed., Saraiva, p. 83)

Por seu turno, a inadimplência faz parte do risco da atividade exercida, sendo permitido à impetrante cobrar seus créditos pelas vias normais administrativas e judiciais, acrescido de multa de 2% (dois por cento), juros de mora de 1% a.m. (um por cento ao mês) e atualização monetária, consequentemente, reputo inadequada a assertiva de que a população campo-grandense sofrerá aumento nas tarifas devido o desequilíbrio econômico que a legislação supostamente irá gerar.

Celso Antônio Bandeira de Melo define a Concessão de Serviço Público e o equilíbrio econômico-financeiro que a reveste, da seguinte maneira:

> [...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público [...]

Entende-se por equilíbrio ou equação econômico-financeira, conforme conceituação feliz de Marcel Waline: "[...] A relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que parecem equivalentes, donde o nome da equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada." (**Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., Malheiros, p. 696-697).

No mesmo sentido, a Lei n. 8.987/95 que regulamenta o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, em seu artigo 10, dispõe: "Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro."

Sobre esse aspecto, observo que no contrato de concessão firmado pela impetrante e o Município de Campo Grande, não há qualquer dispositivo que mencione sobre a possibilidade de incluir usuários em órgãos de restrição ao crédito. Aliás, nota-se que o contrato foi entabulado em 18.10.2002 (f. 78), e os Decretos Municipais n. 10.531/2008 e n. 10.532/2008, que autorizaram tal desiderato, instituídos somente em 4.7.2008 (f. 86 e 100), ou seja, após 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de vigência contratual.

Nesse interregno, a impetrante cumpriu normalmente as obrigações pactuadas, sendo induvidoso que a possibilidade de incluir o nome dos consumidores não foi considerada no momento da contratação, portanto, parece pouco provável que a impetrante venha a entrar em um colapso, conforme alegado na inicial, caso a Lei n. 3.749/2009 continue a irradiar seus efeitos.

Inserir o nome dos consumidores em órgãos de restrição ao crédito, relativos a serviços essenciais à população, representa abuso no exercício regular de um direito, desequilibrando a relação existente com os usuários e, por consequência, fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ou seja: não se pode, em casos que tais, admitir-se que os consumidores (especialmente os mais humildes) sejam punidos em duplicidade, uma vez que a inadimplência já gera a interrupção do serviço.

Nesse ritmo da argumentação, outro princípio jurídico, também de estatura constitucional, merece ser adotado para afastar a pretensão da impetrante, que é o da RAZOABILIDADE (fortemente adotado pela doutrina e pela jurisprudência: Luís Roberto Barroso, ob. Cit., p. 198-218; STF – RDA 194/299, Adin 855)

Com efeito, "*Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado ser for exercido de uma forma desarrazoadora. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, com excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum as categorias jurídicas invocadas.* ***O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoadora, portanto inaceitável***" (Chaim Perelman, "**Ética e direito**", Ed. Martins Fontes, 2000, p. 4289, destaque nosso).

E, para o caso dos autos, a lei estadual que veda a inscrição do nome dos consumidores nos órgão de restrição ao crédito, por falta de pagamento das tarifas de serviços públicos, não desatende a esta importante noção constitucional, porque a medida (considerado o arsenal de opções já colocado à disposição das concessionárias de serviços públicos) está longe de ser abusiva e de contrariar a moderação com o que o Estado deve tratar seus cidadãos.

Com efeito, a Lei n. 3.749/2009 não imiscui, diretamente, nas relações entre as concessionárias e usuários, prevendo apenas obrigações restritamente relacionadas à proteção do consumidor, que se localiza no campo do interesse público, por isso, deve ser mantida em nosso ordenamento jurídico.

Em face do exposto, contra o parecer, denego a segurança, por não vislumbar a existência de inconstitucionalidade, seja ela formal ou material, na lei ora analisada, inexistindo, com isso, ato coator passível de questionamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. ABSTEVE-SE DE VOTAR O 5º VOGAL. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A 6ª VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz, Paschoal Carmello Leandro e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2008.005711-3 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICÁVEL – TRATAMENTO MÉDICO EM ÁREA GEOGRÁFICA NÃO PACTUADA – RESPONSABILIDADE ASSUMIDA PELA OPERADORA DE SAÚDE – DEVER SUBSEQUENTE DE BOA-FÉ E COOPERAÇÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS – NÃO RAZOÁVEL – DANO NÃO RELEVANTE E POR CURTO PERÍODO DE TEMPO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS.

Descumprindo o fornecedor os deveres de boa-fé e cooperação ante a assunção da responsabilidade pela autorização de tratamento, mesmo que insuficiente, em localidade não abarcada pelo contrato, resulta inevitável a obrigação em autorizar o tratamento médico contratado, ademais se considerada a contradição das cláusulas contratuais.

A saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior a qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Não demonstrada conduta relevante apta a justificar a reparação econômica aliada ao curto espaço de tempo entre a atitude perpetrada e a solução efetiva, resta desarrazoada a condenação em dano moral.

Fixada a verba honorária de forma equitativa, nos termos das alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, impõe-se sua manutenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Eugênio Hugo Lohmann apela da sentença, proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c.c.

Indenização por Danos Morais ajuizada em face da UNIMED de Dourados/MS - Cooperativa de Trabalho Médico, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Aduz, em síntese, o malferimento dos artigos 186 e 927 do Código Civil em razão da evidência do nexo causal entre a conduta da apelada e o dano sofrido ao recusar indevidamente a autorização para o tratamento radioterápico conformacional ante o diagnóstico de câncer de próstata.

Pleiteia também a majoração da verba honorária, uma vez que foi fixada de maneira módica, desatendendo a apreciação das "a", "b" e "c" do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Por fim, requer o provimento recursal.

Resposta às f. 232-236.

De igual modo, UNIMED de Dourados/MS - Cooperativa de Trabalho Médico também interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, carência da ação, pois o pedido judicial do autor foi atendido administrativamente, não havendo interesse de agir no pleito, motivo pelo qual pugna pela extinção do feito sem resolução do mérito.

Assinala, no mérito, que a limitação geográfica de cobertura é expressamente permitida pelo artigo 8º, VII, da Lei n. 9.656/1998, não caracterizando nenhuma cláusula como dúbia ou maculada. Observa, ademais, que as restrições foram destacadas, de modo que deve ser mantido o equilíbrio contratual.

Ressalta, por outro lado, o dever do Estado de garantir a todo cidadão o direito social à saúde, conforme o artigo 196 do Constituição Federal.

Ao final, reinvindica a reforma da sentença com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Resposta às f. 239-248.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Por ordem de prejudicialidade, analiso primeiramente o recurso da UNIMED de Dourados/MS - Cooperativa de Trabalho Médico.

Alega preliminarmente carência de ação por falta de interesse de agir, uma vez que o procedimento pleiteado foi autorizado não sendo necessária a presente ação.

Extrai-se dos autos que a demanda foi ajuizada em 18 de dezembro de 2006, pugnando pela concessão liminar de tutela de urgência no sentido de autorizar tratamento radioterápico conformacional tridimensional com 167 de megavoltagem, 8 cheque-filmes, 8 blocos de colimação individualizados e 2 planejamentos técnicos tridimensionais, ante a insuficiência da autorização prévia da operadora de planos de saúde, conforme guias de f. 69 e 122 que aprovou somente megavoltagem de 107 em 4 de dezembro de 2006.

Bem se vê também da guia acostada pela ora apelante (f. 123) que o tratamento perquirido foi autorizado somente em 22 de dezembro de 2006 em razão da determinação judicial, constando, inclusive essa observação na própria guia. Ademais o hospital atendente apresentou diferença monetária entre a primeira radioterapia autorizada e a arguida judicialmente (f. 71), do que não há falar em ausência de interesse processual.

Superada a preliminar, adentro o mérito, o qual se consubstancia essencialmente na validade da delimitação geográfica para a cobertura do contrato de prestação de serviços médicos, restando por impedir a liberação de tratamento em local diverso.

Oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[1].

Sobressai relevante destacar, ainda, que dos documentos colacionados, em especial o anexo 2 do contrato (f. 58), é inconteste o dever da operadora em fornecer o serviço de radioterapia solicitado, visto que expresso na cobertura adicional item 1, alínea "p", em que ficou consignada a inclusão da cobertura contratual os serviços auxiliares de diagnóstico e terapia quimioterapia e radioterapia, dentro dos limites necessários ao tratamento, de acordo com o tipo e localização da patologia, fato esse não refutado pela apelante.

Reside, pois, a insurgência na obrigação ou não em prestar a assistência médica fora da área geográfica pactuada.

Nas razões recursais (f. 222), afirma a apelante que "mesmo sem obrigação autorizou os procedimentos", ao assim proceder não se sustenta sua assertiva de que a imposição de serviço em área geográfica não abrangida redundaria em desequilíbrio contratual. Ao contrário, assumiu a responsabilidade da prestação do tratamento, porém o fez de maneira insuficiente, isto é, autorizou um tratamento radioterápico inferior ao necessitado, este inquestionavelmente devido.

Constata-se, destarte, que faltou com o seu dever de boa-fé e, consequentemente, de cooperação, preconizado no artigo 4º, III[2], do mesmo diploma, do qual se colhe o dever de comportamento fiel, leal. Na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. Realce-se que se trata incumbência bilateral, isto é, devem respeitá-lo tanto o fornecedor como o próprio consumidor[3].

Nesse sentido, a posição do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte em casos análogos, respectivamente:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA.
>
> 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.
>
> [...]
>
> 4. Recurso especial provido. (REsp n. 418572/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 30.3.2009).

1 REsp n. 267530/SP, Quarta Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.3.2001 p. 147.

2 Art. 4º da Lei n. 8.078/1990: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
[...]
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"

3 NUNES, Rizzatto. *in* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 551.

> "EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – REJEITADA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA DE CIRURGIA EM OUTRO ESTADO – NEGATIVA DE COBERTURA NA CONTINUIDADE DO TRATAMENTO – COPARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – ATO CIRÚRGICO – EMERGENCIAL E NÃO ELETIVO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o seu convencimento, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa.
>
> Se a apelante custeia, por mera liberalidade, o tratamento de beneficiário em outro Estado, deve dar cobertura na continuidade do tratamento, em especial se há recomendação neste sentido de médico cadastrado na entidade.
>
> O art. 12 do Regulamento da apelante autoriza a cobertura do pagamento das órteses e próteses quando imprescindível no procedimento cirúrgico emergencial, mesmo em se tratando de plano de saúde na modalidade de coparticipação financeira na realização dos eventos". (AC n. 2009.010156-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 1º.7.2009) (g.n.).

Somem-se, ainda, os precisos argumentos[4] do magistrado *a quo* ao dispor:

> Aliás, cláusulas estas que se divergem entre si, com informações imprecisas, conforme acima se constatou em suas cláusulas contratuais, não observando o que dispõe a lei consumerista ao obrigar em seu art. 31 que a oferta e a apresentação de serviços assegurem informações corretas, claras, precisas, ostensivas. O que não é o caso dos autos. Tenho que, como dispõem as clausulas contratuais acima mencionadas, são incongruentes, quando em uma oportunidade dispõe que o plano se restringe à determinada área de cobertura e, em outra oportunidade, diz que o plano inclui o serviço de quimioterapia e radioterapia necessário ao tratamento, pelo que não podem prevalecer na forma pretendida pela requerida, não só por se tratar de um serviço posto e apresentado de forma imprecisa, não clara, mas também por se tratar de um manifesto desequilíbrio contratual, o que não pode ser admitido no sistema do direito contratual vigente, como se pode observar do disposto nos arts.421 e 422 do Código Civil, atento aos princípios que os embasam, principalmente quanto à função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. (f. 187-188) (g.n.)

Cumpre destacar, por outro vértice, que a saúde é direito constitucionalmente assegurado[5]. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência

4 Sobre o tema:
"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA – PLANO DE SAÚDE – RISCO CONTRATADO – OCORRÊNCIA – COBERTURA NEGADA – NECESSIDADE DE MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR – ALEGADA AUSÊNCIA DE COBERTURA – CLÁUSULAS CONTRADITÓRIAS – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
Existindo em contrato de plano de saúde previsão de cobertura de tratamento quimioterápico, deve ser afastada a previsão de não fornecimento de medicamentos de uso domiciliar relacionados diretamente ao tratamento, em razão de que a evidente contradição das cláusulas contratuais deve ser interpretada favoravelmente ao consumidor.
Cláusula limitativa de direito do consumidor em pactos adesivos, como no contrato de plano de saúde, deve ser colocada em destaque no texto do contrato, para que a ciência daquela seja inequívoca, sob pena de sofrer interpretação favorável à parte hipossuficiente.
Recurso conhecido e não provido". (TJMS, AC n. 2009.005482-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 24.3.2009).

5 Art. 196 da CF: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior a qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Assim sendo, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as cooperativas, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas sim a este se adaptar.

Apenas para que se evite eventual alegação de omissão, resta irrelevante as disposições da Lei n. 9.656/1998, que passou a regular os planos e seguros privados de assistência à saúde, porquanto a lide se soluciona unicamente sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Quanto ao apelo de Eugênio Hugo Lohmann, volta-se, incialmente, contra a não-condenação em indenização por danos morais.

Em que pese a superveniente falta com os deveres de boa-fé e cooperação da operadora do plano de saúde, é de se ver que não houve uma recusa injustificada que corroborasse a tese de conduta ilícita apta a ensejar o dano moral. O que se evidenciou, na verdade, foi uma prestação de serviço insuficiente, pois, como supramencionado, foi autorizado um tratamento inferior ao requisitado.

Acresça-se, ainda, o fato que entre a solicitação, a autorização do tratamento insuficiente (4-12-2006), o ajuizamento da ação e a concessão da tutela de urgência, tem-se um interregno menor que um mês com a efetiva autorização pleiteada (22-12-2006), de modo que realmente não se demonstra razoável a condenação da ora apelada em danos morais.

Para se evitar excessos, somente deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamente psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo[6].

Como narrado acima, não houve humilhação, vexame ou outra atitude relevante da apelada que justificasse a compensação econômica, portanto irreprimível a sentença vergastada.

No que tange ao montante arbitrado para a verba honorária, esta será fixada conforme a apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo artigo.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *in* **Responsabilidade Civil**. 10. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 611.

Examinando as circunstâncias contidas nos autos, tais como: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o deslinde do feito, verifica-se razoável o arbitramento dos honorários em R$ 500,00 (quinhentos reais), quantia essa que não se mostra irrisória ou abusiva, remunerando condignamente o trabalho do causídico.

A respeito:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ANÁLISE EQUITATIVA DO JUIZ (ARTIGO 20, § 4.º, DO CPC) – OBSERVÂNCIA DAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3.º DO ARTIGO 20, CPC – RECURSO IMPROVIDO.
>
> - Equidade, no caso do art. 20, § 4.º, CPC, é genuína expressão de ato discricionário do magistrado, que deverá, no entanto, obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de atender àqueles critérios estabelecidos na lei (art. 20, § 3º, CPC), e não, repise-se, aos percentuais de 10% a 20% estabelecidos neste dispositivo.
>
> - A fixação dos honorários não pode ser módica para não aviltar a remuneração do profissional pelo trabalho empreendido até o momento, mas também não deverá ser alta de modo a sacrificar o devedor. (TJMS, AgRg em Ag n. 2009.000687-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.2.2009) (g.n.).

Diante dessas considerações, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E 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. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.018703-8 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE CAUSADO POR EMPREGADO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – MORTE DE FILHO MENOR – DEVER DE INDENIZAR OS GENITORES – IRREGULARIDADE PROCESSUAL INEXISTENTE PORQUANTO A AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO EM CASO DE MORTE DA PARTE NÃO CAUSA INVALIDADE SE NÃO DEMONSTRADO PREJUÍZO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO NOS TERMOS DO ART 37 § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 100.000,00 PARA CADA GENITOR – VALOR EM CONFORMIDADE COM A RAZOABILIDADE – PENSIONAMENTO – 2/3 DO SALÁRIO-MÍNIMO NO PERÍODO ENTRE 16 E 25 ANOS E APÓS, ATÉ OS 65 REDUZIDO À METADE – NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PARA GARANTIR O PAGAMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE – SEGURADORA OBRIGADA A RESSARCIR OS DANOS – CONTRATO DE SEGURO PARA DANOS PESSOAIS COMPREENDE O DANO MORAL – LIMITE A SER PAGO É O VALOR DESCRITO NA APÓLICE DEVENDO SER DESCONTADO O DPVAT – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Não há que se falar em invalidade processual a ausência de suspensão do processo nos termos do artigo 265 do CPC se não causou prejuízo aos interesses dos sucessores. Ademais, o art. 43 do CPC dispõe que se dará a substituição pelo espólio ou pelos sucessores ocorrendo a morte de uma das partes, o que foi atendido no processo.

A responsabilidade da empresa prestadora de serviço público, por ato de seus servidores, é objetiva na forma do art. 37 § 6º da Constituição Federal. Comprovado o nexo de causalidade e não havendo causa de exclusão da responsabilidade tais como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou inexistência de danos é dever da empresa indenizar os genitores pela morte do filho menor.

A indenização por danos morais tem caráter compensatório, no sentido de minimizar o sofrimento suportado pela vítima ao mesmo tempo que representa uma punição forte e efetiva, bem como desestímulo à prática de atos ilícitos por parte do ofensor. O dano moral, portanto, é difícil de ser avaliado economicamente, uma vez que não é possível medir por critérios objetivos no que consistiria a integralidade da reparação. Diante da ausência de uma medida adequada, resta apenas e tão-somente ao magistrado arbitrar o seu valor utilizando-se da prudência e bom senso. O STJ firmou entendimento de que no caso de morte de filho menor de idade R$ 100.000,00 para os genitores é razoável.

O pensionamento é devido na ordem de 2/3 de salário-mínimo no período entre 16 e 25 anos do falecido e, após esse período, o valor é reduzido para 1/3 do salário mínimo limitada ao momento em que a vítima faria 65 anos de idade, considerando a expectativa média de vida.

Não há razão para substituir a constituição de capital pela inclusão em folha de pagamento a teor da súmula 313 do STJ "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para garantia de pagamento de pensão, independente da situação financeira do demandado".

Os danos relativos a pessoa humana podem ser de ordem física ou moral, por conseguinte, a cláusula que acoberta o segurado contra danos pessoais abrange também os danos morais, uma vez que não se pode dissociar os dois.

A seguradora deve ressarcir ao segurado os danos no limite do contrato, descontado o valor já pago por força do seguro obrigatório (DPVAT).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Vega Engenharia Ambiental S.A. apela da sentença que julgou procedente o pedido inicial da Ação de Reparação de Danos proposta por Elizangela Lourenço e outros condenando-a ao pagamento de R$ 100.000,00 a título de danos morais, bem como pensão mensal no valor de 2/3 do salário-mínimo a partir da data em que a vítima completaria 14 anos reduzido pela metade na data em que completaria 25 anos até a data em que completaria 65 anos de idade.

Para tanto, sustenta a impossibilidade de aplicação da Responsabilidade Objetiva no caso dos autos porquanto mesmo prestadora de serviço público não se enquadra nas disposições do artigo 37 § 6º da Constituição Federal. Assevera a necessidade de aplicação do artigo 70 da Lei n. 8.666/93 por força do contrato existente com a Administração Pública devendo ser aferida culpa. Neste diapasão, afirma a inexistência de culpa na dinâmica dos fatos.

Por outro vértice, aponta a participação culposa dos pais do menor no sinistro que culminou com sua morte visto que invadiu a rua quando o caminhão estava em movimento.

Em caso de reconhecimento de culpa, pondera pela redução da condenação em danos materiais para 1/3 do salário-mínimo, ressaltando, ainda, que o entendimento majoritário é no sentido de que a idade limite para a obrigação é a data em que a vítima faria 25 anos apenas.

Aduz ser dispensável a constituição de capital em virtude da empresa ser prestadora de serviço público, certo que, a inclusão dos autores em folha de pagamento é suficiente para garantir o pagamento.

Insurge-se, também, contra os danos morais pugnando pela diminuição em valor razoável, nos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência.

Aponta irregularidade processual porque o óbito do pai do menor Rosiclésio Rodrigues da Silva foi informado por meio de petição requerendo a substituição sendo que o caso é de sucessão.

Por fim, pede:

> [...] que seja julgada improcedente a presente ação, com a consequente inversão do ônus de sucumbência. Alternativamente, requer-se que, caso seja reconhecida qualquer culpabilidade de sua parte, os valores exorbitantes e desproporcionais à realidade econômica do país sejam reduzidos nos termos do que fora acima explanado. (f. 415-416).

Na resposta os apelados pedem o não provimento do recurso.

Por sua vez, Sul América Cia. Nacional de Seguros S.A. denunciada à lide recorre da sentença que a condenou a ressarcir a Empresa Vega no que for condenada, no limite do valor contido na apólice, R$ 1.000.000,00, bem como os honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00.

Primeiro alega a improcedência da lide primária afirmando que o acidente foi causado por culpa da vítima que, segundo depoimento do pai saiu correndo para o meio da rua dando causa ao atropelamento.

Em seguida, impossibilidade de pagamento de pensão por morte de filho menor ante a configuração de mera expectativa de direito uma vez que a vítima era uma criança que não contribuía para o sustento da família não havendo como presumir que um dia o viria. Continua, aduzindo que o valor arbitrado a titulo de danos morais se mostra distante do princípio da razoabilidade.

No tocante à lide secundária, assegura que o contrato não prevê cobertura no caso de danos morais e, ademais, o magistrado de primeiro grau não discriminou o limite da condenação da seguradora conforme cobertura estabelecida na apólice para cada modalidade específica de dano.

Por fim, requer o provimento da apelação quanto à lide primária e, caso não seja esse o entendimento que seja provido o recurso da lide secundária,e alternativamente, seja limitada a responsabilidade da seguradora ao saldo dos limites de cobertura especificamente contratados e constatados por ocasião da liquidação da sentença.

Na resposta os apelados rebatem as razões recusais e pedem a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que o menor Diego Fernando Lourenço da Silva foi atropelado por um caminhão dirigido por funcionário da empresa Vega Engenharia Ambiental, do acidente resultou o seu falecimento, de maneira que seus genitores ajuizaram a presente ação no intuito de reparar os danos morais e materiais que alegam ter sofrido. A Seguradora Sul América foi denunciada à lide.

Verifica-se que parte dos recursos versa sobre os mesmo pontos o que será analisado primeiro, até mesmo pela prejudicialidade, porquanto no caso da denunciação da lide, é necessário que a primeira demanda seja julgada procedente para que a segunda seja analisada.

Antes, porém, cumpre esclarecer que no tocante à representação processual não há qualquer irregularidade porque a regra do art 43 do CPC dispõe "Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265" e, mesmo não havendo suspensão do processo, verifica-se ausência de prejuízo. Dessa forma, Marinoni[7] colaciona em seu Código de Processo Civil:

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Código de processo civil comentado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 129.

> Se o processo não se suspende, mas os interesses do espólio ou dos sucessores restam protegidos, não sofrendo qualquer prejuízo, não há que se falar em invalidade processual pela mera ausência de suspensão de processo (STJ, REsp n. 759.927/RS, Terceira turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 22.8.2006, DJ 27.11.2006, p. 282).

Não há necessidade, portanto de regularização processual.

I. Da responsabilidade objetiva

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se na possibilidade ou não de o pleito indenizatório ter sido julgado procedente considerando a responsabilidade objetiva da empresa por ato de seus servidores, na forma do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

A sentença é escorreita e não comporta modificações, porquanto ao compulsar os autos verifico a impossibilidade de ter o menor causado o acidente. Também restou comprovado o nexo causal entre as lesões sofridas pela criança e o acidente ocorrido, conforme se verifica do atestado médico de f. 30-31 e laudo do exame de corpo de delito, nada havendo que justifique, inclusive, o pedido de redução do valor atribuído a título de danos morais, já que em razão do acidente os apelados sofreram forte abalo emocional, já que o filho tinha apenas 6 anos.

Isso porque a responsabilidade da Empresa prestadora de serviço público por ato de seus servidores, é objetiva, na forma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, como de qualquer ente público, aplicando-se a teoria do risco administrativo, cuja responsabilidade só deve ser excluída, se provada a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, ou, a inexistência de danos.

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, dispõe que: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Hely Lopes Meirelles, em sua obra **Direito Administrativo Brasileiro**, preconiza que: *"A Teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano só pelo ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado*."(17. ed. Malheiros: São Paulo: 1992, p. 555).

A alegação de culpa exclusiva da vítima deve ser afastada porque, como bem asseverado na sentença não ficou demonstrado que o menor atravessou a rua "correndo atrás da bola" como quer afirmar o apelante. Nestes termos, a sentença f. 380-381:

> Se não é possível ter segurança sobre os fatos envolvendo o acidente, não se pode olvidar que o ônus da prova da culpa exclusiva da vítima cabe à requerida por força da responsabilidade objetiva decorrente de sua condição de prestadora de serviço público, sendo que aos requerentes bastaria demonstrar que houve o acidente de trânsito com morte da vítima e que o veículo envolvido no acidente era de propriedade da requerida, o que efetivamente fizeram. Como a requerida não conseguiu demonstrar a culpa exclusiva da vítima para o acidente indicado na inicial, a responsabilidade dela pela indenização pelos danos experimentados pelos requerentes é inafastável.

Portanto, é dever da empresa indenizar os genitores pelo dano moral.

II. Do *quantum* indenizatório

II. 1 – Dano Moral

De acordo com os recorrentes, o valor arbitrado a título de danos morais correspondente a R$ 100.000,00 seria exorbitante autorizando sua minoração.

A indenização por danos morais representa além de uma compensação pela dor sofrida pela vítima, uma punição forte e efetiva, bem como desestímulo à prática de atos ilícitos.

A indenização por danos morais tem caráter compensatório, no sentido de minimizar o sofrimento suportado pela vítima, a fim de trazer-lhe algumas sensações positivas como euforia e bem-estar na expectativa de neutralizar a dor sofrida. Portanto dano moral é a lesão a bens imateriais, atingindo apenas bens próprios da essência do individuo como a integridade física, a saúde, a liberdade, a reputação, a honra, a personalidade, sentimentos afetivos (dor, tristeza, saudade e etc.) e a própria imagem, isto é, bens desprovidos de valor econômico.

No mesmo sentido se manifesta Yussef Said Cahali[8], segundo o qual o dano em questão importa a "*privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)*"

Como se pode averiguar o dano moral é muito difícil de ser avaliado economicamente, uma vez que não é possível medir por critérios objetivos no que consistiria a integralidade da reparação.

Delimitando o tema, Rui Stoco[9] ensina que:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mais ou mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrado pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso.

Diante da ausência no nosso ordenamento jurídico de uma medida adequada ou um critério objetivo aferidor do valor, resta apenas e tão somente ao magistrado arbitrar o seu valor utilizando-se como viga mestra a sua prudência.

O STJ já pacificou entendimento de que a quantia fixada na sentença não é exorbitante em caso de acidente vitimando fatalmente filho menor:

> PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE DE MENOR ATINGIDA POR DISPARO DE ARMA DE FOGO DE POLICIAL MILITAR – DANO MORAL – EXORBITÂNCIA – INOCORRÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – VALOR INDENIZATÓRIO PRETENDIDO NA INICIAL – MONTANTE ESTIMATIVO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – INEXISTÊNCIA – SÚMULA 326/STJ. Somente se admite a revisão, em sede de recurso especial, dos valores fixados a título de reparação por danos morais quando se tratar de valores excessivos ou irrisórios. Excepcionalidade não configurada. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R$ 100.000,00 para cada um dos pais e de R$ 50.000,00 para cada um dos três irmãos não é exorbitante nem desproporcional

8 CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1998, p. 20

9 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 2001, p. 1365

> à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam filha e irmã menor, atingida por disparo de arma de fogo deflagrado por policial militar que, em serviço, deveria garantir a segurança da população, e não estar contra ela [...]. (REsp n. 932.001/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 11.9.2007).

Ainda:

> [...] Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R$ 100.000,00 (cem mil reais) nem é exorbitante nem desproporcional ao dano sofrido pelos agravados em razão da morte do filho recém-nascido em hospital da rede pública municipal. Ao contrário, os valores foram arbitrados com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (AgRg no Ag n. 894.282/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.11.2007).

Desse modo, tenho que não merece reparos o valor de R$ 100.000,00 para reparar a dor dos genitores.

II. 2 – Do pensionamento

Outra vez a sentença não merece reparos.

Com efeito, a jurisprudência do STJ se afirmou no sentido de que o pensionamento é devido na ordem de 2/3 de salário-mínimo no período entre 16 e 25 anos do falecido, e, após este período, o valor é reduzido para 1/3 de salário-mínimo, sendo tal pensão limitada até o momento em que a vítima faria 65 anos de idade, considerando a expectativa de vida média.

Neste sentido[10]:

> INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE MENOR DENTRO DA DELEGACIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – NEXO CAUSAL – INEXISTÊNCIA. [...] Esta eg. Corte de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que a pensão deve ser paga no montante de 2/3 do salário-mínimo até os 25 anos da vítima e, após, até a provável idade de 65 anos, reduzida para 1/3 do salário-mínimo [...] (REsp n. 994.308/AM, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28.5.2008).

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – TIROTEIO ENTRE POLICIAL MILITAR E ASSALTANTE – MORTE DE MENOR – SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS 159, DO CC/1916, E 186 E 927 DO CC/2002. NÃO-OCORRÊNCIA. PENSÃO MENSAL: 2/3 DO SALÁRIO-MÍNIMO, ATÉ OS 24 ANOS COMPLETOS, REDUZIDA PARA 1/3 A PARTIR DOS 25 ANOS, ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – VALOR RAZOÁVEL (R$ 50.000,00) – MAJORAÇÃO NÃO AUTORIZADA – PRECEDENTES – RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO DESPROVIDO. Em se tratando de família de baixa renda, a fixação da pensão mensal em 2/3 do salário-mínimo até os 24 anos de idade completos, reduzida para 1/3 a partir dos 25 anos, até a data em que a vítima completaria 65 anos, encontra respaldo na jurisprudência desta Corte Superior [...]. (AgRg no Ag n. 921.676/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ 5.5.2008).

10 A propósito: REsp n. 674.586/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.5.2006; REsp n. 727.439/BA, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 14.11.2005; REsp n. 603.984/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.11.2004.

Assim, mantenho a condenação porque em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

III. Constituição de capital

Mais uma vez a jurisprudência do STJ não ampara as alegações do apelante.

Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE FERROVIÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. GRAU DE INCAPACIDADE LABORATIVA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO ARRIMADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NOS AUTOS. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR. SUBSTITUIÇÃO: INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. NÃO SUBSISTÊNCIA. SÚMULA 313/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Consoante pacificado no âmbito desta Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 302.304/RJ, não subsiste razão para a substituição da constituição de capital garantidor pela inclusão em folha de pagamento; entendimento consolidado na súmula 313 desta Corte Superior: "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado". Agravo regimental parcialmente provido". (AgRg no Ag n. 811.962/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quáglia Barbosa, DJ em 20.8.2007).

Ainda:

> Súmula 313/STJ. Aplicabilidade. Constituição de capital ou caução fidejussória: Correto o decisório agravado quando afirma que "não subsiste razão para a substituição da constituição de capital garantidor pela inclusão em folha de pagamento", e determinar, nos termos da Súmula 313/STJ que a empresa agravante preste caução fidejussória ou constitua capital necessário à garantia do pagamento da pensão fixada. (AgRg no REsp n. 617219/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 2.9.2009).

Portanto, correto o decisório que determinou a empresa que constitua capital necessário à garantia do pagamento da pensão fixada.

A Seguradora se insurge também quanto à lide secundária.

I. Inexistência de Cobertura Securitária para Danos Morais

A apelante alega que o contrato não prevê pagamento de danos morais e que o magistrado ampliou suas obrigações. Entretanto, não assiste razão à recorrente. Com efeito, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que os danos relativos a pessoa humana podem ser de ordem física ou moral; por conseguinte, a cláusula que acoberta o segurado contra danos pessoais abrange também os danos morais, vez que não se pode dissociar os dois, pois que a angústia e o sofrimento do intelecto estão intimamente ligados ao bem estar e saúde física da pessoa. Diante disso, contratado seguro de danos pessoais, incumbe à seguradora indenizar a pessoa pelos danos morais sentidos.

Nesse sentido:

> SEGURO. DANOS MORAIS. EXCLUSÃO PRETENDIDA PELA SEGURADORA POR NÃO SE ENCONTRAR O DANO MORAL ABRANGIDO PELO DANO DE

> NATUREZA PESSOAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. - O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Precedentes. (REsp n. 209.531/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.6.2004).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO. DANO PESSOAL. DANO MORAL. O dano pessoal coberto pela apólice de seguro necessariamente compreende o dano moral, pois este é espécie de dano pessoal. Precedentes. Recurso conhecido pela divergência e provido. (REsp n. 293.934/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ de 2.4.2001).

Nesse norte, a saúde corporal deve ser entendida como o estado do indivíduo em que as funções físicas e mentais se acham em situação de normalidade e equilíbrio, não se podendo apartar do dano pessoal, aquele decorrente do sofrimento mental e da angústia da vítima.

A condenação, *in casu,* deve ser mantida.

II. Dos limites de cobertura da apólice

Não há necessidade de reforma nesse tocante porquanto a seguradora deve ressarcir ao segurado os danos no limite do contrato, descontado o valor já pago por força do seguro obrigatório (DPVAT).

> CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO. VALOR DA COBERTURA. DEDUTIBILIDADE DO MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. JUROS COMPOSTOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. I. O valor do seguro obrigatório recebido pelos autores deve ser deduzido do montante da indenização a que foi condenada a empresa transportadora pela morte do passageiro. Precedentes do STF e STJ. III. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp n. 73508/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 26.6.2000, p. 174, RSTJ vol. 144, p. 247).

Dessa forma, o limite é o valor contido na apólice, qual seja, R$ 1.000.000,00, devendo arcar também com os honorários advocatícios.

Posto isso, julgo improcedentes ambos os recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 26 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.024047-1 - Coxim
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CUSTEIO DE DESPESAS MÉDICAS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA OFTÁLMICA – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO – CASSEMS DEVEDORA PRINCIPAL – OPERADORA DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – APLICAÇÃO DA NORMA CONSUMERISTA – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO, BOA-FÉ E COOPERAÇÃO – HONORÁRIOS MANTIDOS – MONTANTE RAZOÁVEL – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSÁRIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Já decidido por este Tribunal a legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul em figurar no pólo passivo da ação, não cabe mais rediscutir o assunto em respeito à preclusão máxima ou coisa julgada formal operada.

Ante a Teoria da Reserva do Possível e a contratação de serviços de saúde com a iniciativa privada pelo autor-apelado, exsurge razoável a responsabilização subsidiária do ente público.

Descumprindo o fornecedor os deveres de informação, boa-fé e cooperação, resulta inevitável a obrigação em custear todos os procedimentos médicos necessários à cirurgia oftalmológica como pleiteados.

Fixada a verba honorária de forma equitativa, nos termos das alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, impõe-se sua manutenção.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de março de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer interposta por Wilson Dias da Silva, que julgou procedente o pedido inicial.

Em preliminar, alega que se operou a preclusão sobre a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, visto que já resolvida pelo julgamento do agravo de instrumento (n. 2005.001471-2). Argumenta que não houve prova da utilidade do ajuizamento da ação, porquanto o apelado não compareceu para a efetivação do tratamento.

Reitera que, nos termos da Lei n. 8.080/1990, a responsabilidade à saúde compete ao Estado de maneira universal, integral e igualitária, assumindo a iniciativa privada obrigação de caráter complementar, isto é, reservada aos limites contratuais e sem interferência estatal.

Ainda carreia como obstáculo processual a superveniência da perda do objeto, em decorrência da notícia de que o autor-apelado teria realizado a cirurgia ou o tratamento perquirido no Sistema Único de Saúde.

No mérito, salienta que o dirigismo contratual não contempla decisão sentimentalista, motivo pelo qual o reembolso de consultas particulares efetuadas com profissional não-credenciado não se enquadra em nenhuma das possibilidades elencadas no artigo 35-C da Lei n. 9.656/1998, ou seja, não restaram demonstrados os permissivos de urgência e emergência no caso em apreço que justificassem o pretendido reembolso.

Explana o sistema de reembolso, segundo a Lei n. 9.656/1998, a qual prevê no artigo 12, VI, que a devolução será devida nos valores praticados pelo plano quando ausente situação de urgência ou emergência, posto se tratar de uma opção do apelado a escolha do profissional, enquanto possível a escolha dentre outros de mesma especialidade do quadro.

Ressalta que o vínculo existente com o apelado é de relação de associação, observada a sua natureza associativa e de autogestão, de forma que regido pelo Código Civil e Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde. Em razão desse mesmo caráter, sustenta não ser possível manter o equilíbrio econômico-financeiro quando é impelida a cumprir interesses de cunho particular, pois sendo associação deve se pautar pelo uso racionalizado dos recursos disponibilizados.

Esclarece, ainda, que, na qualidade de autogestão, não há obrigatoriedade de oferecer cobertura prevista no plano de referência, por força do artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.656/1998. Por outro vértice, consigna a inexistência de abuso, ilegalidade, ilegitimidade, tão pouco cerceamento de direito do apelado, visto que não houve recusa por sua parte, mas mera opção pelo apelado.

Argumenta também a descaracterização da relação de consumo com seus associados, uma vez presente o caráter de co-participação e cooperação destes na sua administração, repisando a assertiva de autogestão sem finalidade lucrativa e a especificidade da Lei n. 9.656/1998.

Por fim, prequestiona a matéria suscitada, pugna pela inversão e minoração da verba honorária e requer a reforma da decisão invectivada para reembolsar somente em consonância com a tabela aplicada pelo plano.

Resposta às f. 371-374.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Preliminarmente, no que tange à ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, ocorreu, na hipótese vertente, uma subversão na prática dos atos processuais, com quebra do princípio da hierarquia que é inerente ao duplo grau de jurisdição, ou seja: um juiz de primeiro grau teve decisão interlocutória confirmada

em grau de recurso pelo tribunal *ad quem*, reconhecendo a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, ao depois, no mesmo processo, sucede a sentença, emanada por outro magistrado, excluindo o Estado do pólo passivo ao argumento de parte ilegítima, o que ensejou este recurso de apelação, o qual mais uma vez devolveu ao tribunal *ad quem* a mesma matéria.

Parece inviável que esse círculo vicioso seja um instrumento adequado para a busca do justo absoluto, mesmo em se tratando de coisa julgada formal ou preclusão máxima.

Incide, no caso apresentado, o disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, segundo o qual, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide. A preclusão envolve as partes, mas, pode ocorrer também, relativamente ao juiz, no sentido de que ao magistrado é imposto impedimento com a finalidade de que não possa mais julgar questão já decidida, fenômeno doutrinariamente denominado de preclusão *pro iudicato*. Ainda que a questão seja de ordem pública, se houve a interposição de agravo, conhecido e julgado, este prevalece nos termos do artigo 512[11] do Código de Processo Civil, operando-se definitivamente a preclusão.

Com lucidez, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael *in* **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2, 4. edição, Editora Jus Podivm, p. 407-408, elucidam o tema:

> A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário.
>
> A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida.

Pertinentes também os precisos apontamentos do ilustre Ministro Luiz Fux no seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL REQUERIMENTO PARA DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO EXAME POR JUÍZO DE 1º GRAU. ART. 473 DO CPC.
>
> 1. [...]
>
> 2. [...]
>
> 3. Rejeitada a denunciação, é vedado ao juiz, ex officio, deferi-la a *posteriori* ou a parte discuti-la por força da (art. 473 do CPC). É que cediço em doutrina que: Dispõe o art. 473 que "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".
>
> Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.

11 Art. 512 do CPC: "O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

Dessa forma, as questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.

Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2°), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão.

A essência da preclusão para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infindável.

Justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura ou absoluta.

Trata-se, porém, de um fenômeno interno, que só diz respeito ao processo em curso e às suas partes. Não atinge, obviamente, direitos de terceiros e nem sempre trará repercussões para as próprias partes em outros processos, onde a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada

A preclusão classifica-se em temporal, lógica e consumativa,a saber:

[...]

Preclusão consumativa:

É a de que fala o art. 473. Origina-se de "já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo"

Se, por exemplo, a questão preliminar sobre a pretendida revelia do demandado, ou o requerimento de perícia foi solucionado, na fase de saneamento processual, não será possível à parte reabrir discussão em torno dessa matéria, na apelação, salvo se pendente agravo tempestivamente interposto (pois, então, não terá havido preclusão). [...] (THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil,** Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, 39. Ed. p. 480-481).

4. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 785823/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1.3.2007, DJ 15.3.2007 p. 272) (g.n.).

Destarte, se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado[12].

12 DIDIER, Fredie Jr. *In* **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed., 2009, Editora Jus Podivm, p. 278, v.1.

Nesse contexto, ante o reconhecimento da legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul, impõe-se a delimitação da responsabilidade incumbida a cada uma das partes com a autorização conferida pelo artigo 515, § 1º[13], do *Codex* Processual.

Incluído no âmbito da seguridade e ostentando o status de direito fundamental, com referência expressa no caput dos artigos 6º e 196º da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo que, no particular, não faz referência alguma à reserva do financeiramente possível, mesmo sabendo que ela representa incontornável condição de viabilidade dessa e de tantas outras promessas constitucionais de igual natureza[14].

A escolha das políticas sociais e econômicas a serem desenvolvidas passa, evidentemente, pela discricionariedade do Administrador. Ao Judiciário cabe, quando solicitado, verificar se tais políticas existem, se visam à redução do risco de doenças e de outros agravos, e se o acesso às ações e serviços delas decorrentes é universal e igualitário. Em resumo, ao Judiciário cabe verificar se o Administrador, respeitada sua discricionariedade, age dentro da lei.

A dura realidade, em que prevalece a escassez de recursos para fazer frente à prodigalidade de direitos sociais constitucionalmente garantidos leva, necessariamente, à aplicação do princípio da razoabilidade na concessão das pretensões postas contra o Estado pelo usuário do sistema público de saúde.

Assim, não é razoável obrigar o Estado a fornecer ao cidadão tratamento que não haja em estoque, ou que seja mais caro, se outro existe à disposição, ou seja, mais barato, e possa substituir aquele. Também não é razoável obrigar o Estado a fornecer tratamento ainda em fase de experiências ou que não esteja aprovado pelas autoridades brasileiras, patrocinando assim pesquisa científica que interessa aos laboratórios particulares para seu próprio lucro. De igual modo não é razoável autorizar o cidadão a escolher a marca ou o laboratório fabricante do seu remédio, desprezando o resultado da concorrência pública realizado pelo Estado para adquirir os medicamentos a serem distribuídos.

O dia-a-dia irá revelar uma plêiade enorme de situações casuístas em que caberá ao Judiciário estabelecer o que é razoável e o que não é. Situações em que a pretensão do cidadão, apesar de razoável sob o prisma médico e farmacêutico, irá se revelar impossível sob a ótica da realidade. É o uso do bom senso, da razoabilidade, do princípio da adequação à realidade, esta que atualmente os doutos convencionaram chamar de "teoria da reserva do possível".

Em apertada síntese, trata-se de conceder ao indivíduo tudo aquilo que não vier em prejuízo desarrazoado do coletivo, e não mais do que isto. Trata-se de encontrar o equilíbrio possível, não o ideal, entre o necessário e o viável.

Sob esse enfoque, no caso em apreço, exsurge a responsabilidade subsidiária do ente público, porquanto a ação foi intentada pelo autor com o fito de obter o custeio dos procedimentos e exames para a execução de cirurgia oftalmológica com médico especialista não-credenciado pela operadora de plano de saúde da qual é dependente.

13 Art. 515, § 1º, CPC: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *in* **Curso de direito constitucional**. 2. Ed., 2008, Editora Saraiva, p. 1367-1368.

Oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[15].

Elucidada a aplicação da norma consumerista, passa-se à análise dos deveres da apelante.

Dispõe a Lei n. 9.656/1998 sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

> Art. 1o Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:
>
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;
>
> II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;
>
> III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.
>
> § 1o Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:
>
> a) custeio de despesas;
>
> b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
>
> c) reembolso de despesas;
>
> d) mecanismos de regulação;
>
> e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e ../MPV/2177--44.htm
>
> f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. ../MPV/2177-44.htm

15 REsp n. 267530/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, DJ 12.3.2001, p. 147.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

[...]

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;

b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

[...]

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada (g.n.)

Da leitura dos dispositivos acima, extrai-se o dever da operadora de saúde de oferecer uma relação de profissionais credenciados e, na hipótese de não ser possível a utilização destes, reembolsar as despesas efetuadas, desde que estas tenham sido oriundas de um caso especial, tal qual a inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc[16].

A justificativa utilizada pelo autor-apelado, albergada pelo magistrado sentenciante, foi de que não havia, no elenco dos profissionais disponibilizados pela apelante, especialista capaz de tratar a enfermidade, em razão da negativa de outros profissionais em realizar o tratamento e cirurgia.

Segundo expõe a Resolução n. 1666/2003 do Conselho Federal de Medicina[17], a qual reconheceu as especialidades médicas mediante convênio firmado entre o Conselho Federal de Medicina - CFM, a Associação Médica Brasileira - AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM, na parte que interessa:

16 STJ, AgRg no REsp n. 917668/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), DJ 17.9.2009:
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO. HOSPITAL NÃO CONVENIADO.
1. Os agravantes não trouxeram argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.
2. O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado e por profissional não credenciado, é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc). Se tais situações não foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, rever a conclusão adotada encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento". (g.n.)

17 Disponível em "http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1666_2003.htm"

TÍTULO DE ESPECIALISTA EM OFTALMOLOGIA

FORMAÇÃO: 3 anos

CNRM: Programa de Residência Médica em Oftalmologia

AMB: Concurso Conselho Brasileiro de Oftalmologia.

Bem se vê, que o título de especialista em oftalmologia é conferido de uma maneira genérica sem especificar sub-especialidades. No entanto, consoante encaminhamento de dois profissionais credenciados que examinaram o autor-apelado (f. 19 e 26), há expressa indicação de que fosse procurado um profissional com atuação direcionada em estrabismo.

Há nos autos, ainda, diversas solicitações dirigidas à diretoria da CASSEMS (f. 20, 21 e 23), explanando a situação vivenciada de falta de médico apto a cuidar do problema oftalmológico sofrido e solicitando informações e providências sobre a atitude a ser tomada, sem, entretanto, obter a devida resposta, pois os ofícios (f. 22 e 24) encaminhados restringiram-se a informar os valores pagos nas cirurgias e indeferir o pedido de reembolso.

Agindo, dessa forma, a CASSEMS incorreu no malferimento de pelo menos três legados consumeristas. Primeiramente, denota-se de pronto que violou o dever de informar, exposto no artigo 3º, III[18], Código de Defesa do Consumidor, porquanto as comunicações encaminhadas ao apelado foram insuficientes e não resolveram o problema da dificuldade de encontrar um profissional que acompanhasse a enfermidade apresentada.

Constata-se também que faltou com o seu dever de boa-fé e, consequentemente, de cooperação, preconizado no artigo 4º, III[19], do mesmo diploma, do qual se colhe o dever de comportamento fiel, leal. Na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. Realce-se que se trata incumbência bilateral, isto é, devem respeitá-lo tanto o fornecedor como o próprio consumidor. De modo que pode haver a violação do princípio, inclusive, por parte daquele que a lei protege[20].

No caso, restou mais do que evidenciada a situação angustiante da enfermidade que acometeu o apelado com a sintomatologia narrada pelo médico Alfredo Moreira Filho (f. 19) expondo visão duplificada, dor ocular intensa, cefaléia intensa, tontura, náuseas, desequilíbrio postural entre outras e a inércia da apelante em buscar implementar os meios para solucionar ou ao menos amenizar o problema, do que se vislumbra inevitavelmente a lesão ao escopo almejado quando da contratação de um plano de saúde que é, por óbvio, a assistência à saúde.

Como supramencionado a saúde é direito constitucionalmente assegurado. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

18 Art. 6º da Lei n. 8.078/1990: "São direitos básicos do consumidor:
[...]
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"

19 Art. 4º da Lei n. 8.078/1990: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
[...]
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"

20 NUNES, Rizzatto in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 4. Ed., Editora Saraiva, p. 551.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Assim sendo, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as associações, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas sim a este se adaptar.

Nesse sentido, a posição do Superior Tribunal de Justiça em casos análogos, *in verbis*:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA.
>
> 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado.
>
> [...]
>
> 4. Recurso especial provido. (REsp n. 418572/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 30.3.2009).
>
> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE.
>
> REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA.
>
> VEDAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.
>
> - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.
>
> - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

[...]

- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp n. 707286/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 18.12.2009).

Ademais, não há falar em perda de objeto da ação pela realização da cirurgia no apelado se a apelante não provou o fato alegado, nos termos do artigo 333, II[21], do Código de Processo Civil.

Dessa forma, ante a urgência[22] de recuperar o bem-estar e a saúde do apelado e a falta de cooperação da apelante em informar um médico habilitado para a moléstia, sobressai devido o custeio integral de todas as despesas médicas decorrentes da cirurgia a que deve ser submetida o apelado com o profissional por ele selecionado.

Quanto ao montante arbitrado para a verba honorária, esta será fixada conforme a apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo artigo.

Examinando as circunstâncias contidas nos autos, tais como: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o deslinde do feito, verifica-se razoável o arbitramento dos honorários em R$ 1.000,00 (um mil reais), quantia essa que não se mostra irrisória ou abusiva, remunerando condignamente o trabalho do causídico.

A respeito:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ANÁLISE EQUITATIVA DO JUIZ (ARTIGO 20, § 4º, DO CPC) – OBSERVÂNCIA DAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3º DO ARTIGO 20, CPC – RECURSO IMPROVIDO.

- Equidade, no caso do art. 20, § 4º, CPC, é genuína expressão de ato discricionário do magistrado, que deverá, no entanto, obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de atender àqueles critérios estabelecidos na lei (art. 20, § 3º, CPC), e não, repise-se, aos percentuais de 10% a 20% estabelecidos neste dispositivo.

- A fixação dos honorários não pode ser módica para não aviltar a remuneração do profissional pelo trabalho empreendido até o momento, mas também não deverá ser alta de modo a sacrificar o devedor. (TJMS, AgRg em Ag n. 2009.000687-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.2.2009) (g.n.).

Por fim, no que tange ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais 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" (EDcl no RMS n. 22067/DF).

21 Art. 333 do CPC: "O ônus da prova incumbe:
[...]
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

22 REsp n. 685109/MG, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ 9.10.2006, p. 287 explana que "O reembolso das despesas efetuadas com tratamento médico e internação em hospital, ambos não abrangidos pelo contrato de plano de saúde estabelecido entre a empresa cooperativa de trabalho médico e o consumidor, pode ser admitido tão-somente em hipóteses especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.). Precedentes."

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso tão-somente para reconhecer a legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul em figurar no pólo passivo da ação, limitando, no entanto, sua responsabilidade de forma subsidiária no custeio dos procedimentos necessários à realização da cirurgia pleiteada pelo apelado, remanescendo no mais a sentença como proferida.

Como corolário, mantenho as verbas sucumbenciais arbitradas, uma vez que a apelante decaiu de parte mínima do pedido inicial, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.029201-9 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MENOR QUE ASPIRA BRINDE PROMOCIONAL CONTIDO NO INTERIOR DA EMBALAGEM DE BATATA RUFFLES – *PIERCING* INALADO POR MENOR, QUE CAUSA COMPLICAÇÃO RESPIRATÓRIA E O OBRIGA A CUIDADOS MÉDICOS – FATO DO PRODUTO – DESRESPEITO ÀS NORMAS DE SEGURANÇA – TRANSTORNO QUE ULTRAPASSA O PATAMAR DE MERO ABORRECIMENTO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* – ADSTRIÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A responsabilidade do fabricante pelos danos oriundos de defeitos relativos aos seus produtos decorre da simples colocação do bem no mercado de consumo, sem a segurança deles esperada. Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Caso concreto em que a especificação de idade mínima para consumo do produto foi empregada erroneamente na embalagem, causando danos ao menor, que inspirou o brinde promocional do produto e se submeteu a uma série de intervenções médicas.

Danos morais configurados.

O *quantum* indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para assim atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil.

Recurso conhecido, porém improvido, com a manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Pepsico do Brasil Ltda**.** contra a sentença de f. 108-114, proferida pelo douto juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente

o pedido do autor, Breno Bertholi Borges, e condenou a apelante ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

O autor é menor impúbere e está, nestes autos, representado por sua genitora, Suellen Aldry Bertholi. À época dos fatos, contava com três anos e sete meses de idade.

Narra a inicial que a representante do autor comprou um pacote de batata Ruffles, no interior do qual havia um *piercing*, que era dado como brinde promocional pela compra do produto e em cuja embalagem constava a advertência de que inapropriado para menores de três anos de idade.

A criança acabou aspirando o *piercing* de metal, que ficou parado no canal respiratório do menor, dificultando sua respiração. A mãe, dando conta do acontecido, levou o menino ao hospital, quando os médicos constataram a necessidade de cirurgia.

Antes da cirurgia, porém, quando da realização da segunda radiografia, verificou-se que o *piercing* fora parar no estômago da criança, o que abrandou a situação.

Alegou a ocorrência de abalo psicológico no menor e requereu a condenação da apelante ao pagamento de 100 (cem) salários-mínimos a título de danos morais.

Houve audiência de instrução e julgamento, conforme termo de assentada de f. 90.

Parecer do Ministério Público às f. 97-107, opinando pela procedência parcial do pleito e pela condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 10 salários-mínimos.

Foi proferida sentença às f. 108-114, na qual o douto juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial e condenou a requerida ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais.

Irresignada, a empresa ré apelou do *decisum* alegando, em suas razões recursais (f. 118-129), que:

a) os objetos possíveis de serem encontrados na embalagem eram: uma *tattoo*, um cordão, uma pulseira ou um anel. Não um *piercing*;

b) não há qualquer indício de que realmente tenha sido o objeto presente na embalagem de batatas fritas que tenha sido aspirado pelo menor;

c) não há ato ilícito praticado pela apelante, razão pela qual resta ausente um dos pressupostos da responsabilidade civil;

d) a parte autora não suportou qualquer prejuízo de ordem moral a ensejar indenização;

e) a reparação por dano moral tem caráter eminentemente compensatório, e não punitivo;

Requereu o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais ou, em caso de entendimento contrário, a redução da quantia arbitrada a título de danos morais.

Contrarrazões às f. 138-147.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 156-160, opinando pelo conhecimento e improvimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Versam os presentes autos sobre a Ação de Indenização por Danos Morais n. 001.07.056504-0, movida por Brenno Bertholi Borges, menor impúbere representado por sua mãe, Suellen Aldry Bertholi, contra a Pepsico do Brasil Ltda., com o próposito de condenação da ré ao pagamento de cem salários-mínimos em razão dos danos morais sofridos quando o menor aspirou um *piercing* (brinde contido no interior da embalagem de um pacote de batata ruffles), o que causou uma série de transtornos ao menor e à sua mãe.

O julgador singular proferiu sentença, f. 108-114, julgando parcialmente procedente o pedido do autor e condenando a requerida ao pagamento de R$ 10.000,00 a título de danos morais, sob o fundamento de que se trata de responsabilidade objetiva e que restaram caracterizados a conduta da requerida (colocação do produto no mercado de consumo), o dano causado ao menor (aspiração do *piercing* de metal) e o nexo de causalidade a uni-los. Enfatizou o fato de que ainda que se tratasse de responsabilidade subjetiva restaria caracterizado o dever de indenizar uma vez que, ao contrário da tese sustentada pela defesa, o brinde não estava de acordo com as normas da ANVISA e do INMETRO.

Tenho que agiu com acerto o douto magistrado *a quo*.

A hipótese dos autos é de fato do produto (art. 12 do CDC), pois o artigo colocado no mercado pela ré não apresentou a segurança que dele legitimamente se esperava.

Se é assim, a responsabilidade aplicável ao caso é, de fato, objetiva, o que significa dizer que para a caracterização do dever de indenizar não é necessária a demonstração de culpa ou dolo do fabricante. Basta a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal.

Segundo dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor[1] e de acordo com a melhor doutrina acerca do tema, a responsabilidade do fabricante pelos danos oriundos de defeitos relativos aos seus produtos decorre da simples colocação do bem no mercado de consumo sem a segurança esperada, colocando em risco a saúde e a vida do consumidor.

E este respeito, Sérgio Cavalieri Filho[2] leciona que:

> Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Assim sendo, basta a caracterização da conduta da ré, do dano sofrido pelo menor e do nexo de causalidade entre eles.

1 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.

2 Programa de Responsabilidade Civil, 5. Ed., 2. Tir., p. 475.

Por primeiro cumpre mencionar que a alegação, aposta em razões de apelação, de que os objetos possíveis de serem encontrados no interior do produto eram uma *tattoo*, um cordão, uma pulseira ou um anel traduz-se em inovação recursal, uma vez que essa tese não foi abordada em primeiro grau.

A apelação devolve ao Tribunal o conhecimento apenas das questões suscitadas e discutidas no processo, não merecendo conhecimento a parte da peça recursal que contenha inovação, como é o caso presente, em que este argumento se baseia em fato não suscitado em primeiro grau de jurisdição.

Segundo Barbosa Moreira *"é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão a quo (inclusive declaração incidental), ou – sem prejuízo do disposto no art. 462, aplicável também em segundo grau – invocar outra causa petendi, sendo irrelevante a anuência do adversário*".[3]

Nesse sentido destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da questão em baila:

> A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao artigo 515, § 1º, do CPC. (REsp n. 29.873-1-PR, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 9.3.1993, DJU de 26.4.1993, p. 7.204).

> "As questão não suscitada e debatidas em 1º grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição" (JTA 111/307).

Não obstante, apenas para constar, a alegação de que o *piercing* não poderia ser encontrado no interior da embalagem do produto vai na contra-mão das alegações contestatórias.

Às f. 35 dos autos, no bojo da contestação, vê-se uma xerox do brinde contido no interior da embalagem do produto do qual se lê, claramente, "*piercing*". E, às f. 31, se lê que:

> *In casu*, a Ré veiculou Promoção na qual concedia de brinde, dentro dos seus produtos, brinquedos. No caso, trata-se de um p*iercing* e que da mesma forma como os demais outros já produzidos, constam todas as informações necessárias a garantir a segurança das crianças.

Esse *piercing*, outrossim, é visto claramente na radiografia de f. 24, localizado no interior do corpo do menor, em suas vias respiratórias.

Ultrapassada esta questão, passo à análise da presença dos requisitos para a caracterização da responsabilidade da apelante.

O dano causado ao menor restou suficientemente comprovado pelos documentos que instruem a inicial.

O prontuário de f. 12 confirma a ida ao hospital, a tentativa de retirada do *piercing* e o deslocamento dele para o estômago. A radiografia de f. 24 também revela o *piercing* no interior do corpo da criança.

O menor aspirou o *piercing*, colocando-o junto ao nariz, como se imitasse um adultou, o que fez com que fosse parar dentro da face, submetendo-se a vários procedimentos dolorosos para tentativa de retirada, até que, posteriormente, deslocou-se para o estômago, dispensando a cirurgia, que se revelava iminente.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 10. ed. p. 431.

Aliás, tenho que quanto ao dano causado ao menor, muito bem se manifestou o julgador *a quo* ao dizer que "*a aspiração de um piercing de metal por uma criança e as diversas tentativas médicas para retirada do corpo estranho, somadas à realização de exames e à preparação cirúrgica, são motivos suficientes para lesar a integridade psíquica do menor*" (f. 113).

De igual forma, a Procuradoria de Justiça (f. 159):

> Diante de referidas condições torna-se presumível o abalo moral, que ultrapassa a condição de mero dissabor ou aborrecimento não indenizável, primeiro, porque há notícia nos autos de que o acidente foi capaz de interferir no comportamento da criança, causando-lhe extremo mal-estar (f. 91). Neste particular, vale frisar que o abalo atingiu da mesma forma a genitora do infante, diante do sentimento de vulnerabilidade e impotência de ofertar pronto socorro à criança. Ao depois, porque ofertou sérios riscos à saúde do infante, chegando-se a se cogitar até sobre a necessidade de intervenção cirúrgica para a retirada do piercing da narina do apelado (f. 12).

Por certo a aspiração de um objeto, a falta de ar, a ida ao hospital, o desespero da mãe e os procedimentos médicos adotados na tentativa de retirada do piercing abalaram a criança e causaram comoção na mãe, dor intensa passível de indenização, pela expectativa de vida em relação ao filho e do risco iminente de uma intervenção cirúrgica, fatos que não podem ser ignorados como causadores de grande aflição e sofrimento ao menor e à sua mãe.

Se é assim, não merece acolhida a alegação de que não há dano passível de indenização.

De outro norte, também a conduta da fornecedora é manifesta. Foi ela quem colocou o produto no mercado, e em desconformidade com o laudo por ela própria apresentado quando da contestação dessa ação.

É bom que se anote o fato, também constante em sentença, de que o autor tinha idade superior àquela indicada como insegura ao consumo. A advertência da embalagem era de inapropriação a menores de três anos. O autor, por sua vez, contava com três anos e sete meses quando do acontecido.

Da informação de que o produto é inadequado a menores de três anos decorre a presunção de que ele o é àqueles com idade superior a três anos. E não é esta a verdade, conforme se observa do relatório de f. 57-61, que especifica como "não conforme" o requisito de adequação para crianças de 37 a 72 meses de idade.

E se é assim, o produto era inapropriado para menores de seis anos de idade, e não três, como constava na embalagem.

Daí que o nexo causal é evidente. Se o produto não fosse colocado no mercado, ou se fosse colocado com a informação clara e correta quanto aos riscos e à idade apropriada de consumo, a criança não correria os riscos que correu, tampouco sofreria os infortúnios pelos quais passou.

Presentes a conduta, o dano e o nexo causal, resta configurado o dever de indenizar.

Superada a questão relativa ao preenchimento dos requisitos necessários para o ensejamento da responsabilidade civil, passo à análise referente ao *quantum* da indenização.

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

Cumpre destacar que essa fixação não se dá ao bel prazer do magistrado. Este deve, *"ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo"*[4].

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

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

Nesse contexto, tenho que o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, R$ 10.000,00 (dez mil reais), guarda correspondência com a gravidade da lesão, porque se insere dentro da cautelaridade e proporcionalidade que são balizados pelo dano efetivamente sofrido e pela condição econômica de ambas as partes.

Do exposto, conheço do recurso e **nego-lhe provimento,** para manter inalterada a sentença atacada.

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. Dorival Renato Pavan.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

***

4 TJMG, AC n. 87.244, Terceira Câmara, julgado em 9.4.1992. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 9. ed. Editora Saraiva, p. 587.

Apelação Cível n. 2009.029856-1 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – BEM IMÓVEL – LOTEAMENTO URBANO – SENTENÇA *ULTRA PETITA* – TAXA PELO USO DO IMÓVEL DESDE A DATA DE INADIMPLÊNCIA – POSSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA.

É *ultra petita* a decisão judicial que determinou o pagamento, pelo comprador, de todas as parcelas avençadas no contrato, quando não foi esse o pedido contido na inicial.

Comprovada a inadimplência, a rescisão é medida que se impõe.

O promitente-comprador deve indenizar o promitente-vendedor pelo período em que ocupou o bem sem a devida contraprestação.

Recurso do réu a que se dá parcial provimento para afastar a condenação ao pagamento integral das parcelas avençadas, substituindo-o para o pagamento mensal de 1% sobre o valor à vista do imóvel, desde a data da inadimplência até a reintegração do bem na posse da autora.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Algemiro Greff Benites contra a sentença de f. 96-100, proferida pelo douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Empreendimentos Imobiliários Recanto das Gaivotas Ltda. na Ação de Rescisão de Contrato c/c Reintegração de Posse e Indenização por Perdas e Danos, rescindindo o contrato de compra e venda do lote 14, da quadra 52, do Loteamento Jardim Novo Horizonte e determinando a reintegração da empresa na posse do bem. Também condenou o apelante ao pagamento das parcelas devidas no montante contratado, corrigidas monetariamente pelo IGPM/FGV desde as datas previstas para o pagamento e juros de mora de 1 % ao mês, a contar da data da citação.

Depreende-se dos autos que, em 14 de dezembro de 1999, as partes firmaram o contrato de f. 42 dos autos, para a compra e venda do terreno acima especificado, cujo pagamento seria efetuado em 96 parcelas, sendo 12 de R$ 29,00, 12 de R$ 39,00, 12 de R$ 49,00, 12 de R$ 69,00, 12 de R$ 79,00, 12 de R$ 89,00, 12 de R$ 109,00 e 12 de R$ 139,00.

De todas essas parcelas, o autor pagou somente vinte e uma, deixando de adimplir o restante, conforme o relatório acostado às f. 43.

A empresa autora, então, renegociou a dívida do apelante, e as partes firmaram um segundo contrato (f. 45-49), por meio do qual o requerido comprometeu-se ao pagamento de 60 parcelas, também progressivas, sendo 12 de R$ 98,00, 12 de R$ 125,00, 12 de R$ 145,00, 12 de R$ 160,00 e 12 de R$ 190,00. Nesse novo contrato, o requerido novamente não honrou o pactuado, efetuando o pagamento de 6 parcelas, conforme o relatório de f. 50.

Não obstante o inadimplemento, a dívida foi novamente renegociada e as partes firmaram um terceiro contrato, acostado às f. 52-55 dos autos, pelo qual o devedor comprometia-se ao pagamento de 12 parcelas de R$ 150,00 e 36 parcelas de R$ 230,00, dessa vez efetuando o pagamento de apenas duas parcelas, entrando em total inadimplência em 30 de agosto de 2006.

Em razão destes fatos, a empresa ingressou com essa ação requerendo a rescisão do contrato, a reintegração na posse do lote e a condenação do requerido ao pagamento de indenização equivalente a R$ 200,00 mensais, desde o início de sua inadimplência, pelo uso do imóvel.

O requerido contestou a ação aduzindo a abusividade das cláusulas contratuais e pugnando pela revisão delas.

Sobreveio sentença às f. 96-100, na qual o douto juízo *a quo* reconheceu a nulidade da cláusula contratual referente aos juros moratórios, fixando-os em 1% ao mês, bem como quanto ao índice de correção monetária, aplicando o IGPM/FGV.

Quanto ao pedido inicial, o magistrado julgou-o parcialmente procedente para "*rescindir o contrato de compra e venda referente ao lote 14, da quadra 52, do Loteamento Jardim Novo Horizonte, bem como determinar a reintegração da empresa autora na posse do mencionado bem, expedindo-se o correspondente mandado. Condenar o requerido ao pagamento das parcelas devidas, no montante contratado com acréscimo de correção monetária indexada pelo IGP-M/FGV, desde as datas previstas para os vencimentos correspondentes e juros de mora no patamar de 1% ao mês, da data da citação, consoante o artigo 219, do CPC, até o efetivo pagamento*".

Dessa decisão apelou o requerido aduzindo, em suas razões recursais (f. 130-136), que a sentença é *extra petita*, uma vez que não há pedido quanto à condenação do apelado ao pagamento de todas as parcelas vencidas. Sustentou que essa condenação ocasionará enriquecimento ilícito da empresa, uma vez que fará com que o apelante quite a totalidade do terreno e não obtenha a propriedade do bem. Ponderou que, se o magistrado rejeitou o pedido de indenização por perdas e danos em razão do uso e da desvalorização do imóvel, não se mostra razoável a condenação do apelante ao pagamento de todas as parcelas vencidas.

Prequestionou o art. 490 (sic) do Código de Processo Civil.

Requereu o provimento da apelação para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido de rescisão contratual, mantendo-se o apelante na posse do imóvel e determinando ao apelado que ajuste o contrato às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, juros moratórios de 12% ao ano e correção monetária pelo IGPM.

Contrarrazões às f. 145-150.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se recurso de apelação interposto por Algemiro Greff Benites contra a sentença proferida pelo douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Dourados, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial proposto por Empreendimentos Imobiliários Recanto das Gaivotas Ltda., rescindindo o contrato de compra e venda firmado entre as partes, determinando a reintegração da empresa na posse e condenando o apelante ao pagamento das parcelas devidas, no montante contratado, com juros de mora de 01% ao mês e correção monetária pelo IGPM-FGV.

O apelante insurge-se, basicamente, contra a condenação ao pagamento de todas as parcelas devidas, no montante contratado. Afirma que, se mantida, essa condenação implicará em enriquecimento sem causa da empresa, uma vez que o apelante pagará o valor total do imóvel sem adquirir-lhe a propriedade. Por outro lado, afirma que a sentença foi *extra petita* quando da condenação, sustentando que não houve pedido na inicial quanto a essa questão.

Tenho que a sentença realmente extrapolou os limites do pedido inicial.

É certo que o autor é quem fixa os limites da lide quando deduz em juízo sua pretensão, consoante dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil[1] que, uma vez fixados, vincularão o juiz e guiarão a sentença, que deverá manter correlação com o pedido formulado, nos termos do artigo 460 do mesmo código[2].

Sobre o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, Amaral Santos leciona que "a sentença deverá ser a resposta jurisdicional ao pedido do autor, nos limites em que este formulou. Afastando-se desses limites, a sentença decide extra ou ultra petita"[3].

No caso presente, a autora pleiteou a condenação do autor ao pagamento de R$ 200,00 mensais pelo uso do imóvel, que deveria começar a contar a partir de sua inadimplência. O que o autor pretende com o pedido, a toda evidência, é o recebimento de uma contraprestação mensal pelo tempo que o requerido usufruiu do imóvel, como se de aluguel se tratasse.

O juiz, por outro lado, entendeu por bem rescindir o contrato e condenar o requerido ao pagamento de todas as parcelas contratadas, com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV, sob a seguinte fundamentação (f. 99):

> Porém, no caso dos autos, não restou demonstrado tenha a empresa requerida experimentado prejuízo, ou seja, para fazer jus à indenização por perdas e danos, a autora deveria efetivamente fazer prova do prejuízo que sofreu, assim, como não bastam meras conjecturas sobre o que deixou de auferir.
>
> Nesse tom, não há falar em indenização pelo uso do imóvel, como pretende a empresa autora, porque o requerido deverá pagar o que é devido, consoante o pacto entabulado entre as partes, respeitante as parcelas avençadas, com incidência de juros e correção monetária, nos termos da sentença".

1 Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

2 Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado

3 AMARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Forense, 1973, p. 441

Essa condenação, pela fundamentação transcrita acima, não se refere à indenização pelo uso do imóvel e, se é assim, não poderá subsistir, já que não foi requerida na inicial, tampouco é consequência da rescisão contratual, que deveria fazer com que as partes retornassem ao *status quo ante*, de modo que é evidente a ocorrência de sentença *ultra petita* no caso em apreço.

Não há razão lógica que justifique a condenação do autor à quitação do contrato celebrado se ele foi rescindido. Demais disso, se o réu é compelido ao pagamento da totalidade do preço contratado, então não existiriam motivos para sentença constitutiva negativa, mas sentença condenatória, mantido o contrato, no sentido de que o réu não perderia a posse e a propriedade do bem, que haveria de lhe ser escriturado, tanto quanto efetuasse o pagamento da totalidade do saldo devedor.

A incongruência da sentença, bem se vê, é flagrante, caracterizando-se como *ultra petita*, ou seja, concedeu *mais* do que o autor pretendia, e este tinha por objetivo tão-somente compelir o réu a pagar pelo *uso do imóvel*, durante o período em que se manteve inadimplente, até a efetiva reintegração da autora na posse do bem.

No entanto, ainda que reconhecida a inexatidão da sentença, tenho que não é caso de anulação total dela, já que a sentença pode ser cindida em capítulos.

No que se refere ao mérito da causa, tenho que em parte assiste razão ao apelante.

Consigne-se, primeiramente, que foram firmados três contratos ao todo, todos com as mesmas partes e referentes ao mesmo imóvel, de sorte que somente o último será considerado.

É que a empresa apelada, por liberalidade própria, resolveu renegociar a dívida do autor, que vinha sendo inadimplente desde a realização do primeiro contrato. Para tanto, firmou um segundo e, posteriormente, um terceiro contrato. E se é assim, há presunção de que, firmando contrato novo acerca do mesmo objeto, a empresa já embute no preço do bem a indenização pelo uso do imóvel durante o tempo de inadimplência anterior.

Se assim não fosse, certamente a empresa ingressaria com pedido de cobrança relativo àquele período passado, o que não ocorreu, de modo que incide, nesse caso, a preclusão lógica com relação aos dois primeiros contratos firmados, quanto ao período anterior a esse último.

Desse modo, por uma questão de coerência, presume-se que ao celebrar o último contrato as partes nele embutiram as obrigações anteriores, de modo que aqui se mostra desnecessária a análise das consequências jurídicas advindas da inadimplência anterior.

Se é assim, e digo isso apenas para constar nos autos e evitar possível dúvida futura, a rescisão contratual declarada e os efeitos dela decorrentes, incidirão tão-somente sobre o último contrato celebrado entre as partes, no caso, o de f. 52-55.

Pois bem.

A inadimplência do autor restou suficientemente comprovada nos autos, de modo que a rescisão é imperiosa.

O contrato de f. 52-55, na cláusula III, estabelece que:

> I – Se forem observados, por culpa ou inadimplência do(s) COMPRADOR(es), quaisquer motivos de rescisão do presente contrato e este(s) ainda não tiverem quitado o equivalente a 1/3 (um terço) do preço total neste instrumento previsto, nenhuma quantia lhe(s) será(ão) devolvida, haja vista o que dispõe o art. 35 da Lei n. 6.766 de 19.12.1979.
>
> 2- Em respeito ao art. 53 da Lei n. 8.078 de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor), em caso(s) do(s) COMPRADOR(es) haverem pagado um valor superior a 1/3 (um terço) do preço contratado, estes cedem e benefício da VENDEDORA o equivalente

> à 50% (cinquenta por cento) do valor até então pago a título de FLUIÇÃO e de despesas havidas que estão inseridas na composição final do preço.

O autor não chegou a quitar 1/3 do valor do imóvel, já que efetuou o pagamento de somente duas parcelas do último contrato, de modo que pela cláusula transcrita acima não faz jus à devolução do dinheiro.

Por outro lado, é admissível e, mais, é justo que o promitente-comprador indenize o promitente-vendedor pelo período em que ocupou o bem sem a devida contraprestação, porquanto se trata de aproveitamento de um lote que integra o patrimônio do apelado, mas que de seu gozo esteve desprovido pelo período de posse direta do apelante e até mesmo esteve impedido de aliená-lo a terceiro, que poderia ter pago a integralidade do preço avençado.

O promitente comprador há sim que arcar com as conseqüências patrimoniais decorrentes da utilização do imóvel, sob pena de enriquecimento ilícito de sua parte. Não obstante, a indenização não poderá traduzir-se no pagamento de todas as parcelas avençadas, conforme consignado na sentença de primeiro grau, porquanto o contrato está rescindido.

Aliás, constrangê-lo ao pagamento de todas as parcelas implicaria, da mesma forma, em enriquecimento ilícito da empresa apelada.

A jurisprudência dominante tem admitido, em casos semelhantes, a condenação do ocupante do imóvel pelo valor correspondente a 1% sobre o valor do imóvel para cada mês de inadimplência, o que reputo razoável, em consonância com o mercado imobiliário de aluguel, que tem se balizado nesse percentual para fixar o *quantum* de aluguel mensal.

Nesse sentido, veja-se:

> DIREITO CIVIL. RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DA AUTORA. IMPOSSIBILIDADEDEDEVOLUÇÃOINTEGRALDOSPAGAMENTOSEFETUADOS. REDUÇÃO DO MONTANTE RETIDO EM FUNÇÃO DE RESSARCIMENTO PELO PAGAMENTO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. Verificando-se que a resolução contratual se deu por culpa da autora, ante rematada inadimplência, inviável a restituição integral dos pagamentos realizados, devendo-se abater, da parte do preço adimplida, o montante relativo aos aluguéis estabelecidos em favor da ré, a título de indenização pela ocupação do imóvel, bem como a quantia relativa à comissão de corretagem por ela suportada, observado quanto a este último tópico o valor constante de declaração anexada aos autos. INDENIZAÇÃO PELA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. ESTIPULAÇÃO DE ALUGUEL. PERÍODO DE APURAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO. Destinando-se o pagamento de aluguéis à ré a indenizá-la em razão da ocupação do imóvel pela autora, não se podendo desconsiderar, outrossim, que, após a retomada do bem, poderá este ser novamente comercializado, observado atual valor de mercado, devendo a indenização, ainda, guardar proporção com o preço contratual ajustado, tenho que se afigura razoável a definição de que a apuração de tal verba deva compreender apenas os meses que seriam referentes ao período de inadimplemento, exatamente na forma determinada pela sentença. (TJRS, AC n. 70012628764, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 21.9.2005).

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA C/C ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS - IMÓVEL UTILIZADO PELO PROMITENTE COMPRADOR- REMUNERAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO BEM- FIXAÇÃO MENSAL A TÍTULO DE ALUGUEL DESDE A DATA DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL.- Se o promissário comprador que entra na posse do imóvel dá causa à rescisão do contrato de compra e venda, tem o dever de indenizar os vendedores pela ocupação do imóvel, adotando-se como valor mensal do aluguel do referido imóvel, desde a data de sua ocupação até a data de sua efetiva entrega.- A indenização a título de fruição não pode corresponder ao valor das parcelas pagas, como quer a apelante, já que não há relação alguma das prestações pagas em finalidade de aquisição com o valor de uma possível locação. (TJMG, AC n. 1.0702.05.229818-0/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, julgado em 7.12.2006).

> APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IDHAB/DF. INDENIZAÇÃO PELO USO DO BEM. CABIMENTO. INCIDÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. DATA INICIAL. CITAÇÃO DO RÉU. CONFIGURAÇÃO. ILÍCITO CONTRATUAL. I - A OCUPAÇÃO, POR LONGO PERÍODO, SEM A DEVIDA CONTRAPRESTAÇÃO PELO COMPRADOR DE IMÓVEL ORIUNDO DE PROGRAMA HABITACIONAL DO GOVERNO, JUSTIFICA A COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO PELO USO DO BEM, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE UMA PARTE EM DETRIMENTO DA OUTRA. II - TRATANDO-SE DE ILÍCITO CONTRATUAL, OS JUROS DE MORA INCIDEM A PARTIR DA CITAÇÃO (ARTIGO 405 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 C/C ARTIGO 219 DO CPC). POR OUTRO LADO, INCIDEM EM PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS OU 6% AO ANO, CONSOANTE ESTIPULAVA O CC/1916, E, A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO, EM PERCENTUAL DE 12% AO ANO OU 1% AO MÊS. III - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. UNÂNIME. (TJDF, AC n. 2000.01.1.048365-4, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Otávio Augusto, julgado em 26.8.2009).

Pelo relatório de f. 56, o autor quitou as duas primeiras parcelas, tornando-se inadimplente a partir de 30 de agosto de 2006, data a partir da qual deverá iniciar o cálculo da dívida, que corresponderá ao valor de 1% sobre o valor do imóvel à vista – R$ 7.500,00 – para cada mês de inadimplência, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data da citação, nos termos fixados na sentença.

Ante o exposto, conheço o presente recurso e lhe dou **parcial provimento**, para afastar a condenação do apelante ao pagamento integral das parcelas avençadas, substituindo-o para o pagamento mensal de 1% sobre o valor venal à vista do imóvel, constante no contrato de f. 52-55, corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV e acrescido de juros de mora de 1% a contar da data da citação, desde a data da inadimplência até a reintegração do bem na posse da autora apelada.

No mais, fica mantida a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.005420-0 - Naviraí
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA A JUSTIÇA COMUM – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO FGTS – EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO – REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO AO RECOLHIMENTO DO FGTS – VERBA INDEVIDA – ALEGAÇÃO DE DESVIRTUAMENTO NA CONTRATAÇÃO – SUPOSTO EXERCÍCIO EM FUNÇÃO DIVERSA PARA QUAL FOI CONTRATADO – PERSISTÊNCIA DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EXORDIAL. RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

Apresenta-se formalmente perfeita a contratação do servidor nos quadros da Administração Municipal, realizada para preenchimento de cargo em comissão, destinado às atribuições de assessoramento, cuja nomeação prescinde de prévia aprovação em concurso público, sendo livre também a sua exoneração, nos moldes dos incisos II e V do art. 37 da CF.

Servidor público ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, submete-se ao Regime Estatutário, sendo-lhe, portanto, garantidos os direitos constantes do art. 39, § 3º da Constituição Federal, dentre os quais não se inclui a verba pretendida – FGTS.

Mesmo sendo admitida a hipótese de desvirtuamento na contratação administrativa, estar-se-ia diante de contratado para o exercício de função na esfera municipal, com relação funcional de natureza contratual, submetido a regime jurídico especial disciplinado em lei, perfazendo-se, portanto, a relação em jurídico-administrativa. Logo, não lhe são estendidos todos os direitos trabalhistas arrolados no art. 7º do texto constitucional, mas apenas aqueles expressamente atribuídos aos servidores públicos, pela própria Constituição (art. 39, § 3º), bem como pela legislação do ente contratante.

Não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e Poder Público, de ser regido senão pela legislação administrativa, em consequência do que não faz jus o servidor aos valores de FGTS, porquanto tal direito não foi previsto no artigo 39, § 3º, da CF/88, tampouco na Lei Municipal que rege o contrato a que está submetido.

Sendo jurídico-administrativa a relação existente entre o apelante e o Município apelado, não há falar em direito à percepção de FGTS, o que leva à improcedência do pedido contido na inicial.

Recurso provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo Município De Naviraí-MS contra a sentença de f. 141-147, proferida pelo douto juízo da 2a Vara da Comarca de Naviraí, MS, que julgou procedente o pedido encartado na Ação Trabalhista n. 029.09.001333-4, ajuizada por Juliana Carvalho dos Santos, com o fito de receber verbas trabalhistas, em especial o FGTS, ante à contratação irregular procedida pelo ente público.

Na petição inicial, a requerente sustentou que em 13.10.2004 fora contratada pela Municipalidade, sem concurso público, para exercer função de "assessor VI", mas que, durante o período de contratação, exerceu função de "instrutora de quitação" e, posteriormente, de "assistente administrativo", tendo sido demitida sem justa causa em 02.06.2008.

Que, outrossim, não tendo o administrador promovido concurso público, preferindo valer-se da contratação irregular de servidores, com nítido desvirtuamento na intenção de burlar os direitos trabalhistas destes, razão pela qual deve, então, ser determinado o pleiteado pagamento da contribuição do FGTS.

Por fim, pugnou pela condenação do Município requerido ao recolhimento do FGTS, correspondente ao período trabalhado.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido inaugural condenando o Município a pagar à autora os valores devidos a título de FGTS, referentes ao período laboral, compreendido entre 13.10.2004 a 2.6.2008, no percentual de 8% ao mês, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir do vencimento de cada obrigação, acrescidos de juros de mora de 0,5%, a contar da citação.

Irresignado, o Município apelou do *decisum* de primeiro grau.

Em suas razões recursais, f. 152-157, o apelante sustenta que não há nos autos prova constituída no sentido de que a apelada exercia função diversa do cargo de assessora para o qual foi nomeada, nos moldes do disposto no art. 37, II, da CF. Que, outrossim, o cargo exercido pela recorrida tem previsão na Lei Municipal de Planos de Cargos e Remuneração do Município de Naviraí, pelo o que não há falar em contratação irregular.

Argumenta que durante todo o período da contratação a apelada exerceu cargo comissionado, regido pelo regime estatutário, e não celetista (CLT), de modo que o FGTS não é devido.

Alternativamente, requer a incidência de correção monetária e juros de acordo com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Prequestionou o art. 39, § 3º, da CF; art. 19-A da Lei n. 8.036/90 e Súmula 363 do TST.

Contrarrazões às f. 162-168.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A autora/apelada ingressou com a presente reclamatória trabalhista perante a Vara do Trabalho da Comarca de Naviraí-MS, com o propósito de receber verba rescisória trabalhista - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Para tanto argumentou que fora contratada pelo réu/apelante, sem concurso público, para exercer função de "assessor VI" (cargo em comissão); porém, conforme alegou, durante o período da contratação, exerceu função de "instrutora de quitação" e, posteriormente, de "assistente administrativo".

Por não se tratar de uma situação transitória e emergencial a justificar a contratação temporária, tampouco de funções comissionadas (art. 37, II, da CF), o contrato se deu de forma irregular e desvirtuada, passando sua relação jurídica com a Municipalidade a ser regida pela CLT, o que lhe gera o direito ao recebimento da verba requerida.

O juízo trabalhista reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar o presente feito e declinou a competência para a Justiça Estadual (f. 134).

Remetidos os autos para a Justiça Comum, o magistrado de primeiro grau, na sentença de f. 141-147, julgou procedente o pedido inaugural condenando o Município a pagar à autora os valores devidos a título de FGTS, referentes ao período laboral, compreendido entre 13.10.2004 a 2.6.2008, no percentual de 8% ao mês, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir do vencimento de cada obrigação, acrescidos de juros de mora de 0,5%, a contar da citação.

Daí o manejo do presente recurso de apelação cível pelo Município de Naviraí suplicando a reforma *in totum* da sentença de primeiro grau, para o fim de ser declarado indevido o pagamento dos valores do FGTS em favor da apelada.

Após analisar com acuidade a matéria versada, a qual, inclusive, tem sido objeto de repetitivos julgamentos por esta Corte de Justiça, tenho que a súplica merece prosperar.

Ao que se vê dos autos (f. 47), entre 13.10.2004 e 1.6.2008, a apelada exerceu cargo de provimento em comissão no Município de Navirai-MS, sob a nomenclatura "Assessor VI" e Símbolo ASS-7, tendo sido lotada no gabinete.

O inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal impõe prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargos e empregos públicos, e, concomitantemente, excepciona tal regra para as nomeações em cargo em comissão. Vejamos:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> I – [...];
>
> II - A investidura em cargos e empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração**;

[...]

Portanto, conclui-se que, para a investidura nos denominados cargos em comissão, assim declarados em lei, **é admitida a dispensa de prévia aprovação em concurso público.**

Melhor esclarecendo, de bom alvitre salientar que o cargo em comissão é caracterizado pela ocupação transitória, no qual seus titulares são nomeados em função de confiança existente entre eles e a autoridade que os nomeia. Devido à dispensa de prévia aprovação em concurso público, é considerado de livre nomeação e exoneração.

Noutras palavras, nos dizeres do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, *"os cargos de provimento em comissão* ***(cujo provimento dispensa concurso público)*** *são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-lo, a qual também pode exonerar 'ad nutum', isto é, livremente, quem os esteja titularizando"*, grifei.[1]

Transpondo a espécie para o caso dos autos, a teor dos documentos acostados, a apelada foi contratada pelo Município de Navirai, ora apelante, para exercer função de assessora de gabinete ("Assessor VI"/Símbolo ASS-7), que, segundo o que dispõe a Lei Complementar Municipal n. 025/2000, enquadra-se nos chamados cargos de provimento em comissão, por destinar-se às atribuições de assessoramento, nos moldes do inc. V do art. 37 da CF[2].

Não vislumbro, pois, na espécie, qualquer vício a ensejar a nulidade do ato de investidura da autora no cargo, eis que se mostrou formalmente perfeito, na medida em que não excedeu os parâmetros delineados na Carta Maior (art. 37, incisos II e V), que admite, para preenchimento de cargo em comissão, a nomeação sem a necessidade de prévia aprovação em concurso público, sendo livre também a sua exoneração.

Nessa extensão, imprescindível destacar que a autora/apelada, enquanto servidora pública ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, **era regido pelo Regime Jurídico-Administrativo**, sendo-lhe, portanto, garantidos os direitos constantes do art. 39, § 3º da Constituição Federal, dentre os quais não se inclui a verba pretendida no presente feito.

Destarte, apresentando-se formalmente perfeita a contratação da apelada nos quadros de servidores do Município, não há falar em irregularidade a eivar de vício a sua investidura no cargo em que foi nomeada (Assessor VI/Símbolo ASS-7), de sorte que, submetendo-se ao regime jurídico estatutário, não tem direito ao FGTS, pois tal verba possui caráter exclusivamente trabalhista, não guardando qualquer relação com o regime, sob a qual foi contratada.

Por outro lado, ainda que admitida a alegação da recorrida, ofertada no sentido de que houve desvirtuamento na contratação, por ter exercido função diversa para qual foi contratada, ainda assim não subsistiria o seu direito ao recebimento do FGTS.

Isto porque, ainda que o administrador municipal não tenha promovido concurso público, preferindo valer-se da contratação irregular de servidores, tal não significa que o regime jurídico a ser aplicado seja o celetista (CLT), mesmo porque preconizado na Constituição Federal que a relação instalada entre o Poder Público e os seus servidores, *latu sensu*, ou é estatutária ou é jurídico-administrativa.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22. ed. Editora Malheiros, 2007. p. 290.

2 "V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", grifei.

Nesse sentido, é forte e unânime o entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal de que se a relação entre a administração e o contratado não é regida pelo estatuto dos servidores, é ela uma relação jurídico-administrativo. Ou seja, não existe vínculo trabalhista entre o servidor público e o ente da federação (União, Estado ou Município). Das duas, uma: ou o regime é o estatutário, ou é jurídico-administrativo. Jamais, contudo, trabalhista.

À guisa de exemplo, trago abaixo o voto da Ministra Cármem Lúcia, que bem explanou a matéria, a partir do julgamento da ADIN n. 3.395/DF, e que deve ser transcrito por inteiro para eliminar qualquer dúvida a respeito:

> DECISÃO - RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.395-MC/DF. CONTRATO TEMPORÁRIO. CREDENCIAMENTO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
>
> Relatório
>
> **1**. Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada em 26.1.2007, pelo Município de Maurilândia/GO contra ato do Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde/GO, que, ao processar a Ação Civil Pública n. 01778.2006.102.18.00.2, teria afrontado a autoridade da decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF.
>
> O caso
>
> **2.** Em 1º.12.2006, o Ministério Público do Trabalho ajuizou a Ação Civil Pública n. 01778.2006.102.18.00.2, perante o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde/GO, objetivando compelir o Município de Maurilândia a: 'a) abster-se de proceder [à] admissão de pessoal mediante credenciamento ou contratação temporária sob a modalidade de excepcional interesse público para as atividades da área de saúde, inclusive, no que diz respeito a atendimento dos Programas de Saúde da Família ' PSF e de Agentes Comunitários de Saúde ' PACS, ressalvadas apenas as questões de endemias e calamidade pública; b) abster-se de admitir pessoal permanente mediante simples prova de título ou pela modalidade de credenciamento ou assemelhada, ressalvada a seleção pública de agentes comunitários de saúde que, de qualquer forma, deve obedecer os princípios que regem a administração pública; [...]; d)realizar, no prazo de 6 (seis) meses, concurso público para provimento de todos os cargos e/ou empregos públicos necessários para a substituição [de] seus atuais profissionais 'credenciados' ou admitidos sem concurso público [...]; e) afastar, no prazo de 30 (trinta) dias após concluído o certame público, todos profissionais 'credenciados' ou contratados sem concurso público, substituindo-os por profissionais concursados' (f. 54).
>
> Em 7.12.2006, o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde/GO deferiu parcialmente a liminar pleiteada pelo Ministério Público 'para determinar que o Município de Maurilândia: 1) [se] abstivesse] de contratar novos trabalhadores sem prévia aprovação em concurso público ou de seleção pública para os casos dos agentes comunitários de saúde [...]; e que, 2) apresentasse [...] a relação e o contrato de todos os profissionais que compõem o Programa de Saúde da Família e o Programa de Agente Comunitário de Saúde, na data da audiência inicial (f. 33).
>
> É contra o processamento da Ação Civil Pública n. 01778-2006-102-18-00-2, perante a Justiça do Trabalho a presente Reclamação.

3. O Reclamante alega, em síntese, que a decisão reclamada afrontaria a autoridade da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF.

Argumenta que 'os contratos estabelecidos entre o Município e os profissionais de saúde não se enquadra[riam] no conceito de relação de emprego, por se tratar de questão regulada na lei civil' (f. 5).

Pede que seja reconhecida 'a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar a Ação Civil Pública, em desfavor do Reclamante' (f. 22).

4. Em 16.2.2007, a autoridade reclamada prestou informações (f. 89-90).

5. Em 26.2.2007, deferi a liminar pleiteada para determinar a suspensão da Ação Civil Pública n. 01778.2006.102.18.00.2, até decisão final da presente Reclamação (f. 162-168).

6. Em 21.3.2007, determinei a devolução das Petições Avulsas n. 31.797/2007, 31.798/2007 e 33.443/2007, protocoladas pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho ' ANPT, por considerar que a peticionária não teria sido admitida como amicus curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF e, tampouco, sido parte ação civil pública objeto desta Reclamação (f. 179-184).

7. Em 15.3.2007, o Ministério Público do Trabalho pleiteou a reconsideração da decisão que deferiu a medida liminar ou o julgamento pelo colegiado de agravo regimental (f. 187-199).

Na oportunidade, defendeu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar aquela ação, ao argumento de que o Município não teria demonstrado que 'os trabalhadores potencialmente atingidos pela ação civil pública n. 01778-2006-102-18-00-2 est[ariam] investidos em cargos públicos ou em comissão [...] [não comprovando] o caráter institucional (em sentido estrito) das relações laborais em análise' (f. 197).

8. Em 9.4.2007, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho ' ANPT requereu 'em sede de juízo de retratação, seja reconsiderado o despacho que indeferiu as Petições Avulsas STF n. 31.797/2007, 31798/2007 e 33.443/2007 e determinou sua devolução à Agravante, prosseguindo o regular processamento do Agravo Regimental interposto contra a decisão que suspendeu a ação civil pública n. 01778.2006.102.18.00.2 em curso na 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde-GO' (f. 209).

9. O Procurador-Geral da República, em 3.4.2006, manifestou-se pelo não conhecimento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Trabalho, ante sua ilegitimidade para atuar perante este Supremo Tribunal Federal. No mérito, opinou pela improcedência desta Reclamação, por entender que o Reclamante não teria comprovado 'a natureza estatutária ou jurídico-administrativa do vínculo estabelecido entre os servidores e o poder público' (f. 237). Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

10. O que se põe em foco nesta Reclamação é a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação que versa, em essência, sobre a relação jurídica estabelecida entre servidores contratados temporariamente mediante ajuste de credenciamento e a Administração Pública, fundamentando-se o Reclamante na decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de

Inconstitucionalidade n. 3.395/DF.

11. Em 5.4.2006, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF, este Supremo Tribunal Federal, por maioria, referendou cautelar deferida pelo Ministro Nelson Jobim, cujos termos são os seguintes:

'EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. **Feitos da competência da Justiça Comum**. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária' (DJ 10.11.2006).

Na decisão pela qual deferiu a medida liminar, ad referendum, o Ministro Nelson Jobim consignou:

Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n. 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a `[...] apreciação [...] de causas que [...] sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. (DJ 4.2.2005).

12. A questão posta nos autos está solucionada por este Supremo Tribunal Federal, que, em diversas oportunidades, tem suspendido o processamento de ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, nas quais se discute o vínculo jurídico estabelecido entre entidades da administração direta e indireta e seus ex-servidores, sejam eles contratados com fundamento em leis locais que autorizam a contratação por tempo determinado, por excepcional interesse público, ou mesmo quando contratados para exercerem cargos em comissão.

13. Na assentada de 17.3.2008, no julgamento da Reclamação n. 5.381/AM, de relatoria do Ministro Carlos Britto, na qual se examinava ação civil pública ajuizada perante a Justiça do Trabalho com o objetivo de impor o desligamento de servidores contratados por tempo determinado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

'EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI N. 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA.

1. No julgamento da ADI n. 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do artigo 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense n. 2.607/00, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato.

Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados.

3. Procedência do pedido.

4. Agravo regimental prejudicado' (DJ 8.8.2008).

Nos debates travados no julgamento daquela ação, os Ministros deste Supremo Tribunal assentaram que, diante do restabelecimento da redação original do art. 39, caput, da Constituição da República, os regimes jurídicos informadores das relações entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e seus respectivos servidores seriam o estatutário e o regime jurídico-administrativo. Assim, o vínculo jurídico entre aquelas partes é de direito administrativo e, por isso mesmo, não comporta discussão perante a Justiça Trabalhista.

Na oportunidade, consignei que: 'Quando foi promulgada, a Constituição estabelecia, no artigo 39, o que desde 2 de agosto de 2007 este Plenário decidiu, suspendendo os efeitos da norma que tinha sido introduzida pela Emenda n. 19, e voltando, portanto, ao regime jurídico único [Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/DF]. E o que ela estabeleceu, parece-me, no artigo 37, inc. IX, foi que haveria um regime de servidores públicos assim considerados, conforme Vossa Excelência acaba de dizer, que é um estatuto, ou seja, um conjunto de direitos, deveres e responsabilidades daqueles que integram o serviço público e passam a ocupar ou a titularizar cargos públicos; esses são os servidores públicos ditos de provimento efetivo. Há um outro tipo de direitos, deveres e responsabilidades para aqueles que ocupam cargo comissionado[...] E a Constituição estabelece um outro aspecto, o do art. 37, inc. IX: a contratação por necessidade temporária. E não significa que esses contratados serão submetidos a regime que não o administrativo, porque a Constituição estabelece `jurídico-administrativo' [...] Não se pode contratar pela CLT, porque, inclusive - estou chamando de novo a atenção -, quando esta Constituição foi promulgada, o artigo 39 estabelecia expressamente: `Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único[...]' E esse regime jurídico era administrativo para todos os casos, pela singela circunstância de que Estados e Municípios não podem instituir regime, porque legislar sobre Direito do Trabalho é competência privativa da União' (DJ 8.8.2008, grifos nossos). Asseverei, ainda, que: 'Tudo isso que permeia a relação jurídico-administrativa foge à condição da Justiça Trabalhista, porque não é regime celetista [...], exatamente porque o que está na base de tudo isso é a relação de um ente público, para prestar serviço público. E, então, vou-me abster de dizer se ele estava correto ao contratar, às vezes, dizendo que era excepcional o interesse público, quando não era uma situação prevista, como a dessa professora. Isso leva eventualmente o Ministério Público a questionar essas situações, ao fundamento de que essas contratações, na verdade, estariam acontecendo para não se ter um concurso público. Mas não é na seara da Justiça Trabalhista que se tem de resolver isso, a solução é em outra seara. Então, Excelência, pedi este aparte apenas para enfatizar que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram referência ao fato de que a relação jurídico-administrativa não comportava nada de regime celetista, máxime em se tratando de situações posteriores à Constituição de 1988, em cuja norma, inicialmente redigida no artigo 39, não se poderia ter senão o regime estatutário ou o regime jurídico-administrativo' (DJ 8.8.2008, grifos nossos). Essa orientação foi confirmada pelo Ministro Cezar Peluso, que, nos apartes desta Reclamação, ressaltou: '[Na data em que a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF foi referendada] ainda não nos tínhamos pronunciado sobre a alteração do artigo 39, de modo que havia excepcionalmente casos que poderíamos entender regidos pela CLT. Mas hoje isso é absolutamente impossível, porque reconhecemos que a redação originária do artigo 39 prevalece. Em suma, não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa. Chame-se a isso relação estatutária, jurídico-administrativa, ou outro nome qualquer, o certo é que não há relação contratual sujeita à CLT. [...] Sim, eu sei, mas estou

apenas explicando por que a Emenda n. 45 deu essa redação [ao art. 114, inc. I, da Constituição da República] abrangendo os entes da administração direta, porque havia casos, com a vigência da Emenda n. 19, que, eventualmente, poderiam estar submetidos ao regime da CLT. Como a Emenda n. 19 caiu, nós voltamos ao regime original da Constituição, que não admite relação de sujeição à CLT, que é de caráter tipicamente privado, entre servidor público, seja estável ou temporário, e a Administração Pública' (DJ 8.8.2008, grifos nossos).

14. Esse entendimento foi reafirmado, em 21.8.2008, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.202/AM, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de publicação.

Consta no sítio deste Supremo Tribunal Federal a seguinte notícia: 'Por maioria (7 votos a 1), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou [...] jurisprudência preponderante na Corte no sentido de que a relação de emprego entre o Poder Público e seus servidores é sempre de caráter jurídico-administrativo e, portanto, a competência para dirimir conflitos entre as duas partes será sempre da Justiça Comum, e não da Justiça do Trabalho.

A decisão, à qual o Tribunal deu caráter de repercussão geral ' casos que tenham maiores implicações para o conjunto da sociedade ', foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 573202, interposto pelo governo do estado do Amazonas contra acórdão (decisão colegiada) do Tribunal Superior do Trabalho (TST). [...] Competência. Acompanhando o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário do STF confirmou a tese sustentada pelo governo estadual. [O Ministro] Lewandowski citou uma série de precedentes do STF no mesmo sentido. Um deles é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3395, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, em que o STF assentou o entendimento de que não cabe à Justiça Trabalhista, mas sim à Justiça Comum, estadual ou federal, dirimir conflitos da relação jurídico-administrativa entre o Poder Público e seus servidores.

Não há que se entender que a Justiça Trabalhista, a partir do texto promulgado (da nova Constituição de 1988) possa analisar questões relativas aos servidores públicos', decidiu o Plenário.

Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei n. 8.112/90 (Estatuto do Funcionalismo Público) e pelo Direito Administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT, conforme o entendimento dos ministros.

Votos.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski observou, ainda, que o Plenário do [Supremo Tribunal Federal] já firmou entendimento pela competência da Justiça estadual, **nos casos disciplinados por lei local** com fundamento no artigo 106 da CF de 1967, nos termos da Emenda Constitucional (EC) n. 1/89.

E disse que a Constituição de 1988 não alterou esse entendimento da Corte. Para o Ministro Cezar Peluso, que acompanhou o relator, `não há possibilidade de a relação do Poder Público com seus servidores (qualquer relação) estar sujeita à CLT e, portanto, à Justiça do Trabalho'.

Na mesma direção se pronunciou a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Segundo ela, "o vínculo (do servidor) com o estado tem caráter administrativo'.

[O Ministro] Cezar Peluso observou, a propósito, que **a CLT não resolveria casos de emergência, como, por exemplo, a convocação de servidores no fim de semana, diante das exigências contidas na CLT'** (grifos nossos).

15. Na mesma linha, em 21.8.2008, no julgamento da Reclamação n. 4.904/SE, de minha relatoria, o Plenário deste Tribunal assentou:

'EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395/DF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. **Contrato firmado entre o Reclamante e o Interessado tem natureza jurídica administrativa,** duração temporária e submete-se a regime específico, estabelecido pela Lei sergipana n. 2.781/1990, regulamentada pelo Decreto n. 11.203/1990.

2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes.

3. Reclamação julgada procedente (em fase de publicação liberado no sistema).

No mesmo sentido, são precedentes os seguintes julgados do Plenário deste Supremo Tribunal Federal: Rcl 5.548/DF, Rcl 5.171/DF, Rcl 5.264/DF, Rcl 5.475/DF, Rcl 4.752/SE, todas de minha relatoria, e, ainda, a Rcl 4.012-AgRg/MT, Rcl 4.054-AgRg/AM e Rcl 4.489-AgRg/PA, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e para os quais fui designada Redatora, todas pendentes de publicação.

16. Na petição inicial da Ação Civil Pública n. 01778.2006.102.18.00.2, o Ministério Público do Trabalho ponderou: 'o [Programa Saúde da Família ' PSF] é, na verdade, uma Política de Governo para a área de saúde e que já dura mais de 10 (dez) anos, não havendo que se falar em admissão temporária, [...] não cabendo, portanto, a forma de contratação até então adotada (credenciamento ou contrato temporário de prestação de serviços). [...] Assim, diante da constatação de que houve contratação irregular de pessoal tanto para os chamados Programas Federais (PSF e PACS, dentre outros), quanto para o pessoal permanente do Município [...] é que se propõe a presente ação visando suspender em definitivo a prática de `CREDENCIAMENTO', `CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA', ou outra modalidade qualquer que não o concurso público, uma vez que a função não é temporária e que a contratação somente pode se dar mediante concurso público para o cargo ou emprego público permanente, pois, frise-se, não se trata de serviço temporário e o fato de a União Federal repassar recursos é apenas um incentivo para os municípios atenderem à comunidade carente [...] Considerando-se que a `seleção para credenciamento' em substituição ao necessário concurso público visa [...] preencher vagas temporárias certamente não pode ser de CARGOS PÚBLICOS [razão pela qual] há se concluir que o que buscou o Município foi selecionar trabalhadores para o preenchimento de EMPREGOS PÚBLICO, ou seja, para trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho [...] Certamente que os empregados `temporários' (credenciamento com prazo de duração e renovação) que o Município preencheu, sem o necessário concurso público, não podem ser entendidos como cargos públicos, mas empregos públicos e, como tal, irregulares, pois, em qualquer caso (cargo ou emprego permanentes) é exigível o certame' (f. 92-96, grifos nossos).

> De se ver que, no caso vertente, o Ministério Público do Trabalho ajuizou a mencionada ação para questionar a regularidade das contratações temporárias (credenciamentos temporários) de servidores da área de saúde, que desenvolviam suas funções no Programa de Saúde da Família ' PSF e no Programa Agente Comunitário de Saúde ' PACS. De acordo com a orientação firmada por este Supremo Tribunal Federal nas decisões acima apontadas, dúvidas não remanescem de que os contratos de credenciamentos por prazo determinado celebrados entre o Município de Maurilândia/GO e seus servidores estão submetidos ao regime jurídico estatutário ou jurídico-administrativo, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a causa.
>
> 17. Pelo exposto, por entender caracterizado desrespeito ao que ficou decidido por este Supremo Tribunal na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395/DF, julgo procedente a presente Reclamação e declaro a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a Ação Civil Pública n. 01778.2006.102.18.00.2, determinando a remessa dos autos à Justiça comum estadual.
>
> Julgo prejudicados os agravos regimentais interpostos pelo Ministério Público do Trabalho e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho ANPT. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 8 de outubro de 2008. Minª. Cármen Lúcia Relatora (Rcl 4912, Relª. Minª. **Cármen Lúcia**, julgado em 8.10.2008, publicado em DJ-195 DIVULG 14.10.2008 PUBLIC **15.10.2008).**

In casu, ainda que o autora/apelada tivesse sido contratado em situação não admitida pela CF, estar-se-ia diante de contratada para o exercício de função na esfera municipal, com relação funcional de natureza contratual, submetido a regime jurídico especial disciplinado em lei, perfazendo-se a relação em jurídico-administrativa.

Assim, não se estendem à apelada todos os direitos trabalhistas arrolados no art. 7º do texto constitucional, mas apenas aqueles expressamente atribuídos aos servidores públicos, pela própria Constituição (art. 39, § 3º), bem como pela legislação do ente contratante. Inexistindo previsão em qualquer destes diplomas normativos, não há como se estender um direito de natureza trabalhista.

É o que ocorre com o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A apelada postulou a condenação do ente público a tal prestação, contudo, a contratação administrativa, ainda que desvirtuada, não lhe atribui qualquer direito nesse sentido. É o que se extrai da legislação municipal que dispõe sobre o Plano de Cargos e Salários da Prefeitura Municipal de Naviraí-MS. Não só isso, também por força constitucional, o direito ao FGTS não se estende aos servidores públicos regidos pelo regime estatutário.

Logo, se a relação jurídica, a saber, é administrativa, não há que se falar em pagamento de verbas que seriam típicas da relação trabalhista regida pela CLT, é induvidoso que o exame da questão haveria de ter se encerrado para pronunciar o julgamento de improcedência da pretensão deduzida na inicial.

Com relação ao prequestionamento requerido pelo réu/apelante em seu recurso, não vislumbro necessidade de manifestação expressa, pois toda a matéria foi examinada em vista de suas alegações.

Ademais, conforme entende o STJ, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado[3].

3 (AgRg no REsp n. 1019053/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.4.2008, DJ 13.6.2008).

Ante o exposto, conheço do recurso do Município de Naviraí-MS e dou-lhe provimento para, reformando integralmente a sentença impugnada, deixar de reconhecer o direito da autora/apelada à percepção do FGTS, julgando-se, por conseguinte, improcedente o pedido inicial.

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. Dorival Renato Pavan.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

****

Apelação Cível n. 2008.017268-0 - Amambai
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL – DIFERENÇA ENTRE A ÁREA CONSTANTE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E A EFETIVAMENTE ENCONTRADA – NATUREZA *AD CORPUS* DA VENDA – ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO – DESCABIMENTO – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

A transferência de imóvel, efetuada como corpo certo e determinado, com características e confrontações individualizadas e com preço estipulado pela dimensão total da área, caracteriza a venda '*ad corpus*', ao contrário da venda '*ad mensuram*', onde a compra e venda é feita considerando-se medida certa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1 de fevereiro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Luiz Fernando Bortoluzzi, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amambai, que julgou procedente a ação de cobrança que lhe move o Espólio de José Julio Nunes da Silva.

Afirma, em suma, que a diferença da propriedade vendida e da propriedade recebida é o ponto mais relevante no presente feito.

Diz que "é aferível pelos documentos e pela prova oral produzida que o Apelante somente não efetuou o pagamento da diferença em razão da diferença na propriedade."

Assevera que a sua obrigação e da apelada é bilateral, de acordo com o art.476 do CC. E, assim sendo, entende que a apelada "tinha a obrigação de entregar uma área maior de terra e entregou área menor. Logo, não pode exigir o preço total, sendo correto o pagamento proporcional a terra diante do processo de ratificação e diminuição de sua área. (SIC)"

Aduz que "a exigência do valor para uma área maior que a entregue importa em abuso de direito nos termos do Art.187 do Código Civil."

Argumenta que no contrato deve ser observado o princípio da boa-fé, conforme os art. 113 e 422 do CC, onde uma das partes promete pagamento por um objeto. "Se o objeto não é entregue como combinado, de acordo com o caso onde houve diminuição da área entregue, é lógico que o preço também deve ser reduzido."

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença, por entender que não pode ser condenado ao pagamento da diferença porque a área entregue foi menor do que a indicada no contrato de compra e venda.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Luiz Fernando Bortoluzzi, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amambai, que julgou procedente a ação de cobrança que lhe move o Espólio de José Julio Nunes da Silva.

Depreende-se da leitura dos autos que as partes celebraram contrato de compra e venda de imóvel denominado Fazenda Esmeralda com área de 723 hectares com as confrontações constantes da matrícula 10.437 do CRI desta Comarca.

Aduz o Apelante que a modalidade do referido contrato de compra e venda foi a *ad mensuram* e, em razão de ter verificado extensão inferior àquela vendida, deixou de pagar o preço integral do contrato, reconhecendo e confessando, portanto, que existe uma diferença de 239,81 arrobas de boi gordo devidas ao apelado/autor, que ele se recusa ao pagamento.

O magistrado singular, em sua decisão, entendeu tratar-se de venda *'ad corpus'*, pelo que julgou procedente a presente ação de cobrança.

Pois bem, para determinar se a venda se operou na modalidade *ad mensuram* ou *ad corpus* imperiosa a análise do contrato de compra e venda.

Neste expressamente consta que o negócio refere-se à Fazenda Esmeralda com área de 723 hectares com as confrontações constantes da matrícula 10.437 do CRI desta Comarca, ajustando-se o preço certo de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) a ser pago na forma ali convencionada, constando ainda que "o comprador declara ter visitado o imóvel acima descrito, conferindo suas medidas e confrontações", onde resta demonstrado que a intenção de vontade era a aquisição do imóvel enquanto uma unidade, sendo a área mencionada apenas enunciativa.

De acordo com ORLANDO GOMES (**Contratos**. 14. edição. Rio de Janeiro, Forense, 1994), a venda '*ad corpus'* é "a que se faz sem determinação da área, do imóvel, ou estipulação do preço por medida de extensão. O bem é vendido como corpo certo, individualizado por suas características e confrontações, e, também, por sua denominação, quando rural".

E, logo em seguida, ressalta que "a referência a dimensões não descaracteriza a venda '*ad corpus*', se não tem a função de condicionar o preço"

Por sua vez, MARIA HELENA DINIZ ensina que venda '*ad mensuram*' é: [...] "aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se o preço por medida de extensão" (**Curso de direito civil brasileiro**, 3. Vol. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1994).

Assim, observando o contrato acima destacado, as lições doutrinárias, bem como verificando que antes da efetuação do negócio o apelante visitou o imóvel, onde não foi feita nenhuma medição do bem, tenho como forte a conclusão de que a referida compra e venda não se operou na modalidade entendida pelo Apelante, ou seja, se deu na modalidade '*ad corpus*'.

Por estes motivos não há falar em diminuição do valor contratado, porque não há provas nos autos de que foi efetuado, de fato, na modalidade '*ad mensuram*'.

Nesse sentido, temos a seguinte jurisprudência:

> AÇÃO *EX EMPTO* - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL - DIFERENÇA ENTRE A ÁREA CONSTANTE NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E A EFETIVAMENTE ENCONTRADA - NATUREZA AD CORPUS DA VENDA - ABATIMENTO PROPORCIONAL DO PREÇO - DESCABIMENTO.
>
> A teor do que dispõe o parágrafo segundo, do artigo 1136, do Código Civil de 1916, vigente à época da celebração do contrato, se a diferença da área encontrada for inferior a 1/20 avos da extensão total declarada pelo alienante, milita em seu favor a presunção de que a referência às dimensões foi meramente enunciativa, ou seja, de que a venda foi 'ad corpus'. Se, porém, for superior, cabe-lhe comprovar a natureza 'ad corpus' da venda.
>
> A transferência de imóvel, efetuada como corpo certo e determinado, com características e confrontações individualizadas e com preço estipulado pela dimensão total da área, caracteriza a venda 'ad corpus', ao contrário da venda 'ad mensuram', onde a compra e venda é feita considerando-se medida certa. (TJMG, AC n 2.0000.00.491.352- 8/000, Relª. Desª. Heloisa Combat).

Com tais considerações, nego provimento ao presente procedimento recursal de apelação cível proposto por Luiz Fernando Bortoluzzi, mantendo-se, na íntegra, a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.028889-7 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FAZENDA PÚBLICA – EFEITOS DA REVELIA – NÃO APLICAÇÃO – FATOS SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS POR DOCUMENTOS – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO – SÚMULA 84 DO STJ – ALIENAÇÃO EM DATA ANTERIOR À PENHORA – POSSE DE BOA-FÉ – RECURSO IMPROVIDO.

Tendo o Município de Dourados sido intimado para contestar, não o fazendo, não se aplicam os efeitos da revelia, pois aplicável o princípio da prevalência do interesse coletivo frente ao individual e da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, estando suficientemente comprovado por documentos o alegado pela parte, pode se dar o julgamento antecipado da lide.

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Município de Dourados contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos de Embargos de Terceiro movido por Secundino Claus Taborga.

O apelado opôs embargos de terceiro requerendo a liberação de imóvel penhorado na execução que o recorrente move contra Archimedes Lemes Soares.

O douto magistrado a quo julgou procedentes os embargos, condenando, ainda, o embargado ao pagamento dos honorários. Contra esta decisão é que recorre o apelante.

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por Município de Dourados contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos de Embargos de Terceiro movido por Secundino Claus Taborga.

O douto magistrado *a quo* julgou procedente os embargos, condenando, ainda, o embargado ao pagamento dos honorários. Contra esta decisão é que recorre o apelante.

O recorrente para justificar a necessidade de reforma da decisão, alega que, apesar de ter sido intimado, os efeitos da revelia não se produzem contra a Fazenda Pública bem como que o apelado, apesar de ter adquirido o imóvel, não registrou a aquisição no Cartório de Registro de Imóveis, com isso, assumindo o risco do bem ser penhorado.

A alegação de que o magistrado aplicou os efeitos da revelia não merece prosperar.

Conforme se observa da decisão proferida pelo juiz, ele não aplicou os efeitos da revelia.

No relatório, ele assim explicita: "Deferida a liminar de manutenção na posse – f.25 -, e, oportunizada, o embargado não ofertou resposta – f.37-39". E no dispositivo, "apesar do silêncio da municipalidade, a impugnação de terceiro mostra procedência, porquanto o objeto da penhora não está na esfera patrimonial do devedor".

Como é sabido, réu revel é aquele que não contesta. A revelia produz dois efeitos – material e o processual. O efeito material da revelia consiste em se presumirem os fatos alegados pelo autor. Já o efeito processual consiste na dispensa de intimação do réu para os atos do processo, conforme se observa dos arts. 319 e 322 do Código de Processo Civil:

> Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.
>
> Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

O efeito processual somente se opera quando o réu, além de revel, não comparece nos autos, comparecendo, tal efeito não se produz. Este efeito se aplica quando for a Fazenda Pública.

A revelia, sendo ré a Fazenda Pública, não produz seu efeito material, não havendo em que se falar na presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na inicial.

Isto ocorre em decorrência do princípio da prevalência do interesse coletivo frente ao individual e da indisponibilidade do interesse público. Assim, não há que se falar em presunção de legitimidade dos fatos alegados pelo autor na petição inicial.

Leciona Leonardo José Carneiro da Cunha[1]:

> A revelia acarreta o julgamento antecipado da lide, justamente por que se opera a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Significa que já há controvérsia, não havendo mais necessidade de prova. Sendo réu a Fazenda Pública, não exsurge tal incontrovérsia, ainda que haja revelia.
>
> Isto, contudo, não significa que estará, sempre, afastada a possibilidade de julgamento antecipado da lide, quando o réu for a Fazenda Pública. Havendo a revelia da Fazenda Pública, não estarão, somente por essa circunstância, comprovados os fatos alegados pelo autor. É possível, todavia, que os fatos alegados estejam, todos eles, suficientemente comprovados por documentos. Nesse caso, haverá julgamento antecipado da lide, não porque houve revelia, mas por não haver mais necessidades de outras provas, eis que suficientes os documentos contidos nos autos.

1 **A fazenda pública em juízo.** São Paulo: Dialética, 2009, p.95-96.

No caso dos autos, o magistrado, entendendo que os fatos alegados estavam suficientemente comprovados, optou, por bem, pelo julgamento antecipado da lide.

Quanto à alegação de que o apelado assumiu o risco de ter imóvel penhorado ao não registrar a aquisição no Cartório de Registro de Imóveis, também não deve prosperar.

Como se observa às f. 16-18 dos autos, está juntado escritura de venda e compra formalizado entre Archimedes Lemes Soares e o recorrido, datado de 1992, em tempo anterior ao da constrição (penhora), que conforme se observa da f. 20v., é de 1997.

A falta de registro no Cartório de Imóveis também não implica que o apelante tenha aceitado assumido o risco de ter o imóvel penhorado, pois há súmula no STJ no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de embargos de terceiro, ainda que não se tenha efetuado o registro no cartório de imóveis:

> STJ Súmula 84 - É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Neste sentido:

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - RECURSO DO EMBARGADO - REVELIA - EFEITOS NÃO ABSOLUTOS - EXECUÇÃO - PENHORA EM BEM IMÓVEL - COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADA - SÚMULA N. 84 DO STJ - ALIENAÇÃO EM DATA ANTERIOR À PENHORA - POSSE DE BOA-FÉ - RECURSO IMPROVIDO.(TJ/MS, AC n. 2006.021459-7, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 1.9.2009).

Também está demonstrada por meio de documentos que o apelado possui a posse de boa fé do bem, conforme se observa às f. 21-22 dos autos, preenchendo os requisitos da súmula.

Assim, correta a sentença que julgou procedente os embargos.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Oswaldo Rodrigues de Melo e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.032751-5 - Cassilândia
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIANÇA – OUTORGA UXÓRIA – AUSÊNCIA – VÍCIO QUE INVALIDA TOTALMENTE A GARANTIA, MAS QUE SÓ PODE SER ALEGADO PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU A VÊNIA CONJUGAL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher constitui-se em nulidade absoluta enquanto viger a sociedade conjugal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível proposta por Lázaro Lopes, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Cassilândia, que acolheu os embargos à execução de n. 007.03.000080-3, promovidos por Neide Abudi Brandimarti e Ana Lúcia Gândara Brandimarti, excluindo-se as embargantes da relação processual relativa à execução de n. 007.03.00080-3, desobrigando-as nos termos do art.267, IV e art.568 do CPC.

Argui, em sede de preliminar, e em apertada síntese, que as recorridas não têm interesse de agir e são parte ilegítimas no presente feito, considerando que não eram partes na relação da execução, que foi proposta em face de Mirivaldo Brandimarte Filho e Mirivaldo Brandimarte, e nenhuma teve bens de sua meação penhorados, "de modo que a oferta dos Embargos, foi mero capricho e espírito de emulação".

Diz que as apeladas pretendem anular a fiança do contrato de f.17, do ano de 2000, renovado em 2002 (f.19), e que por ser sido renovado tal contrato, e não haver manifestação das recorridas, à época, não podem elas, depois de vários anos, falar em desconstituição da fiança marital, porque a confissão de dívidas dos maridos, foram renovadas conforme disposição livre e válida, existente nos documentos.

Entende que competia às apeladas provar que a dívida assumida pelos maridos, não foram em benefício da família, sendo que inexiste essa prova nos autos.

Assevera que a fiança não é nula, ao contrário do que restou declarado na sentença, considerando que ineficaz contra as recorrentes e sua meação, mas eficaz contra os maridos, recaindo sobre bens de sua meação.

Argumenta que "a pessoa casada, que por si só presta fiança, deve responder pela mesma com os bens de sua meação".

Pugna, ao final, pelo recebimento do apelo, conhecendo-o e dando-lhe provimento, para extinguir o feito por carência de ação; ou no mérito, julgar improcedentes os embargos, invertendo-se o ônus da sucumbência.

As apeladas apresentaram suas contrarrazões, onde argumentam, em preliminar, ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, rebate as teses apresentadas pelo apelante, requerendo a manutenção da sentença objurgada.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível proposta por Lázaro Lopes, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Cassilândia, que acolheu os embargos à execução de n. 007.03.000080-3, promovidos por Neide Abudi Brandimarti e Ana Lúcia Gândara Brandimarti, excluindo-se as embargantes da relação processual relativa à execução de n. 007.03.00080-3, desobrigando-as nos termos do art. 267, IV e art. 568 do CPC.

Argui, em sede de preliminar, e em apertada síntese, que as recorridas não têm interesse de agir, considerando que não eram partes na relação da execução, que foi proposta em face de Mirivaldo Brandimarte Filho e Mirivaldo Brandimarte, e nenhuma teve bens de sua meação penhorados, "de modo que a oferta dos Embargos, foi mero capricho e espírito de emulação".

Por ser questão prejudicial, passo à análise e decisão da preliminar suscitadas.

DA CARÊNCIA DA AÇÃO

O apelante argui, em meio às suas razões, não haver interesse das apeladas nos presentes embargos.

Verifica-se, no entanto, com a análise dos autos, que o que se tem na hipótese é que o apelante, em vez de requerer a intimação das esposas dos executados nos autos da ação de execução proposta em face de Mirivaldo Bradimarti e Filho – processo n. 007.03.000080-3, pediu a citação delas, consoante se vê dos docs. de f. 30,39 e 43, sendo aquelas citadas.

Citar, consoante salientado pelo magistrado singular, significa chamar alguém para defender-se em juízo. Diante do requerimento do exequente/embargado, ora apelante, houve a citação e apresentação da defesa, que em sede de execução, foram apresentados embargos.

Adequado, nestes termos, o comportamento processual das recorridas, não havendo que se falar em falta de interesse nos embargos à quaisquer das apeladas, muito menos por falta de penhora na meação de uma delas ou ausência de penhora em qualquer bem da outra, ou dela e do casal, pois a partir da última reforma, sequer necessidade de penhora há para opor embargos.

Ademais, conquanto não tenha a execução sido dirigida a elas tecnicamente, ao ser requerida a citação delas, e isso tenha ocorrido, viabilizou-se a possibilidade delas responderem pela obrigação. Surgiu, desta forma, naturalmente, o interesse de agir delas em resistir à execução por meio de embargos.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações acerca do interesse de agir, pelo que rejeito a preambular suscitada.

Passo à análise das razões do apelo.

Inicialmente, imperioso consignar que se está utilizando como fundamento para a decisão, os comandos oriundos do Código Civil de 1916, uma vez que os contratos de f. 14-15 foram celebrados em 2000 e 2002.

A mulher é parte legítima para requerer a nulidade de garantia prestada pelo seu esposo sem a sua anuência, pois não é justo que a parte que não tenha participado formalmente do ato jurídico venha a sofrer as consequências dele.

O cerne da questão, ora apreciado pro esta Corte, é saber se a fiança é nula, ou apenas ineficaz quanto à meação da mulher.

Apesar de controvertida a questão, entendo que, ante a ausência da outorga uxória, impõe-se a nulidade total da garantia prestada pelo outro cônjuge, por falta de legitimidade para o ato.

O artigo 145, IV, do Código Civil de 1916, declarava nulo o ato em que fosse preterida solenidade que a lei declarava essencial, estando, é claro, a outorga uxória, por previsão legal, elencada como solenidade essencial. Assim, estando a fiança desacompanhada da outorga, é ato eivado, por inteiro, de nulidade, não abrangendo apenas a meação da mulher.

O artigo 235, III, do Código Civil de 1916, dizia que:

> Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:
>
> III - prestar fiança

Assim, a fiança prestada sem a outorga uxória é nula, atingindo, inclusive, a meação do marido, pois afronta disposição legal que exige assinatura de ambos os cônjuges nessa modalidade de garantia – fiança – constituindo vício absoluto que atinge integralmente o ato.

Nos dizeres de Silvio de Salvo Venosa:

> A fiança prestada pelo marido, sem consentimento da mulher, é nula e vice-versa. O fiador, sendo casado, necessita do consentimento conjugal, qualquer que seja o regime de bens, no sistema de 1916. Essa situação de falta de legitimação decorre dos arts. 235, III e 242, I do Código de 1916. (**Direito Civil: contratos em espécie**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 434.)

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado quanto à nulidade da fiança, quando ausente a outorga uxória, entendendo que tal defeito invalida totalmente a garantia, não podendo restringi-la à meação do cônjuge que a prestou. Senão vejamos:

> DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. NULIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

3. É nula a fiança prestada sem a anuência do cônjuge do fiador.

Precedentes.

4. Tendo o arresto sido invalidado em decorrência da decretação da nulidade da fiança prestada sem a anuência da esposa do fiador, torna-se irrelevante se perquirir se houve a comprovação de que o imóvel penhorado seria ou não bem de família.

5. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 797.853/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.3.2008, DJ 28.4.2008).

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL. AUSÊNCIA. NULIDADE TOTAL DA GARANTIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser nula a fiança prestada sem a necessária outorga uxória ou marital, não havendo considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge fiador.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 851.364/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 6.9.2007, DJ 22.10.2007, p. 359).

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.

[...]

2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro.

[...]

4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp n. 832.669/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 437).

Neste sentido há julgados neste Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE FIANÇA – PRELIMINARES – INÉPCIA DA INICIAL E DECADÊNCIA – REJEITADAS – FALTA DE OUTORGA UXÓRIA – VIGÊNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL – VIOLAÇÃO DO ART. 1.647, III, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – NULIDADE TOTAL E ABSOLUTA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SENTENÇA DECLARATÓRIA

> – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC – REGRA QUE NÃO DESPREZA A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DENTRO DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO, COMO FORMA DE EVITAR O AVILTAMENTO DO TRABALHO DO PATRONO DO VENCEDOR – SENTENÇA MANTIDA.
>
> [...]
>
> A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher constitui-se em nulidade absoluta enquanto viger a sociedade conjugal, de sorte que não flui o prazo decadencial, aplicável aos atos anuláveis, e não aos atos nulos, ainda que se trate de nulidade relativa, visto que só pode ser arguida pelo cônjuge que não participou do ato.
>
> É nula a fiança prestada sem a necessária outorga uxória ou marital, não havendo considerá-la parcialmente eficaz para constranger a meação do cônjuge fiador. Necessidade de preservação do patrimônio familiar. (AC Ordinário n. 2008.037843-3, Amambai, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 17.3.2009).

Insta salientar que a apelada requereu a anulação da fiança na constância da sociedade conjugal. Se o contrato de fiança for considerado eficaz, no que tange à meação do marido, ainda assim ela terá prejuízo, pois haverá a consequente diminuição do patrimônio do casal que, em razão do regime de bens, será inteiramente afetado.

Neste sentido se manifestou o STF em Recurso Extraordinário 45242, de relatoria do Min. Victor Nunes que "Se a nulidade da fiança é pedida na constância da sociedade conjugal, a sua ineficácia é total".

No mesmo sentido é a Súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça:

"A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica ineficácia total da garantia".

Do prequestionamento.

Prequestiona o apelante dispositivos da legislação civil e processual civil, bem como dispositivos da Carta Magna.

Tem-se, entretanto, que o julgador não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, nem a rebater todos seus argumentos. Basta que expresse os motivos que reputa suficientes à conclusão. Os fundamentos em que se baseia para decidir de uma ou outra forma, constituem a motivação, requisito essencial à validade do julgamento.

Neste sentido, ilustrativo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 284 DO STF. INAPLICABILIDADE. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. 1. Tendo sido corretamente deduzidos os fundamentos do inconformismo, inclusive com a explicitação dos dispositivos legais vulnerados, não há que se aplicar o enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte já decidiu que a configuração do prequestionamento não depende da menção expressa dos dispositivos legais tidos por vulnerados, bastando que a matéria correspondente tenha sido enfrentada pelo acórdão recorrido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 103035/SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 11.3.2003, DJ 16.6.2003, p. 268).

No mesmo sentido, REsp n. 134208/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 7.11.2001.

No caso dos autos, tenho que todas as questões postas a apreciação por este órgão colegiado foram diretamente endereçadas, com clara exposição do alicerce legal e jurisprudencial que justifica os posicionamentos esposados, trazendo solução fundamentada para a controvérsia, sendo desnecessário debruçar-se individualmente sobre cada um dos dispositivos invocados.

Por fim, destaco não haver necessidade de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Ademais, fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, porém, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2006.006476-5 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REEXAME NECESSÁRIO – DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO INCIDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DEVER DE ESCRITURAR – DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A empresa de construção civil, quando adquire produtos para emprego em suas obras, não é contribuinte de ICMS.

A obrigação acessória somente pode ser exigida para instrumentalizar ou viabilizar a cobrança de um tributo.

Se a pessoa jurídica não é contribuinte do ICMS, não há interesse para lhe impor a obrigação acessória de escriturar os livros fiscais relativos ao tributo. Inteligência do artigo 113, § 2º, do CTN e artigo 90, II, da Lei Estadual n. 1.810/97.

Recurso do réu improvido. Recurso da autora provido, para declarar a nulidade do auto de infração lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso do Estado e dar parcial provimento ao recurso da CGR, retificando em parte o recurso obrigatório. Decisão unânime.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

CGR Engenharia Ltda., já qualificada nos autos, ajuizou a presente ação anulatória em face do Estado do Mato Grosso do Sul, visando a declaração de nulidade dos autos de infração n. 043582, 040200, 031510 e 043579.

Regularmente citado, o Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação. Arguiu, preliminarmente, a carência da ação por falta de interesse de agir. No mérito, defendeu a legalidade da cobrança de diferença de alíquota interestadual em relação aos materiais de construção adquiridos pela parte autora em outros estados da

federação, assim como a legalidade da multa por descumprimento da obrigação acessória de escriturar os livros de entrada e saída de mercadorias.

Sobreveio, então, a sentença (f. 415-428) que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para anular apenas os autos de infração n. 040200, 031510 e 043582, subsistindo o de n. 043579. O juízo de origem entendeu que não incide ICMS sobre os produtos adquiridos por empresa de construção civil para emprego em suas obras, mas que a autora, ainda que não seja contribuinte, está obrigada a manter a escrituração relativa ao tributo.

Inconformado com a sentença, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação (f. 441-455). Alegou que não há provas nos autos de que as mercadorias adquiridas pela autora eram destinadas às obras contratadas. Sustentou que, no caso, ocorreu a circulação de bens sendo devido o ICMS sobre a operação. Ressaltou que afastar o pagamento de diferencial da alíquota do ICMS viola o artigo 155, § 2º, VII e VIII, da Constituição Federal. Ao final, requereu a reforma da sentença, para que sejam restabelecidos os autos de infração n. 043582, 040200, 031510 e declarado devido o diferencial de alíquota neles consignado.

CGR Engenharia Ltda. também interpôs recurso de apelação (f. 485-507). Alegou a nulidade do AI n. 043579, sob o argumento de que não é contribuinte do ICMS e, por isso, não está obrigada a cumprir deveres instrumentais relativos a este tributo. Sustentou, ainda, que o valor da multa aplicada fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A autora-apelante requereu o prequestionamento das matérias em discussão; a antecipação dos efeitos da tutela, para suspender a exigibilidade do crédito representado pelo AI n. 043579; e a reforma da sentença, para reconhecer a nulidade do auto de infração ou, subsidiariamente, reduzir o valor da multa.

As partes apresentaram contrarrazões de apelação às f. 468 e f. 513.

A decisão está sujeita ao reexame necessário.

VOTO (EM 23.2.2010)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos, respectivamente, pelo réu Estado de Mato Grosso do Sul e pela autora CGR Engenharia Ltda., ambos contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial.

O Juiz de origem declarou a nulidade dos autos de infração n. 040200, 031510 e 043582, por entender que não incide ICMS sobre os produtos adquiridos pela autora, empresa de construção civil, para emprego em suas obras. Todavia, reconheceu a legalidade do auto de infração n. 043579, porque o fato de a autora não ser contribuinte do ICMS não a exime de manter a escrituração relativa ao tributo.

O Estado do Mato Grosso do Sul se insurge contra a desconstituição dos autos de infração n. 040200, 031510 e 043582, sob os argumentos de que o ICMS incide sobre a circulação de materiais de construção e a autora não comprovou a destinação das mercadorias adquiridas em outros estados.

CGR Engenharia Ltda., por sua vez, impugna a sentença na parte em que declarou subsistente o auto de infração n. 045579. A autora alegou que não é contribuinte do ICMS e, por isso, não está obrigada a cumprir deveres instrumentais relativos a este tributo. Além disso, defendeu que o valor da multa aplicada fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Traçados os contornos dos recursos a serem decididos, passo a enfrentar as matérias neles tratadas em conjunto com o reexame necessário a que está sujeita a decisão.

Do recurso de apelação interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul

O cerne da questão consiste em saber se a autora, empresa do ramo de construção civil, está sujeita ao recolhimento da diferença de alíquota do ICMS em operação interestadual de aquisição de mercadorias ou bens que, segundo a inicial, foram destinados à execução de obras para terceiros.

O Estado aduziu que não existem provas de que os bens e mercadorias adquiridos pela autora em outros estados foram realmente empregados em obras de construção civil.

Ocorre que o contrato social (f. 28) e a inscrição no cadastro municipal (f. 39) confirmam que a autora é empresa que tem como objeto social a prestação de serviços no ramo da construção civil, especificamente no estudo, elaboração, coordenação de projetos e execução de obras de pavimentação, terraplanagem, drenagem, obras viárias, obras de arte correntes, estruturas de concreto, edificações etc.

A descrição do objeto social da sociedade empresarial respalda a tese de que as mercadorias que teriam dado margem à tributação foram adquiridas para uso na consecução de seus fins estatutários e ali aplicados.

Nesse contexto, pelos próprios fins sociais da empresa (contrato social de f. 28-32), é fácil concluir que as mercadorias denominadas "materiais de construção" foram destinadas aos canteiros das obras que a autora realizava no Estado no período em que ocorreu a autuação fiscal.

Assim, não merece reforma a sentença que, à vista das provas documentais acostadas com a inicial, julgou a lide no estado em que se encontrava, concluindo que as mercadorias adquiridas pela autora não foram objeto de comercialização, mas sim utilizadas nas obras por ela realizadas na época da autuação.

No tocante ao argumento de que a parte autora possui todos os requisitos para ser considerada contribuinte do ICMS, baseando-se no disposto no artigo 155, II, § 2º, incisos VII, "a", e VIII, da Constituição Federal, melhor sorte não assiste ao Estado do Mato Grosso do Sul, uma vez que as empresas construtoras, tal como a autora, são contribuintes do Imposto sobre Serviço - ISS, pois se qualificam como prestadoras do serviço de construção.

Assim, a aquisição de materiais para o emprego na obra de terceiro está intimamente ligada à obrigação de fazer pela qual se comprometeram, ou seja, à obrigação de construir.

Dessa feita, ao adquirir mercadorias em outro estado com o intuito de empregá-las em sua atividade fim, a parte autora não as comercializa, não há a circulação de bens ou mercadorias, afastando a incidência do ICMS.

Os dispositivos legais invocados pelo réu tratam das alíquotas do ICMS em operações interestaduais, dispondo que:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
>
> § 2º. O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

> VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:
>
> a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
>
> b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;
>
> VIII – Na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Todavia, na interpretação e aplicação de referida norma ao caso concreto, extrai-se que se adequa ao presente caso o disposto na alínea "b" do inciso VII acima transcrito - e não a alínea invocada pelo réu - pois as empresas de construção civil, como destinatárias da mercadoria, não são contribuintes do ICMS.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o artigo mencionado, ressaltou que as empresas da construção civil não estão obrigadas a pagar a diferença de alíquota no Estado destinatário ao adquirirem material em Estado que pratique alíquota mais favorável, uma vez empregadas as mercadorias em obra de terceiro.

Nesse diapasão já explicitou a Suprema Corte. Confira-se o seguinte aresto:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTA. DIFERENCIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, ART. 102, III, B. I – […]. II. – Adquirindo material em Estado que pratique alíquota mais favorável, as empresas de construção civil não estão compelidas, uma vez empregadas as mercadorias em obra, a satisfazer a diferença em virtude de alíquota maior do Estado destinatário. Precedente. [...] (STF, AgRg em Ag n. 505364/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 22.4.2005, p. 22).

Trata-se de tema já sedimentado também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não incide a alíquota diferenciada interna na aquisição interestadual de produtos ou mercadorias para aplicação nas construções civis. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS. 1. A primeira Seção desta Corte, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 149.946/MS, harmonizou o entendimento de que é ilegítima a cobrança de ICMS sobre operações interestaduais realizadas por empresa de construção civil, quando da aquisição de bens necessários ao desempenho de sua atividade fim. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 438.942/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU 9.8.2004).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIA UTILIZADA EM OBRA. INEXIGIBILIDADE.
>
> 1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, mesmo sem se ter pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio.
>
> 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a aquisição interestadual de produtos ou mercadorias, para aplicação nas construções civis, não sofre a incidência de ICMS (AgRg no REsp n. 187.957/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27.9.2004).

> 3. Incide o óbice da Súmula 7/STJ quando a análise do recurso especial demandar o reexame do suporte fático-probatório.
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1048058/RN, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 18.11.2008, DJ 17.12.2008).

Destarte, pelo fato de a empresa de construção civil, na qualidade de adquirente e mera destinatária das mercadorias, não ser contribuinte do ICMS, os materiais que são utilizados para uso e consumo em suas atividades, quando adquiridos em operações interestaduais, devem ser tributados com o valor normal do ICMS, calculado com o valor da alíquota interna vigente no Estado (CF, artigo 155, II, § 2º, incisos VII, b).

Contribuinte do ICMS, nesse caso, é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, e não a empresa de construção civil que adquire os produtos exclusivamente para empregá-los em suas atividades fins.

Portanto, é de se afastar a obrigação da autora em recolher o diferencial de alíquotas de ICMS pela aquisição de materiais em outras unidades da federação para utilização em suas obras, já que não é a contribuinte desse imposto.

Outrossim não merece reforma a sentença que declarou a nulidade dos autos de infração n. 040200, 031510 e 043582, lavrados em razão do não-pagamento da diferença de alíquota pela autora.

Do recurso de apelação interposto por CGR Engenharia Ltda.

CGR Engenharia Ltda. se insurge contra a sentença, no ponto que reconheceu a validade do auto de infração n. 043579 (f. 36), lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória de escriturar nos livros próprios as entradas de mercadorias advindas de outros estados da federação, para efeito de fiscalização da incidência do ICMS.

Em suas razões recursais, a autora-apelante sustentou que não é contribuinte do ICMS e que, por isso, não está obrigada a cumprir deveres instrumentais relativos a este tributo.

Assiste razão à autora nesse ponto.

O interesse público na arrecadação e na fiscalização tributária legitima o ente federado a instituir obrigações acessórias, positivas ou negativas que visem guarnecer o maior número de informações possíveis acerca das atividades desenvolvidas pelos sujeitos passivos.

Nessa seara, diferente do que ocorre no direito civil, em que a existência da obrigação acessória sempre pressupõe a da coisa principal, há certa independência das obrigações acessórias em relação à regra matriz de incidência tributária.

Entretanto, mesmo que o ordenamento jurídico tributário considere certo grau de autonomia entre as obrigações principal e acessória, notadamente quanto ao cumprimento desta última, não há como se admitir o funcionamento da máquina estatal nos casos em que não há interesse direto na arrecadação tributária.

Em outras palavras, não se pode desconsiderar que a função principal da obrigação acessória é tornar possível a realização da obrigação principal, que é o recolhimento do tributo devido aos cofres públicos. Logo, cuida-se, essencialmente, de um dever instrumental, que nenhuma finalidade pode ter além daquela de viabilizar o controle do adimplemento da obrigação principal.

Tanto é assim que o artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, ao regular as obrigações acessórias, estabelece que a sua criação deve estar vinculada à arrecadação ou à fiscalização dos tributos. Senão vejamos:

> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.
>
> § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

A legislação estadual, ao dispor que o contribuinte está obrigado a emitir documentos fiscais e manter escrita destinada ao registro das operações realizadas não atentou para o fato de que não se pode exigir obrigações acessórias que não possuam utilidade prática para o Fisco.

Eis a disposição da Lei Estadual n. 1.810/97 sobre as obrigações acessórias:

> Art. 90. Os contribuintes devem, relativamente a cada um de seus estabelecimentos:
>
> I - emitir documentos fiscais, conforme as operações que realizem, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS;
>
> II - manter escrita fiscal destinada ao registro das operações efetuadas, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS.

No caso dos autos, o dever de lançar as entradas e saídas de mercadorias em livro fiscal próprio se relaciona diretamente com a imposição do ICMS. Todavia, restou assente que a autora não é contribuinte do ICMS.

Ora, qual o interesse do Estado em examinar livros fiscais relativos ao ICMS de determinada empresa se ela não é contribuinte do tributo estadual?

Se a pessoa jurídica não é contribuinte do tributo, não há interesse para se impor uma obrigação acessória, justamente porque não haverá prestação posterior correspondente. Evidente que não tem sentido exigir tal obrigação de empresa não contribuinte do ICMS, como é o caso da autora.

Nesse sentido, já elucidou o tributarista Roque Antônio Carraza:

> O dever instrumental tributário não se confunde com o tributo. Por isso, cumprir o dever instrumental tributário não é o mesmo que pagar o tributo. Mas é o cumprimento do dever instrumental tributário que torna possível o exato pagamento do tributo. Por isso mesmo, deve haver uma perfeita harmonia entre os tributos e os deveres instrumentais a ele relacionados.
>
> [...]
>
> Melhor dizendo, se a pessoa, física ou jurídica, não estiver, efetiva ou potencialmente, sujeita ao pagamento deste tributo (obrigação tributária principal), não pode ser compelida a cumprir deveres instrumentais tributários (obrigações tributárias acessórias) a ele concernentes. Assim, por exemplo, se a atividade que desempenha estiver fora do âmbito de incidência do ICMS, isto é, for totalmente desvinculada do fato imponível desta exação, não pode ser constrangida pela Fazenda Pública estadual (ou distrital), a emitir notas fiscais. Nem muito menos, sancionada, por não as ter emitido. (CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Editora Mlheiros, p.521)

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de reconhecer certa independência da obrigação acessória, também reconheceu que essa obrigação somente pode ser exigida para instrumentalizar ou viabilizar a cobrança de um tributo, com um mínimo de correlação entre as obrigações principal e acessória. A propósito, confira-se o seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA DO FISCO. MULTA. AFASTAMENTO.
>
> 1. **A despeito do reconhecimento da independência da nominada obrigação tributária acessória, essa obrigação só pode ser exigida pelo Fisco para instrumentalizar ou viabilizar a cobrança de um tributo, ou seja, deve existir um mínimo de correlação entre as duas espécies de obrigações que justifique a exigibilidade da obrigação acessória.**
>
> 2. Na hipótese, o transporte do café beneficiado, pela empresa beneficiadora - ora recorrente -, estava acobertado pelas notas fiscais de devolução e de venda da mercadoria, pelos fazendeiros, para a Bolsa de Insumos de Patrocínio, mostrando-se totalmente descabida e desarrazoada a exigência da emissão de Nota fiscal pela recorrente, sem destaque de ICMS, na qualidade de detentora da mercadoria.
>
> 3. Precedentes: REsp n. 539.084/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2005; REsp n. 728.999/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.10.2006.
>
> 4. Recurso especial provido. (REsp n. 1096712/MG, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 2.4.2009, DJ 6.5.2009) – sem grifo no original

Não bastasse a falta de interesse, exigir a escrituração dos livros fiscais da autora afrontaria o Princípio da Legalidade Tributária, uma vez que a legislação estadual condiciona o dever de manter escrita fiscal à condição de contribuinte (Lei Estadual n. 1.810/97, artigo 90, II).

Desse modo, tendo em vista que a autora não é contribuinte do ICMS, imperioso reconhecer a invalidade da multa cobrada por deixar de registrar nos livros fiscais próprios a entrada de mercadorias destinadas ao desempenho da sua atividade fim (construção civil).

Assim, merece provimento o recurso de apelação nesse ponto, a fim de declarar a nulidade do auto de infração n. 043579 (f. 36).

Do prequestionamento

Com relação ao prequestionamento requerido pelas partes em suas razões de apelação, não vislumbro necessidade de manifestação expressa, pois toda a matéria foi examinada em vista de suas alegações.

Além disso, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado. (AgRg no REsp n. 1019053/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.4.2008, DJ 13.6.2008).

4. Do pedido de antecipação dos efeitos da tutela

Apenas para que não se alegue omissão desta decisão, registro que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito representado pelo AI n. 043579 mostra-se inócuo, uma vez que foi declarada a nulidade do auto de infração e da obrigação nele consignada.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul e nego-lhe provimento, mantendo a declaração de nulidade dos autos de infração n. 031510, n. 043582 e n. 040200.

De outro lado, conheço do recurso interposto por CGR – Engenharia Ltda. e dou-lhe provimento, para reformar em parte a sentença, a fim de declarar a nulidade do auto de infração n. 043579 e da obrigação nele consignada.

Considerando a reforma da sentença, para acolher integralmente a pretensão inicial da autora, condeno o réu ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em atenção ao trabalho desenvolvido pelos advogados, à relativa complexidade da matéria em discussão e ao tempo de tramitação da causa.

No mais, em reexame necessário e considerando que se deu provimento ao recurso da empresa CGR, retifica-se em parte a sentença.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA REVISORA, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA CGR E RETIFICAR EM PARTE O RECURSO OBRIGATÓRIO.

VOTO (EM 2.3.2010)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

O recurso de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul cinge-se na reforma da sentença para que sejam restabelecidos os autos de infração n. 043582, 040200, 031510 e declarado devido o diferencial de alíquota neles consignado, ao argumento de que não há provas nos autos de que as mercadorias adquiridas pela autora eram destinadas às obras contratadas. Ainda, alega que por ter ocorrido a circulação de bens, é devido o ICMS sobre a operação.

É descabida a alegação do apelante de que não há provas nos autos de que as mercadorias adquiridas pela autora eram destinadas às obras contratadas.

Compulsando os autos, observo que o próprio apelante requereu o julgamento antecipado da lide, por entender que "se trata de matéria exclusivamente de direito e que os fatos que dependiam de provas já estão provados por meio de documentos juntados aos autos." (f. 415)

Destarte, bem agiu o magistrado sentenciante ao julgar antecipadamente a lide e reconhecer que "a empresa requerida é consumidora final não contribuinte de ICMS, pois as mercadorias são adquiridas como insumo da sua atividade, qual seja a prestação de serviço, e não para revendê-las." (f.423)

Sobreleva notar que o recorrente em nenhum momento se desincumbiu de provar ou ao menos de trazer indícios aos autos que pudessem levar o magistrado sentenciante a outro entendimento, aliás, como dito alhures, requereu o julgamento antecipado da lide.

A propósito, como observado pelo Relator, o contrato social (f. 28) e a inscrição no cadastro municipal (f. 39) atestam que empresa autora tem como objeto social a prestação de serviços no ramo da construção civil, especificamente no estudo, elaboração, coordenação de projetos e execução de obras de pavimentação, terraplanagem, drenagem, obras viárias, obras de arte correntes, estruturas de concreto, etc.

Assim, nego provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, acompanhando as razões do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA CGR, RETIFICANDO EM PARTE O RECURSO OBRIGATÓRIO. DECISÃO UNÂNIME.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.011010-6 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – SEGURO EM GRUPO– ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL – NEGATIVA DE COBERTURA – CLÁUSULA QUE PERMITE MAIS DE UMA INTERPRETAÇÃO – PREVALÊNCIA DA QUE MAIS BENEFICIA O CONSUMIDOR – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ARTIGO 17, I, DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o disposto no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, diante de uma cláusula contratual que admite mais de uma interpretação possível, deve ser adotada aquela mais favorável aos interesses do consumidor.

Evidenciada nos autos a postura da seguradora em recusar o direito do segurado, valendo-se de interpretação de cláusula contratual manifestamente contrária ao sentido literal dela extraído, deve ser acolhido o pedido de condenação por litigância de má-fé, formulado com base no artigo 17, I, do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTRATO DE FINANCIAMENTO – SEGURO EM GRUPO – INSTITUIÇÃO FINANCIADORA FIGURA COMO ESTIPULANTE E BENEFICIÁRIA DO CONTRATO DE SEGURO – CONTRATO DE ADESÃO – ATUAÇÃO CONJUNTA DA SEGURADORA E DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RESPONSABILIDADE PELOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

A instituição financeira que aliena fiduciariamente um bem ao adquirente e, no ato da contratação, intermedeia como estipulante e beneficiária a efetivação de um seguro de cobertura de saldo devedor, em caso de acidente com morte ou invalidez permanente, atua como angariadora de clientes da seguradora, de modo que também deve ser responsabilizada pelo pagamento dos ônus sucumbenciais, em caso de resistência no cumprimento do avençado, em se verificando o sinistro.

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PAGAMENTO INDEVIDO DE PRESTAÇÕES – PEDIDO DE DEVOLUÇÃO EM DOBRO – COBRANÇA INJUSTIFICADA – CABIMENTO – JUROS DE MORA – FATO ENSEJADOR DA INCIDÊNCIA POSTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – APLICAÇÃO DO ENCARGO À RAZÃO DE 1 % AO MÊS – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A comprovação de que a indevida cobrança das prestações não decorreu de engano justificável, mas de tendenciosa interpretação restritiva de cláusula contratual de indiscutível amplitude, enseja a repetição em dobro do valor pago, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

A partir da vigência do novo Código Civil, sobre o valor da condenação deverão incidir juros moratórios na proporção de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos de Cardif e BV Financeira e dar provimento parcial ao apelo de Luiz Oliva Filho, com o parecer.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A., inconformada com a sentença (f. 112-116) que julgou procedente o pedido formulado por Luiz Oliva Filho, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em seu desfavor, bem assim contra BV Financeira S.A, interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o conceito de invalidez por acidente não abarca a incapacidade decorrente de doença e que o contrato não estabelece tratamento desigual entre as partes. Alega, ainda, ser descabida a condenação por litigância de má-fé.

BV Financeira S.A. – CFI, também irresignada com o teor desse *decisum*, argumenta, em seu apelo, que não tem qualquer responsabilidade na apuração dos fatos referentes ao pagamento do seguro, razão pela qual é lícita a cobrança de seu crédito junto ao apelado. Aduz, outrossim, que não deve ser condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais, uma vez que a pretensão deduzida em juízo não teve origem em resistência de sua parte.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos às f. 171-176.

Luiz Oliva Filho, almejando a reforma da sentença, recorre alegando que os valores das parcelas pagas, após a data em que ficou permanentemente inválido, devem ser restituídos em dobro e que os juros de mora devem ser elevados a 1% ao mês, com incidência a partir da citação.

Os apelados não apresentaram contrarrazões, apesar de regularmente intimados (f. 170).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo improvimento dos recursos apresentados por Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A. e BV Financeira S.A. – CFI, e, com relação ao apelo interposto por Luiz Oliva Filho, opinou pelo seu provimento (f. 182-196).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A., BV Financeira S.A. – CFI e Luiz Oliva Filho contra a sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada por este último, julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Ao que se colhe dos autos, Luiz Oliva Filho firmou com a BV Financeira S.A um contrato de financiamento, assumindo a obrigação de quitar a dívida em 36 parcelas mensais, a primeira com vencimento em 15.2.2004 e a última em 15.1.2007 (f. 33).

No ato da contratação, Luiz Oliva Filho aderiu a um plano de seguro em grupo, apólice n. 1641-1, em que figurava como seguradora a Cardif S.A. e como estipulante a BV Financeira S.A., tendo por objeto garantir, no caso de morte ou invalidez permanente total por acidente, o pagamento do saldo devedor (f. 17).

Em 1º.4.2004, Luiz Oliva Filho sofreu um acidente vascular cerebral que comprometeu todas as suas funções motoras, o que motivou o ajuizamento desta ação, haja vista que a seguradora se negou a quitar as prestações, sob o argumento de que a cobertura não se estenderia aos casos de doença. Além do pedido de quitação das parcelas, pediu a restituição em dobro das quantias pagas indevidamente.

Diante da situação posta, a magistrada de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a seguradora Cardif ao pagamento do saldo devedor apurado na data em que o autor sofreu o acidente que o deixou inválido, bem assim a restituir os valores das parcelas pagas após esse momento, com juros de 0,5% ao mês. Por considerar que houve tentativa de deduzir defesa contra fato incontroverso, aplicou-lhe multa no importe de 1% sobre o valor da causa. Outrossim, declarou a quitação do contrato celebrado com o autor, condenando as rés ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Do recurso interposto por Cardif do Brasil S.A

A irresignação da apelante concentra-se na ausência de cobertura securitária nos casos de acidente vascular cerebral e no descabimento da condenação por litigância de má-fé.

Não lhe assiste razão.

Observa-se da análise do contrato de seguro (f. 17) que a expressão acidente não vem acompanhada de uma definição precisa, existindo apenas a informação de que a cobertura seria efetuada nos casos em que, do evento extraordinário, adviesse morte ou invalidez total e permanente. O item 1.2 do contrato, ao especificar no que consistiria essa invalidez, destacou a alienação mental e incurável. *In verbis*:

> 1. Objeto do Seguro e Capital Segurado das Garantias Contratadas
>
> *Omissis.*
>
> 1.2 Para fins deste seguro, Invalidez Permanente Total por Acidente é a perda, redução ou impotência funcional definitiva e total, de membro ou órgão, em virtude de lesão física, atestada por profissional legalmente habilitado, causada por acidente pessoal coberto, sendo caracterizada pela perda total da visão de ambos os olhos; ou pela perda total do uso de ambos os braços; ou pela perda total do uso de ambas as pernas; ou pela perda total do uso de ambas as mãos; ou pela perda total de uso de um braço e uma perna; ou pela perda total do uso de uma das mãos e um dos pés; ou pela perda total do uso de ambos os pés; ou pela alienação mental e incurável.

Por outro lado, ao elencar que situações afastariam a responsabilidade da seguradora, o citado instrumento de condições particulares destaca várias hipóteses que não se enquadram na definição de acidente utilizada na defesa.

Com efeito, se na concepção da recorrente o significado da palavra acidente, no contrato, abrange apenas os eventos que causam lesão física externa, tal como se afirmou na peça contestatória (f. 47), não haveria razão para estabelecer como fatos não abrangidos pela cobertura a infecção ou tumor produzidos pelo vírus HIV ou suas variações (item 6.2, alínea *h)*.

Disso decorre que seria dever de sua parte esclarecer esse ponto na própria cláusula do contrato, a fim de evitar ou dirimir indagações posteriores quanto ao seu alcance, já que a atividade interpretativa cede diante da clareza da norma.

Percebe-se, pois, que a maneira como foi redigido item 1, do referido contrato de seguro, torna possível à apelante manipular a sua aplicabilidade e extensão conforme lhe seja mais conveniente, em detrimento dos interesses do consumidor.

De acordo com o art. 47 da Lei n. 8.078/90, diante de cláusulas contratuais que apresentem mais de uma interpretação possível, deve ser adotada aquela mais favorável ao consumidor.

Dessa forma, a análise do alcance e da aplicação da regra não revela outra solução que não a da cobertura do seguro no caso de invalidez total ocasionada por acidente vascular cerebral, sobretudo no presente caso, em que o autor da demanda, segundo atestado medido de f. 75, "é total e definitivamente incapaz para a vida independente, por estar com graves distúrbios mentais e motores, totalmente dependente de terceiros".

Portanto, tem-se por correta a sentença de primeira instância que reconheceu, nesse particular, a procedência do pedido.

De outra parte, no que diz respeito à condenação da indenização e da multa, melhor sorte não assiste ao recorrente.

A magistrada de primeiro grau, ao condenar o recorrente ao pagamento de multa e indenização por má-fé processual, alinhou que a defesa nos autos foi deduzida contra fato incontroverso, situação essa que revelaria o propósito desleal e protelatório de sua parte. *Verbis*:

> Porém, abstraída esta questão salta aos olhos a previsão contratual inserta na cláusula 1.1 do contrato no que se refere a acidentes, de modo amplo e irrestrito, sendo que, a resistência da ré Cardif Seguradora, na qualidade de prestadora de serviço, alterando disposição contratual expressa em contrato de adesão por si elaborado revela tentativa de deduzir defesa contra fato incontroverso, lesando o princípio da lealdade processual, pelo que, merece ser considerada litigante de má-fé. (F. 115).

Com efeito, merece censura a postura adotada pela recorrente, pois, ao procurar conferir interpretação restritiva à cláusula contratual de indiscutível amplitude, deu motivo ao ajuizamento da presente ação, deduziu defesa manifestamente contrária à prova dos autos e impôs indevido óbice à satisfação do legítimo interesse do autor.

Destarte impõe-se a condenação por litigância de má-fé, já que a situação extraída dos autos amolda-se perfeitamente à disposição contida no artigo 17, I, do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A.

Do recurso interposto por BV Financeira S.A

O pleito de reforma formulado por BV Financeira S.A. encontra-se embasado nas teses de legalidade da cobrança do crédito existente junto ao apelado e de descabimento da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

A sentença de primeiro grau, ao julgar procedente o pedido de condenação da Seguradora Cardif ao pagamento do valor das parcelas restantes do contrato, considerou quitada, em relação ao recorrido, a obrigação assumida perante a recorrente.

Alega essa instituição financeira que, por não ter envolvimento algum na relação existente entre o apelado e a empresa de seguros, teria direito a exigir, em face daquele, o montante ainda devido.

No entanto, é evidente a correlação de interesses entre todas as partes litigantes, uma vez que o contrato de seguro foi firmado entre o recorrido e a Cardif S.A. por intermédio da apelante, que figurou como estipulante no referido instrumento obrigacional. É o que demonstra o contrato. *In verbis*:

> A Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A, doravante denominada Seguradora e a BV Financeira, doravante denominada Estipulante, especificam nestas Condições Particulares os termos e definições sob as quais será emitida a apólice, tendo como grupo segurável todas as pessoas que firmem contratos de financiamento junto à Estipulante, e que tenham a idade mínima de 18 (dezoito) anos e máxima de 70 (setenta) anos completos na data de adesão ao seguro (f. 17).

Assim, como decorrência lógica do posicionamento aqui adotado, uma vez reconhecido o direito à cobertura securitária, nada em face do apelado poderá ser exigido no que se refere ao pagamento das prestações do financiamento.

Consequentemente, a extinção do vínculo jurídico havido entre as partes que entabularam o contrato de arrendamento mercantil foi corretamente ponderada, não sendo lícito à recorrente postular qualquer valor em face do recorrido.

De outro polo, contratos de seguro como o firmado entre o apelado e a Cardif Seguradora S.A. derivam do negócio jurídico entabulado entre os signatários do termo de alienação fiduciária, sendo certo dizer que a apelante angaria clientes para a Cardif Seguradora S.A.

Como já dito, a recorrente figura nesse seguro como beneficiária direta no caso de eventual sinistro, de forma que também é seu o interesse em ter o recorrido como segurado.

Além disso, observa-se na cláusula 11 das condições particulares de f. 17 que o pedido de cobertura consta da proposta de adesão ao contrato de arrendamento mercantil, o que permite aferir a atuação direta da recorrente no ato de consumação da avença, bem assim pela imposição de sua assinatura por parte do apelado, tendo em vista a natureza do instrumento obrigacional.

Por conta disso, à luz das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que ambas as empresas atuam em conjunto na formação da relação securitária, razão pela qual ambas devem assumir os encargos dela decorrentes.

Destarte, o recurso interposto por BV Financeira S.A. não merece prosperar.

Do apelo formulado por Luiz Oliva Filho

O inconformismo por parte do autor da ação consiste no direito ao recebimento em dobro do valor das parcelas indevidamente pagas por ele após o acidente, bem assim na forma pela qual foram arbitrados os juros de mora, os quais pretendem sejam majorados à razão de 1% ao mês.

Assiste-lhe parcial razão.

A aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe a existência de uma cobrança extrajudicial injustificada.

Conforme já se expôs, o apelado foi injustificadamente submetido a cobrança de quantia indevida, na medida em que se viu obrigado a honrar o pagamento das parcelas do financiamento, mesmo após a ocorrência do acidente vascular cerebral. Tal postura, abusiva e protelatória, impõe o reconhecimento da aplicabilidade do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> 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.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO. COBRANÇA DE VALOR DO SEGURO. AUSÊNCIA DE REPASSE À SEGURADORA. DEVOLUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se, no contrato de compromisso de compra e venda de edificação de apartamento, a proponente vendedora obriga-se a contratar o seguro destinado à cobertura do pagamento integral do saldo devedor em caso de morte ou invalidez permanente do adquirente, mas, apesar de receber as prestações com a respectiva parcela do seguro, não o faz, fica obrigada a restituir os valores pagos a título de seguro pelo promitente comprador, em dobro. Sentença revista. Recurso parcialmente provido (TJMS, AC n. 2008.029425-4, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, DJ 20.10.2009, Pág. 24).

Dessa maneira, por não se tratar de cobrança indevida decorrente de engano injustificável, mas sim de evidente intenção de se impor obstáculo ao reconhecimento do direito à quitação do contrato, em face do estado de invalidez total e permanente do autor, deve ser acolhido o pedido de condenação à devolução em dobro da quantia indevidamente paga.

Quanto aos juros de mora, o artigo 406 do Código Civil estabelece que deverão estes ser fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Por sua vez, o artigo 161 do Código Tributário Nacional, ao dispor sobre o não pagamento integral do crédito pelo contribuinte, na data do vencimento, prevê em seu § 1º que, não havendo disposição legal em sentido contrário, os juros de mora serão de 1% ao mês.

Depreende-se dos autos que a citação, definida como marco da incidência dos juros moratórios, ocorreu já na vigência do Código Civil de 2002, razão pela qual esse encargo da dívida deverá ser estabelecido segundo a prescrição contida na lei nova e não com base no Estatuto Civil de 1916, que estabelecia como elemento de cálculo a razão de 6 % ao ano.

Dessa maneira, é de ser dado provimento ao recurso a fim de que sobre o valor da condenação incidam juros de mora à taxa de 1% ao mês.

Conclusão do julgamento

Ante o exposto, nego provimento aos recursos interpostos por BV Financeira – Crédito, Financiamento e Investimento e Cardif do Brasil Seguros e Previdência S.A. Quanto ao apelo interposto por Luiz Oliva Filho dou-lhe provimento para que as quantias pagas indevidamente na vigência do contrato de financiamento sejam restituídas em dobro e que os juros de mora incidam sobre a condenação à razão de 1% ao mês, a partir da citação.

Quanto ao mais, mantêm-se os ônus sucumbenciais estabelecidos na decisão recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AOS RECURSOS DE CARDIF E BV FINANCEIRA E DEU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DE LUIZ OLIVA FILHO, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

***

Mandado de Segurança n. 2008.038450-8 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROVIMENTO N. 25, DE 3.12.2009, DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA – AVERBAÇÃO DE "CONTRATOS DE GAVETA" – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

O Provimento n. 25, de 3.12.2008, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que "dispõe sobre a possibilidade de averbação dos contratos utilizados por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação para transmissão de seus direitos sobre o imóvel adquirido, sem a necessária intervenção do agente financiador - os chamados 'contratos de gaveta', nos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul", constitui ato normativo, de cunho genérico, impessoal e abstrato, sem operatividade imediata, como se depreende de seu texto. Necessita de ato concreto próprio para sua aplicação, a ser praticado caso a caso pelo oficial do registro de imóveis, à medida que cada mutuário-cedente ou adquirente-cessionário pleitear a averbação do "contrato de gaveta".

A edição do Provimento n. 25, de 3.12.2008, não ofende os princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal nem afronta a legislação federal, pois a averbação de "contratos de gaveta" nela prevista se destina apenas a conferir publicidade aos aludidos contratos. Ademais, o mencionado Provimento dispõe expressamente que a averbação do "contrato de gaveta" não cria nenhum direito real.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Caixa Econômica Federal impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Des. Divoncir Schreiner Maran, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos do Pedido de Providências n. 2008.960096-8, que homologou na íntegra o Parecer n. 064/2008, da lavra do Dr. Ricardo Gomes Façanha, Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, decisão esta materializada no Provimento n. 25, de 3 de dezembro de 2008, que autoriza os serviços de registro imobiliário do Estado de

Mato Grosso do Sul a averbar, à margem das respectivas matrículas, os denominados "contratos de gaveta", consistentes em instrumentos particulares ou públicos de alienação de imóveis entabulados entre mutuários-cedentes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e respectivos adquirentes-cessionários, sem conhecimento, participação ou anuência das instituições financeiras credoras.

Alega, em apertada síntese, que o ato impugnado afronta os princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal, por contrariar o artigo 236, § 1º, da Constituição Federal; o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990; e os artigos 108, 299, *caput* e parágrafo único, 303 e 1.475, parágrafo único, do Código Civil.

Requer seja concedida a segurança para invalidar o Provimento 25/2008 CGJ-MS e todas as averbações de "contratos de gaveta" porventura realizadas.

Junta os documentos de f. 22-41.

O pedido liminar foi indeferido (f. 43-45).

A autoridade impetrada presta informações (f. 47-52), nas quais sustenta a legalidade e a constitucionalidade do ato combatido, aduzindo que o presente *mandamus* afronta a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não se admite mandado de segurança para a discussão de lei em tese.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento do *mandamus* e pela denegação da segurança, por ausência de violação a direito líquido e certo (f. 57-61).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal contra ato do Des. Divoncir Schreiner Maran, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, qual seja, o Provimento n. 25, de 3 de dezembro de 2008, que autoriza os serviços de registro imobiliário do Estado de Mato Grosso do Sul a averbar, à margem das respectivas matrículas, os denominados "contratos de gaveta", consistentes em instrumentos particulares ou públicos de alienação de imóveis entabulados entre os mutuários-cedentes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e os adquirentes-cessionários, sem conhecimento, participação ou anuência das instituições financeiras credoras.

Combate particularmente os artigos 1º, *caput*, e 11 do mencionado Provimento 25/2008, *in verbis*:

> Art. 1º Ficam os serviços de registro imobiliário autorizados a lavrar a averbação de mera notícia dos contratos e respectivas transferências atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, os chamados 'contratos de gaveta', sejam eles de promessa de compra e venda, de cessão de direitos e obrigações, de compra e venda definitiva, ou de qualquer outra denominação, formalizados por instrumento público ou particular, sendo neste imprescindível que as assinaturas dos contratantes e testemunhas estejam com firmas reconhecidas, independentemente da concordância, comunicação prévia ou qualquer intervenção do agente financiador.

> Art. 11. As cauções averbadas nos contratos de financiamento, originalmente feitas em favor do Banco Nacional da Habitação ou da Caixa Econômica Federal, podem ser canceladas mesmo ausente o instrumento de liberação próprio, desde que tal cancelamento seja feito concomitantemente com a averbação do cancelamento da hipoteca.

A impetrante alega que o ato impugnado afronta os princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal, pois, de acordo com o artigo 236, § 1º, da Constituição Federal, as atividades dos serviços notariais e de registro devem ser reguladas por lei, de sorte que a competência para regular a matéria é do Poder Legislativo e não da autoridade impetrada, por meio de provimento.

Acrescenta que o ato combatido também contraria o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990, segundo o qual a formalização do contrato de venda, cessão ou promessa de cessão de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação depende da obrigatória intervenção do agente financeiro.

Observa que os contratos de financiamento do SFH encerram quatro contratos distintos, a saber, de compra e venda, de mútuo, de hipoteca e de seguro, os quais, embora reunidos num só instrumento, obedecem a normas próprias, razão por que, mesmo que a "venda" ou "cessão" do imóvel pelo mutário-cedente fosse amparada pelo mencionado Provimento, os outros contratos permaneceriam, cada um, sujeito às normas que lhe são atinentes.

Anota que, diante da expressa e literal disposição do artigo 299, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, o consentimento do credor é condição essencial para o aperfeiçoamento da assunção da dívida.

Expõe que a alienação sem anuência do credor hipotecário faculta-lhe considerar a dívida vencida por antecipação e a execução do contrato, por força do artigo 1.475, parágrafo único, do Código Civil.

Ressalta que a Lei n. 10.150, de 21 de dezembro de 2000, não admitiu expressamente a regularização dos "contratos de gaveta" sem a anuência do agente financeiro, mas tão somente a regularização da transferência da dívida no âmbito do SFH para os "contratos de gaveta" firmados até 25 de outubro de 1996.

Aduz que a Lei n. 10.150/2000 estabeleceu também que, apenas, na liquidação antecipada da dívida de contratos do SFH, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final para efeitos de liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização do FGTS (artigo 22, *caput)*.

Enfatiza que, em nenhum momento, o referido diploma legal dispensou a interveniência da instituição financiadora na transferência de dívida, tanto é que o artigo 20, *caput*, é categórico em dizer que as transferências de que trata "[...] poderão ser regularizadas nos termos desta Lei".

Assevera que o aludido Provimento ofende o artigo 303 do Código Civil, que impõe ao mutuário e ao adquirente do imóvel hipotecado a obrigação de notificar o credor acerca da alienação, conferindo a este o poder de insurgir-se contra a transferência do débito, hipótese em que o negócio não surtirá efeitos em relação ao titular do crédito.

Afirma que, ademais, o ato repelido criou uma obrigação ao agente financeiro que não foi imposta por lei, qual seja, de formalizar sua impugnação, sob pena de validação do negócio, haja vista que, ao outorgar publicidade ao "contrato de gaveta" por meio de sua averbação no registro de imóveis, inverteu-se a responsabilidade prevista no artigo 303 do Código Civil.

Rejeita a ideia de que a autorização dada pelo Provimento impugnado não visou atingir a esfera jurídica do agente financeiro ou que objetivou apenas conferir segurança ao adquirente do imóvel hipotecado, pois, em caso de inadimplência, ao ser cobrado, o mutuário original alegará que não é mais devedor, que a transferência do débito realizada foi levada ao conhecimento do agente financeiro por meio da averbação do "contrato de gaveta" e que, ciente o credor, àquela não se opôs.

Argumenta que o Parecer n. 64/2008, que deu origem ao Provimento 25/2008 CGJ-MS, amparou-se na Súmula n. 84 do Superior Tribunal de Justiça a qual, no entanto, encontra-se superada por acórdão unânime da sua Corte Especial, segundo o qual a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro.

Sustenta que o ato guerreado ofende o disposto no artigo 108 do Código Civil, porquanto deu aos denominados "contratos de gaveta" a força de escritura pública que só por lei pode ser atribuída a instrumentos particulares.

2. A autoridade impetrada suscita preliminar de inadmissibilidade de discussão, via mandado de segurança, do ato impugnado, por se tratar de ato normativo, de cunho genérico e abstrato, de sorte que a impetração estaria violando a Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal, i*n verbis*: "Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

Com efeito, no writ of *mandamus* é imprescindível a demonstração da ocorrência de ameaça ou lesão a direito líquido e certo, ou seja, a direito evidente de imediato, insuscetível de controvérsia, aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória, conforme a inolvidável lição de Hely Lopes Meirelles.[1]

No caso em mesa, o aludido Provimento constitui ato normativo, de cunho genérico, impessoal e abstrato, sem operatividade imediata, como se depreende do texto transcrito anteriormente neste voto. Necessita de ato concreto próprio para sua aplicação, a ser praticado caso a caso pelo oficial do registro de imóveis, à medida que cada mutuário-cedente ou adquirente-cessionário pleitear a averbação do "contrato de gaveta".

Por sua vez, a impetrante não demonstra a existência de qualquer ameaça ou violação a direito líquido e certo seu. Limita-se a afirmar que a edição do Provimento n. 25/2008 é ato inconstitucional e ilegal, podendo-lhe acarretar graves prejuízos, mas sem especificá-los.

Menciona possíveis alegações em processos futuros, a serem formuladas pelo mutuário-cedente, como se meros argumentos hipotéticos tivessem o condão de ferir direito líquido e certo.

Dessa forma, fica evidente que a impetrante está atacando lei em tese, nos moldes em que é rejeitado o uso da via mandamental pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF.
>
> [...]
>
> IV. - Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 05-2001. p. 35-37.

> V. - Mandado de Segurança não conhecido. (MS n. 22132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 21.8.1996, DJ 18.11.1996, PP-39848 EMENT VOL-01846-01 PP-00185 RTJ VOL-00166-01 PP-00166).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO-LEI N. 2.425/88. URP DE ABRIL E MAIO DE 1988. REPOSIÇÃO SALARIAL. SUSPENSÃO. ATO NORMATIVO. LEI EM SENTIDO MATERIAL. INADMISSÍVEL A VIA MANDAMENTAL CONTRA LEI EM TESE. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O ato normativo, em seu aspecto material, não tem eficácia imediata, necessitando, para a sua aplicação, de ato concreto próprio.
>
> 2. Contra ato do Presidente da República, que edita norma geral, não cabe mandado de segurança, porque não pode ser ele impetrado contra lei em tese, não sendo, portanto, a via eleita para a declaração do controle normativo abstrato.
>
> 3. Incide, na hipótese, o disposto na Súmula 266 desta Corte. Mandado de segurança não conhecido. (MS n. 20805, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 28.11.1996, DJ 14.2.1997, PP-01982, Ement. Vol.-01857-01, PP-00001).
>
> CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI EM TESE: NÃO-CABIMENTO. Súmula 266-STF.
>
> I. - Se o ato normativo consubstancia ato administrativo, assim de efeitos concretos, cabe contra ele o mandado de segurança. Todavia, se o ato – lei, medida provisória, regulamento – tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo, então contra ele não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo implicaria admitir a segurança contra lei em tese: Súmula 266-STF.
>
> II. - Segurança não conhecida. (MS n. 24266, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 7.10.2003, DJ 24.10.2003, PP-00030, Ement. Vol.-02129-02, PP-00481).

3. Ora, conquanto não seja apropriada a via mandamental para solucionar a pretensão da impetrante, passo a enfrentar a questão meritória, eis que a sua análise conduzirá à demonstração da ausência do direito líquido e certo para invalidar o citado Provimento.

Isso porque o Provimento n. 25/2008 CGJ-MS tem por finalidade tão somente dar publicidade a contratos que inegavelmente existem no mundo fático e que, por ficarem mantidos somente na órbita dos interesses privados, acarretam considerável insegurança jurídica e abarrotam o Poder Judiciário com ações a eles relativas.

Trata-se de "averbação de mera notícia dos contratos e respectivas transferências atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação", sem caráter constitutivo de direito real, apenas para dar conhecimento da existência do "contrato de gaveta". Não constitui registro nem substitui o futuro e indispensável registro de transferência da propriedade, conforme o parágrafo único do artigo 1º do ato combatido, renumerado para § 1º pelo Provimento n. 7, de 19 de fevereiro de 2009, *in verbis*:

> § 1º A averbação prevista no presente provimento não tem caráter constitutivo de direito real, tendo a finalidade precípua de dar conhecimento da existência do negócio jurídico envolvendo o bem, de forma que não substitui o futuro e indispensável registro da transferência da propriedade. (Renumerado pelo Provimento n. 7 de 19.2.09, DJMS, de 27.2.2009).

A ausência de constituição de direito real e a finalidade de apenas dar conhecimento a terceiros da existência do "contrato de gaveta" são reforçadas pelo artigo 4º do Provimento n. 25/2008, que estabelece, *in verbis*:

> Art. 4º A averbação de mera notícia realizada conforme este provimento deverá conter, ao final do ato, a seguinte observação: 'A presente averbação foi lavrada nos termos do Provimento n. 25/08 CGJ-MS, e não tem caráter constitutivo de direito real, destinando-se tão somente a dar conhecimento da existência do negócio jurídico envolvendo o imóvel, de modo que não substitui o futuro e indispensável registro da efetiva transferência da propriedade do bem, que far-se-á consoante o disposto nos artigos 5º e 6º do mencionado provimento.'
>
> Parágrafo único. A observação supra deverá constar obrigatoriamente ao final de cada ato de averbação efetuado e das escrituras públicas de promessa de compra e venda, cessão de promessa e de negócios jurídicos, que contenham acordo de transmissão definitiva de propriedade e em que não haja a interveniência do agente financiador.

Ademais, o Provimento n. 7/2009 solucionou a preocupação da impetrante relativo à notificação do credor sobre a transferência da dívida, nos termos do artigo 303 do Código Civil,[2] ao acrescentar o § 2º ao artigo 1º do Provimento n. 25/2008, *in verbis*:

> § 2º A averbação dos contratos atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH não substitui a notificação do credor sobre a transferência da dívida, nos termos do art. 303 do Código Civil." (Acrescentado pelo Provimento n. 7 de 19.2.2009, DJMS, de 27.2.2009).

Afasta-se, dessa forma, o argumento de que a averbação do "contrato de gaveta" na matrícula do imóvel estaria lhe dando "força de escritura pública", nos termos do artigo 108 do Código Civil.[3]

A impetrante alega que o ato impugnado afronta os princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal, pois, de acordo com o artigo 236, § 1º, da Constituição Federal, as atividades dos serviços notariais e de registro devem ser reguladas por lei, de sorte que a competência para regular a matéria é do Poder Legislativo e não da autoridade impetrada, por meio de provimento.

O referido dispositivo constitucional estabelece, *in verbis*:

> Art. 236.
>
> § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Ora, o artigo 246 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Lei de Registros Públicos, preceitua que, além das averbações previstas no artigo 167, inciso II, do mesmo diploma legal, devem ser averbadas nas matrículas dos imóveis as ocorrências que, de qualquer forma, alterem o registro, *in verbis*:

2 Código Civil: "Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento."

3 Código Civil: "Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

> Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro. (Renumerado do art. 247 com nova redação pela Lei n. 6.216, de 1975)

Sem dúvida, a celebração de um "contrato de gaveta" afeta o registro, tanto assim que, muitas vezes, acarreta ações judiciais para sua discussão e os Tribunais pátrios vêm firmando entendimento no sentido de reconhecer como válido o ato de vontade manifestado entre o mutuário originário e o terceiro, conforme se infere da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida:

> Súmula 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Eventual julgamento proferido por aquela Corte Superior em sentido contrário à sua própria súmula tem significado restrito ao caso concreto, pelo menos enquanto a súmula ora transcrita não for cancelada.

Assim, a edição do Provimento n. 25/2008 não implica em usurpação da atividade legislativa pelo Corregedor-Geral de Justiça. Trata-se, antes, de orientação expressa aos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul a respeito da providência a ser adotada em relação aos "contratos de gaveta", emitida de acordo com as competências atribuídas à Corregedoria-Geral de Justiça pelo artigo 51, *caput*, do Código de Organização e Divisão Judiciárias, *in verbis*:

> Art. 51. A Corregedoria-Geral de Justiça, órgão de orientação, fiscalização e disciplina administrativa, será exercida em todo o Estado por um desembargador com a denominação de Corregedor-Geral de Justiça, o qual ficará dispensado das suas funções normais, exceto as exercidas no Órgão Especial, em que votará na declaração de inconstitucionalidade, matéria administrativa, julgamentos disciplinares e, perante o Tribunal Pleno, na organização das listas de promoção de magistrado ou de Desembargadores nos casos do artigo 94 da Constituição Federal. (Destaquei.).

Logo, não há falar em violação aos princípios constitucionais da separação dos poderes e da reserva legal.

Ainda, o ato combatido, segundo a impetrante, contraria o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990, segundo o qual a formalização do contrato de venda, cessão ou promessa de cessão de imóvel financiado através do Sistema Financeiro da Habitação depende da obrigatória intervenção do agente financeiro, *in verbis*:

> Art. 1º
>
> Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora. (Redação dada pela Lei n. 10.150, de 2000)

Tal dispositivo legal, porém, refere-se à formalização do contrato no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação eventualmente realizada perante a instituição financeira, conforme a esclarecedora lição de Bruno Mattos e Silva, a saber:

> Ocorre que, nos termos da Lei n. 8.004, de 14.3.1990, que regula a transferência de financiamento no âmbito do SFH, a cessão (transferência) da posição contratual do vendedor é lícita, se atendidos os requisitos legais e regulamentares, entre os quais destacamos a interveniência obrigatória da instituição financeira, que deverá assinar a escritura de compra e venda na qualidade de interveniente (art. 1º, parágrafo único). [...]

> Em geral, a instituição financeira somente concorda com a transferência do imóvel e do financiamento caso o novo comprador preencha os requisitos do SFH, tenha capacidade de pagamento e concorde em repactuar o valor da prestação, para ajustá-lo ao valor do débito. Na prática, há muitos contratos de financiamento imobiliário em que o valor da prestação está muito defasado em relação ao saldo devedor, o que poderá ser perigoso para o comprador também sob o aspecto econômico [...].
>
> Não é preciso muito esforço mental para perceber a relação que existe entre a exigência contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.004/90 (intervenção obrigatória da instituição financeira) e mencionada defasagem financeira dos contratos: o dispositivo legal tenta 'forçar' o novo comprador a repactuar o financiamento do mutuário original, mediante reajuste do valor das parcelas ao saldo devedor garantido pelo imóvel.
>
> Portanto, o adquirente não terá direito a manter o financiamento, nos termos em que foi obtido pelo vendedor, se o banco não concordar com a venda.[4]

A pressão realizada para reajustar o valor das parcelas levou ao surgimento de "uma triste e comum realidade", nas palavras do mencionado jurista, eis que:

> A solução encontrada por muitos compradores, que desejam assumir o financiamento de que dispõe o vendedor, diante a negativa da instituição financeira em anuir com o negócio, consiste em celebrar com ele um 'contrato de gaveta', ou seja, celebram por escrito um contrato de compromisso de compra e venda, mas não o registram, nem comunicam ao banco. Também são chamados de 'contrato de gaveta' os contratos de cessões de direitos [...] do compromisso de compra e venda que não pôde ser registrado.[5]

Nesse contexto:

> Juntamente com o compromisso de compra e venda, o mutuário original deve outorgar uma procuração para uma pessoa de confiança do compromissário comprador. Essa procuração deverá conter os necessários poderes para essa pessoa de confiança representar o mutuário oficial (compromissário vendedor) para a solicitação do cancelamento ('baixa') da hipoteca ou alienação fiduciária incidente sobre o imóvel e para a outorga da escritura definitiva para o compromissário comprador. Esses atos serão praticados quando o financiamento for quitado. É interessante que conste da procuração poderes para propor e constituir advogado em ações judiciais envolvendo o contrato de financiamento imobiliário.[6]

Essa forma de proceder tem sido amplamente utilizada entre particulares, sem que possa ser taxada de ilegal, e não consta que tal conduta esteja abalando o Sistema Financeiro da Habitação.

Desvantagens imediatas de tais negócios é a insegurança jurídica que acarreta para o adquirente-cessionário e a quantidade de ações que poderiam ser evitadas se houvesse publicidade a respeito da existência do "contrato de gaveta" no registro do imóvel.

Naquela que parece uma primeira experiência do legislador para minimizar a angústia característica decorrente dos "contratos de gaveta", a Lei n. 10.150, de 21 de dezembro de 2000, "permitiu, em certos casos

4 In Compra de imóveis: aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de riscos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 329-330.

5 Ibidem, p. 330.

6 Ibidem, p. 331.

específicos, a transferência do imóvel e do respectivo financiamento, nos termos do art. 17,[7] do art. 20,[8] ou da nova redação dada a dispositivos da Lei n. 8.004/90.[9] Mas isso não abarcou a maior parte dos casos."[10]

Infere-se, dessarte, que o próprio legislador tem sentido a necessidade de buscar uma solução que privilegie a realidade dos negócios jurídicos conhecidos como "contratos de gaveta".

Ressalte-se, ademais, que a iniciativa da autoridade impetrada está em sintonia com medidas semelhantes adotadas em outros Estados da Federação, de acordo com a pertinente observação de Bruno Mattos e Silva em sua obra "Compra de imóveis":

> No momento do fechamento desta 7. edição, dois Estados brasileiros, por normas administrativas da Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ), já estão permitindo a averbação dos 'contratos de gaveta' sem intervenção do agente financeiro. São eles: Rio Grande do Sul (Provimento n. 27, de 17 de setembro de 2007) e Mato Grosso (Provimento n. 37, de 16 de junho de 2008). É possível que o mesmo venha a ocorrer em outros Estados. A averbação mencionada não se confunde com o registro do contrato: os efeitos dessa averbação são apenas os de conferir publicidade aos contratos e as referidas normas expressamente afirmam

7 Lei n. 10.150/2000: "Art. 17. A partir de 12 de junho de 1998, alternativamente ao disposto no art. 2º da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990, com a redação dada pelo art. 19 desta Lei, as transferências de contratos do SFH que tenham cobertura do FCVS poderão ser efetuadas, por acordo entre as partes, mediante a assunção pelo novo mutuário de montante equivalente a setenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado pro rata die da data do último reajuste até a data da transferência, observados os requisitos legais e regulamentares da casa própria, vigentes para novas contratações, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal."

8 Lei n. 10.150/2000: "Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei. Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

9 Lei 10.150/2000: "Art. 19. O parágrafo único do art. 1º e os arts. 2º, 3º e 5º da Lei n. 8.004, de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:
'Art.1º.....
Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora.' (NR)

'Art. 2º Nos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, a transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e obrigações do contrato original, desde que se trate de financiamento destinado à casa própria, observando-se os requisitos legais e regulamentares, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal.

§ 1º Além do disposto no caput, o valor do encargo mensal para o novo mutuário será atualizado *pro rata die*, a contar da data do último reajustamento desse encargo até a data da formalização da transferência, com base no índice de atualização das contas de poupança mantidas no Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE, e acrescido da quinta parte do valor atualizado do encargo, observando que: a) o acréscimo da quinta parte do valor do encargo atualizado será integralmente direcionado à elevação da parcela correspondente à prestação de amortização e juros e, quando devida, da contribuição mensal ao FCVS; b) nos contratos enquadrados no Plano de Equivalência Salarial, instituído pelo Decreto-Lei n. 2.164, de 19 de setembro de 1984, o enquadramento na categoria profissional do novo mutuário dar-se-á a partir da data da transferência; c) na aplicação do primeiro reajuste do encargo mensal, após a transferência, nos contratos não enquadrados na alínea anterior, será compensada a atualização *pro rata die* de que trata o *caput* deste inciso.

§ 2º Nas transferências dos contratos de financiamento da casa própria que não tenham cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, e daqueles não enquadrados na Lei n. 8.692, de 1993, aplicam-se as condições previstas no *caput* e no parágrafo anterior.

§ 3º Nas transferências de que trata o *caput* deste artigo, as instituições financiadoras ficam dispensadas da observância das seguintes exigências: a) limite máximo de financiamento, desde que não haja desembolso adicional de recursos; b) limite máximo de preço de venda ou de avaliação do imóvel objeto da transferência; c) localização do imóvel no domicílio do comprador.' (NR)

'Art. 3º A critério da instituição financiadora, as transferências poderão ser efetuadas mediante assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da transferência, observados os percentuais de pagamento previstos no caput e nos incisos I, II e III do art. 5º desta Lei e os requisitos legais e regulamentares da casa própria, vigentes para novas contratações, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal.' (NR)

'Art. 5º O mutuário do SFH que tenha firmado contrato até 31 de março de 1990 com cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo FCVS poderá, no prazo máximo de um ano, liquidar antecipadamente sua dívida, mediante pagamento de valor correspondente a: I - contratos firmados até 28 de fevereiro de 1986: cinqüenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação; II - contratos firmados de 1º de março de 1986 até 31 de dezembro de 1988: sessenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação; III - contratos firmados de 1º de janeiro de 1989 até 31 de março de 1990: setenta por cento do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata die* da data do último reajuste até a data da liquidação.

§ 1º A critério do mutuário, a liquidação antecipada dos saldos devedores dos contratos firmados até 28 de fevereiro de 1986, que tenham cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo FCVS, poderá ser efetivada, alternativamente, mediante o pagamento do montante equivalente ao valor total das mensalidades vincendas, que será integralmente utilizado para amortizar o saldo devedor, inexistindo qualquer repasse para a apólice do seguro do SFH, cuja cobertura se encerra no momento da liquidação do contrato.' (NR)"

10 Silva. Idem. p. 330.

> que ela não cria qualquer direito real. E é assim porque os Provimentos não podem contrariar a lei, no caso, o mencionado art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.004/90. Na verdade, trata-se de reconhecer que a jurisprudência consolidada na Súmula n. 84 do Superior Tribunal de Justiça confere ao 'gaveteiro' proteção possessória contra terceiros, razão pela qual o 'contrato de gaveta' deve ter acesso ao registro imobiliário na forma de averbação. Assim, não é a averbação que gera o direito à proteção possessória; ao contrário: é a proteção possessória conferida pela jurisprudência que enseja a possibilidade de averbação, expressamente autorizada pelos Provimentos dos dois Estados mencionados.[11] (Sublinhei.).

Tampouco há falar em violação ao artigo 299 do Código Civil,[12] que faculta a terceiro "assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo", pois o "contrato de gaveta" estabelece obrigações apenas entre o mutuário-cedente e o adquirente-cessionário, e não entre este e a instituição financeira.

Quanto à hipótese de a instituição credora considerar a dívida vencida por antecipação e a execução do contrato, por força do artigo 1.475, parágrafo único, do Código Civil,[13] trata-se de conduta voluntária, irrelevante para a solução do litígio em análise.

Por todas essas razões, fica evidente a carência de direito líquido e certo da impetrante para se invalidar o Provimento 25/2008 CGJ-MS e todas as averbações de "contratos de gaveta" porventura realizadas.

4. Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança.

Sem honorários de advogado da sucumbência, por serem inadmissíveis em mandado de segurança.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Ass Duarte (4º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (6º Vogal)

De acordo com o relator.

11 Ibidem. p. 334.

12 Código Civil: "Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa."

13 Código Civil: "Art. 1.475. [...] Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário se o imóvel for alienado."

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

Acompanho o relator.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (11º Vogal)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 7º VOGAL - DES.LUIZ CARLOS SANTINI, APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 9º E 11º DENEGAREM A SEGURANÇA. O 8º VOGAL AGUARDA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 10º VOGAL.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (8º Vogal)

Pedi vistas dos autos para, ante a matéria *sub judice*, dizer respeito à averbação no registro de imóveis dos contratos particulares de cessão de direito sobre imóvel hipotecado para o sistema financeiro nacional, "os chamados contratos de gaveta", examinar o voto da denegação da segurança ante o disposto no artigo 22, XXV da Constituição Federal e demais disposições legais sobre Registros Públicos e Direito Obrigacional.

Tal artigo constitucional possui a seguinte redação:

> Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> XXV – registros públicos.

Pois bem, tendo o artigo 22, inciso XXV da Constituição Federal como norte, passo a examinar o fato e seus antecedentes e, assim, como fato jurídico encontro o ato administrativo Provimento n. 25, de 03 de dezembro de 2008, de autoria de Sua Excelência o Desembargador Corregedor Geral de Justiça publicado no Diário Da Justiça de 10 de dezembro do mesmo ano, o qual autoriza os serviços de registros de imóveis a lavrarem a "averbação de mera notícia" dos contratos e respectivas transferências atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação com a seguinte redação:

> Art. 1º Ficam os serviços de registro imobiliário autorizados a lavrar a **averbação de mera notícia** dos contratos e respectivas transferências atinentes a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, os chamados 'contratos de gaveta', sejam eles de promessa de compra e venda, de cessão de direitos e obrigações, de compra e venda definitiva, ou de qualquer outra denominação, formalizados por instrumento público ou particular, sendo neste imprescindível que as assinaturas dos contratantes e testemunhas estejam com firmas reconhecidas, independentemente da concordância, comunicação prévia ou qualquer intervenção do agente financiador.
>
> **Parágrafo Único**. A averbação prevista no presente provimento não tem caráter constitutivo de direito real, tendo a finalidade precípua de dar conhecimento da existência de negócio jurídico envolvendo o bem, de forma que não substitui o futuro e indispensável registro da transferência da propriedade. (os destaques são do original).

Tal ato administrativo, Provimento, foi editado após decido procedimento iniciado por um pedido de Providência do Conselho Regional de Corretores de Imóveis, consoante o Parecer n. 06/2008 e no trâmite ouviu-se o Presidente da Associação dos Notários e Registradores e a Caixa Econômica Federal; o primeiro favorável desde que não conferisse direito real e somente para conhecimento e o segundo foi contra por entender violação do disposto na Lei n. 8.004/90, em face do desvirtuamento da finalidade social do sistema social da habitação.

Assim é que, após parecer da assessoria devidamente homologado pela autoridade, com os considerando nele contido, foi editado o ato permitindo a averbação do chamado "contrato de gaveta, averbação essa sem qualquer caráter constitutivo de direito real, portanto, sem transferência de domínio, sem ser promessa de compra e venda passível de servir à adjudicação compulsória nos termos da lei, ou mesmo assunção de dívida na forma do artigo 303 do Código Civil, mas com a finalidade precípua de conhecimento da existência de negócio jurídico, consoante a própria redação do Parágrafo único do Artigo 1º, da referida resolução.

A averbação permitida pelo Provimento 25, ante a leitura do seu artigo 1º, nada mais é do que possibilitar o conhecimento de um negócio jurídico de natureza pessoal e se é dessa natureza jurídica, pois se permite até a averbação de documento particular, vide o mesmo, tenho que o sistema nacional de Registros Públicos possui, na Lei n. 6.015/73 de competência legislativa privativa e exclusiva da União, a possibilidade de Registro de negócio jurídico dessa natureza desde que não seja no Registro de Imóveis, pois conhecimento da existência de negócio jurídico é da competência de Registro de Títulos e Documentos.

Veja-se a esse respeito à redação do artigo 127 da Lei n. 6.015/73:

> Art. 127. No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição:
>
> I – dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor;
>
> Parágrafo único. Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos a outro ofício.

Veja-se, portanto, que a despeito do Ato Administrativo Provimento n. 25 de 3 de dezembro de 2008 determinar a averbação do negócio jurídico na matrícula do imóvel, criando um novo tipo de averbação no registro, novo tipo porque o inciso II do Artigo 167 da Lei n. 6.015/73 não prevê tal ato, trata-se de direito pessoal como o próprio Provimento afirma em seu artigo 4º:

> Art. 4º A averbação de mera notícia realizada conforme este provimento deverá conter, ao final do ato, a seguinte observação: A presente averbação foi lavrada nos termos do Provimento n. 25/08 CGJ/MS, e não tem caráter constitutivo de direito real, destinando-se tão somente a dar conhecimento de existência do negócio jurídico envolvendo o imóvel, de modo que não substitui o futuro e indispensável registro da efetiva transferência da propriedade do bem, que far-se-á consoante o disposto nos artigos 5º e 6º do mencionado provimento.

O Provimento em questão é um ato administrativo e como tais possuem motivos e neste lê-se: "Considerando que, conforme a doutrina dominante, o rol estabelecido no art. 167, II, da Lei dos Registros Públicos, tem caráter meramente exemplificativo, admitindo outras hipóteses que não aquelas expressamente elencadas", o que me leva a examinar o disposto no artigo 246 e seguintes da Lei n. 6.015/73 para verificar a legalidade ou não de, no Registro de Imóveis averbar-se, para mera notícia, um negócio jurídico sem qualquer efeito de direito real.

O ato administrativo aceitou a possibilidade de criar-se averbações não previstas na Lei n. 6.015, entendendo ser o disposto em seu inciso II do art. 167, meramente, exemplificativo, mas entendo que tal não ocorre, pois os casos de averbações no Registro do Imóvel lá contidos são números exatos, não admitindo extensão.

O entendimento sobre a natureza exemplificativa do inciso II, já referido, foi fundamentado no artigo 246 da Lei de Registros Públicos, no qual vem disposto: "Art. 246. Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbadas no matricula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro".

Ora, alterar o registro significa alterar o imóvel e os titulares do mesmo, bem como sua localização ou acessões físicas; subrrogações dizem respeito às garantias reais para negócios jurídicos, de forma que se averba, por hipótese, a subrrogação nos termos dos artigos 348 e seguintes do Código Civil de 2003 e tais atos por dizerem respeito ao Direito Obrigacional com garantia real, somente pode ser compreendido como alteração do credor, pois na alteração do devedor há a obrigatória concordância do credor, nunca como "mera notícia" de negócio jurídico; no mais os artigos 247, 248, 249, 250 a 257, dizem respeito a terras indígenas, indisponibilidade do bem ou alteração e cancelamento de ônus reais.

Não bastassem tais irregularidades, tenho que o art. 6º do Provimento em análise traz consigo disposição contrária ao disposto no artigo 108 do Código Civil; veja-se que o sistema jurídico, com a exceção prevista na Lei n. 9514/97, Sistema de Financiamento Imobiliário, somente permite o negócio jurídico, por documento particular, sobre direito real se o valor for inferior a 30 salários-mínimos, exigindo escritura pública para negócios jurídicos sobre imóveis acima do valor estabelecido, mas pelo disposto no referido artigo 6º poder-se-á efetuar o registro confirmatório do negócio, portanto da transmissão da propriedade com a simples apresentação da liberação hipotecária, de sorte que, como o artigo 1º do Ato Administrativo em discussão autoriza a "averbação de mera notícia" em documento particular, esse mesmo documento significará a substituição, fora do Sistema Habitacional, do documento público pelo documento particular para o negócio jurídico que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo.

Um outro ponto essencial ao deslinde da questão jurídica, diz respeito às averbações permitidas no Registro de Imóvel e, assim, importante é observar a jurisprudência pacífica em todo o território nacional sobre a decisão judicial na Cautelar de Protesto de Alienação de Bens Imóveis, a qual não admite, ante o conteúdo do artigo 167, II, da Lei de Registros Públicos, sua averbação na matrícula do imóvel; não se admite não só por causa da jurisprudência pacífica e uniforme, mas porque a lei não prevê, no mesmo inciso, tal ato no Registro do Imóvel e, em assim sendo, pode se, afirmar com absoluta certeza não ser exemplificativo as possibilidades de averbações contidas nos itens 1 a 23 do citado inciso II.

Se as possibilidades de averbações na Matrícula do Imóvel são as que constam, taxativamente no Inciso II, do artigo 167 da Lei de Registros Públicos, ilegal é a "AVERBAÇÃO DE MERA NOTÍCIA" como permitida pelo referido Provimento.

Ilegal porque cria a possibilidade, como previsto no seu artigo 5º o ato jurídico de transmissão de propriedade por documento particular, qualquer que seja o valor, em flagrante desobediência ao artigo 108 do Código Civil; ilegal porque desobedece a competência deferida ao Registro de Títulos e Documentos, consoante o disposto no artigo 127 da Lei n. 6.015/73, pois se a averbação tem "a finalidade precípua de dar conhecimento de existência do negócio jurídico", o inciso I e parágrafo único do referido 127 são absolutamente claros: "I dos instrumentos particulares, para a prova de obrigações convencionais de qualquer valor" e "Parágrafo único: Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício".

Finalmente, é absolutamente ilegal por criar uma averbação não prevista no inciso II do artigo 167, da Lei n. 6.015/73 com invasão de competência desobedecendo ao disposto no artigo 22, XXV, da Constituição Federal, como já citado e transcrito.

Por tais razões, pedindo vênia ao ilustre relator e aos que o acompanharam, concedo a segurança conforme pleiteada, sem custas e honorários.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (9º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (3º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini, Joenildo de Sousa Chaves, Atapoã da Costa Feliz e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2006.005940-3 - Jardim
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – MANIFESTAÇÃO VÁLIDA DE VONTADE – INEXISTÊNCIA DE FORMA EXIGIDA EM LEI – POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO ENTRE HERDEIROS E TERCEIROS, APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO – CONTRATO VÁLIDO – CUMULAÇÃO DE EVOLUÇÃO DAS ERAS COM MULTA CONTRATUAL – INADMISSIBILIDADE – INCLUSÃO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS, APESAR DE NÃO REQUERIDAS NA PETIÇÃO INICIAL – PREVISÃO NA LEI PROCESSUAL – SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE.

1. Comprovado que a parceira criadora participou conscientemente da negociação e chegou a efetuar o pagamento de parcelas da parceria pecuária durante largo intervalo de tempo, afasta-se qualquer alegação de vício da sua vontade e conclui-se que, sob o requisito da manifestação legítima da vontade das partes contratantes, o negócio litigioso é válido.

2. É lícito que, aberta a sucessão, os únicos herdeiros, maiores e capazes, decidam negociar com terceiros para que estes renunciem a qualquer pretensão relativa ao espólio do *de cujus*.

3. Em contrato de parceria pecuária, a cobrança da evolução das eras das reses não deve ser cumulada com a imposição de multa contratual, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

4. Embora não tenha sido formulado expressamente o pedido de pagamento das prestações vincendas da parceria pecuária, devem elas ser consideradas incluídas no petitório inicial, na medida em que não sejam pagas pela requerida enquanto durar a obrigação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Maria Lourdes Ziolkowski e dar parcial provimento ao apelo de Marlene Luzia de Oliveira, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de janeiro de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Marlene Luzia de Oliveira apela contra a sentença que, na ação de cobrança[14] que move em face de Maria Lourdes Ziolkowski, julgou procedente em parte os pedidos deduzidos pela parte autora e condenou

14 Cobrança – Ordinário n. 013.03.000123-7, distribuída em 17.1.2003 à 1ª Vara da Comarca de Jardim.

a requerida a entregar-lhe 204 (duzentas e quatro) vacas, com idade acima de 36 (trinta e seis) meses, e 255 (duzentos e cinquenta e cinco) bezerros com idade de um ano, com a respectiva evolução das eras até a data da respectiva entrega, e julgou improcedente o pedido condenatório formulado em face do chamado ao processo Roberto Ziolkowski.

Requer seja reformada a sentença, para permitir a cobrança das rendas vincendas e para permitir a cumulação da multa contratual com a evolução das eras das reses.

A seu turno, a requerida Maria Lourdes Ziolkowski também apresenta recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, a fim de decretar a nulidade do instrumento particular de parceria pecuária celebrado, ou que seja reconhecido que a dívida exigida pertence ao espólio de seu falecido pai, Sr. Ladislau Ziolkowski Filho, e, portanto, a solidariedade dos herdeiros chamados ao processo, sendo, desde logo, abatidas do débito da apelante as parcelas por ela já efetuadas.

O chamado Roberto Ziolkowski apresenta contrarrazões ao recurso interposto pela requerida Maria Lourdes Ziolkowski, pugnando pelo seu improvimento.

Por sua vez, ambas as apelantes apresentam contrarrazões aos respectivos recursos, batendo-se pelo improvimento da apelação interposta pela parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

1. Narrativa fática.

A presente ação de cobrança tem por fundamento um contrato de parceria pecuária celebrado entre a autora Marlene Luzia de Oliveira e a requerida Maria Lourdes Ziolkowski, ambas apelantes, cujo objeto são 204 (duzentas e quatro vacas), de três a oito anos de idade, celebrado com prazo de um ano, seis meses e quinze dias a contar de 15.3.1996, com término em 30 de setembro de 1997, com previsão de rendimento anual de 51 (cinquenta e um) bezerros machos, em 30.9.1996 e 30.9.1997.

A requerida postulou e teve deferido, em sede recursal, o chamamento ao processo de Roberto Ziolwoski, na condição de devedor solidário.

É incontroverso nos autos que as rendas de bezerros machos devidas em 30.9.1996 e em 30.9.1997 foram pagas em moeda corrente, e que a requerida pagou a importância de R$ 1.000,00 (mil reais) à autora, em 6.8.1998.

Todavia, deixou de restituir o plantel inicial, razão pela qual, aos 17.1.2003, a autora formulou o pedido para:

> [...] ser a requerida condenada a pagar as rendas devidas bem como entregar as 204 matrizes ao requerente, abaixo descrito, nos campos da própria Fazenda da Mata, no município de Guia Lopes da Laguna/MS: (cláusulas 7º, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª e 14ª do doc. 2).
>
> *51 bezerros machos, anelorados, com a idade de 1 (um) ano de idade, referentes ao vencimento ocorrido em 30.9.1998, já fora do prazo contratual, 30.9.1997, data em que as 204 vacas deveriam ter sido entregues ao Requerente. (atualmente com mais de cinco anos).

> *51 bezerros machos, anelorados, com a idade de 1 (um) ano de idade, referentes ao vencimento ocorrido em 30.91999, já fora do prazo contratual, 30.9.1997, data em que as 204 vacas deveriam ter sido entregues ao Requerente. (atualmente com mais de quatro anos).
>
> *51 bezerros machos, anelorados, com a idade de 1 (um) ano de idade, referentes ao vencimento ocorrido em 30.9.2000, já fora do prazo contratual, 30/09/97, data em que as 204 vacas deveriam ter sido entregues ao Requerente. (atualmente com mais de três anos).
>
> *51 bezerros machos, anelorados, com a idade de 1 (um) ano de idade, referentes ao vencimento ocorrido em 30.9.2001, já fora do prazo contratual, 30.9.1997, data em que as 204 vacas deveriam ter sido entregues ao Requerente. (atualmente com mais de dois anos)
>
> *51 bezerros machos, anelorados, com a idade de 1 (um) ano de idade, referentes ao vencimento ocorrido em 30.9.2002, já fora do prazo contratual, 30.9.1997, data em que as 204 vacas deveriam ter sido entregues ao Requerente.
>
> * 204 (duzentos e quatro) vacas com idade acima de 36 (trinta e seis) meses, objeto da parceria.
>
> * Multa contratual de 10% (dez por cento), sobre tudo o que está sendo pedido anteriormente, em reses, de acordo com a quantidade e especificações contratuais. (cláusulas 128, 138 e 148 do doc2), o que corresponde a mais 25 (vinte e cinco) bezerros machos anelorados, sendo cinco de 1 (um) ano de idade, cinco de 2 (dois) anos de idade, cinco de 3 (três) anos de idade, cinco de 4 (quatro) anos de idade, cinco de 5 (cinco) anos de idade, e 21 (vinte e uma) vacas com idade acima de 36 (trinta e seis) meses. (f. 4-5)

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes em parte apenas em relação a Maria Lourdes Ziolkowski, pois o juiz sentenciante não encontrou provada nos autos a existência de responsabilidade solidária de terceiros, notadamente do chamado, em relação ao débito objeto da cobrança, tampouco a existência de simulação ou erro substancial da requerida na celebração do contrato.

O juízo *a quo* inferiu que: a) os herdeiros de Ladislau Ziolkowski Filho reconheceram a existência de união estável entre o mesmo e a requerente Marlene Luzia de Oliveira, bem como que a mesma possuía direito a parcela dos bens que compunham o acervo hereditário, haja vista ter convivido maritalmente com o extinto por aproximadamente nove anos e haver contribuído na formação do patrimônio do casal; b) restou provado que a requerida Maria Lourdes Ziolkowski devia a seu genitor 204 (duzentas e quatro) reses, débito este remanescente de um empréstimo de 300 (trezentas) vacas por parte do falecido; c) a prova oral é conclusiva no sentido de que as 300 (trezentas) reses foram utilizadas pela requerida na compra de uma fazenda, a qual restou identificada como "Fazenda da Mara", conforme os depoimentos pessoais e do chamado e os testemunhos de Alípio Duarte, de João Geraldo Franco e do informante Luiz Jorge Ziolkowski, transcritos na sentença; d) a prova oral produzida corrobora a existência do crédito da autora junto à requerida, em virtude da transferência da dívida que esta possuía em relação a seu falecido pai Ladislau, desmerecendo por completo as alegações de simulação e erro substancial da requerida, tendo havido efetiva entrega das reses, não se cogitando na espécie a denominada "vaca papel"; e) não há responsabilidade de Roberto Ziolkowski, do espólio ou dos outros herdeiros pelo crédito da requerente, posto que não se trata de mero pagamento dos direitos relativos à união estável em favor da autora, mas sim de novação subjetiva do contrato original celebrado entre a requerida e seu genitor, onde a mesma figurava como devedora; f) na solução encontrada pelos herdeiros para a partilha dos bens, por decorrência da qual, de devedora de seu genitor, a requerida passou a ser devedora da autora, é certo afirmar que o crédito do falecido com a requerida compunha o acervo hereditário e tinha que ser quitado junto ao espólio; g) a prova produzida pela requerente a respeito da existência do crédito é fundada

em documento assinado por ambas as partes, sendo certo que a requerida não produziu provas no sentido de desconstituí-lo, não obstante lhe coubesse o ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora; h) a própria requerida admite que efetuou o pagamento das duas parcelas de rendimentos convencionadas para 30.9.1996 e 30.9.1997, admitindo tacitamente a procedência do débito junto à requerente, circunstância essa que acaba por corroborar as assertivas da autora e do chamado, no sentido de que o débito existe, é lícito e cabe unicamente à requerida o seu pagamento; i) a requerida é médica, logo, trata-se de pessoa esclarecida e que tinha plena intelecção da dívida que estava a confessar, de modo que não pode simplesmente alegar ignorância ou erro na celebração do negócio, sem produzir a prova respectiva; m) a própria requerida se contradiz quando afirma que não leu o contrato quando o assinou, mas que fez isso cerca de um mês depois, e não obstante, curiosamente, pagou os rendimentos alguns meses depois e no ano seguinte, bem como disse que chegou a realizar empréstimo junto ao Banco do Brasil S.A. para honrar plenamente o contrato, não o fazendo por ter havido desacordo sobre o valor das reses; n) logo, impõe-se o reconhecimento da relação jurídica substancial unicamente entre a autora e a requerida, a qual há de ser condenada ao pagamento do plantel de 204 (duzentas e quatro) reses previstas no contrato e que não foram entregues à autora na data convencionada; o) como a requerida não procedeu à entrega do plantel inicial na data convencionada, 30.9.1997, efetivamente são devidos os rendimentos nos anos subseqüentes, 30.9.1998, 30.9.1999, 30.9.2000, 30.9.2001 e 30.9.2001 (*sic*; leia-se 30.9.2002), como forma de recompor o prejuízo à requerente pela não devolução das reses; p) em que pese fosse admissível a condenação das rendas vencidas após a propositura da ação, não foi pedida expressamente, de modo que atentaria ao princípio da demanda qualquer decisão a esse respeito; q) é admissível a evolução das eras, como forma de remunerar a requerente pelo uso dos bezerros de sua propriedade, evitando-se o enriquecimento sem causa da requerida; r) porém, não deve ser cumulada com a aplicação da multa contratual, ou se incorrerá em *bis in idem*.

Feita essa breve narrativa dos fatos constantes no processo, passo à análise das apelações interpostas por ambas as partes em litígio, iniciando pelo recurso da parte ré, em virtude de sua prejudicialidade em relação ao recurso apresentado pela autora.

2. Apelação da requerida.

A requerida Maria Lourdes Ziolkowski apresenta recurso de apelação, sustentando ser incontroverso que o instrumento particular de parceria pecuária celebrado entre as partes foi utilizado como forma de quitar os direitos sucessórios que a autora possuía em relação ao espólio do Sr. Ladislau Ziolkowski Filho e que também é incontroverso o fato de não ter ocorrido entrega de gado algum à requerida, mas apenas obrigação pecuniária, cujo critério indexador foi a cotação em gado.

Aduz que o referido instrumento padece de nulidade absoluta, pois: a) não reveste a forma prescrita em lei, que é a habilitação em inventário judicial para fins de inclusão na partilha de bens; b) levou a requerida a responder mais do que a parte que lhe foi destinada na herança, pois lhe atribuiu a totalidade das dívidas do espólio; c) a cessão do crédito do falecido à apelada deu-se de forma fraudulenta, pois somente poderia ocorrer com o consentimento expresso de todos os herdeiros, mediante escritura pública, conforme estabelece o artigo 1.793, *caput* e § 3º, do Código Civil.

Assevera que a tese de novação subjetiva de uma dívida anterior entre o finado e a requerida, a qual teria sido transferida para a autora meeira, é absurda, primeiro, porque nunca foi alegada pela autora na petição inicial e, segundo, porque a novação nunca se presume, de acordo com o artigo 361 do Código Civil.

Acrescenta que o herdeiro e inventariante Roberto Ziolkowski, ao assinar o contrato de parceria simulado junto da autora e da ré, sonegou esta última do inventário, sendo este ato nulo, e, consoante o artigo 367 do Código Civil, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

Salienta que, se está incontroverso que a dívida cobrada pela autora era para ter sido indenizada pelo tempo vivido com o falecido Ladislau Ziolkowski Filho, o instrumento utilizado é fraudador do direito sucessório, sendo que os únicos beneficiados são a meeira autora e o inventariante Roberto Ziolkowski.

Ressalta que o conluio entre ambos se faz evidente, primeiro, quando o chamado Roberto Ziolkowski, passando a integrar o polo passivo da demanda, em vez de dirigir sua defesa contra os fatos alegados pela autora, insurge-se contra sua irmã e ré, e, segundo, quando depõe que ele e os herdeiros, com exceção da requerida, sabiam que não teriam que pagar nada à autora, posto que quem devia era a requerida, mesmo tendo reconhecido a condição de companheira do finado.

Afirma que os depoimentos da autora e do chamado ao processo não têm nenhum valor probante, devido ao interesse que ambos têm na demanda, e que, por conta do artigo 401 do Código de Processo Civil, é impossível utilizar prova exclusivamente testemunhal da dívida entre a requerida e seu pai falecido, por se tratar de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país à época.

Insiste em que, ainda que tal negócio tivesse existido, o legitimado a cobrar tais valores seria o espólio e não a requerida.

Alude à responsabilidade solidária entre os herdeiros do Sr. Ladislau em relação à dívida ora pleiteada, pois sabiam que, em verdade, a responsabilidade da dívida era deles, mas convenceram a requerida a assumir sozinha, na falsa esperança de que, depois de resolvida a "questão Marlene", iriam assumir a parte que lhes cabia.

Pois bem.

Todos os argumentos da requerida buscam invalidar o contrato celebrado entre ela e a autora, intitulado "instrumento particular de transação e de quitação de todos os eventuais direitos decorrentes de relação concubinária, com constituição de parceria pecuária" (f. 8), no qual ambas, *in verbis*:

> [...] convencionam e celebram, em caráter irrevogável e irretratável, a constituição de uma Parceria Pecuária, como forma de integral quitação de todos os eventuais direitos da Primeira Transatora [Marlene Luzia de Oliveira], decorrentes de relação concubinária mantida, se obrigando ambas as partes a respeitarem as seguintes declarações, estipulações e obrigações e sendo a Parceria ora constituída regida pelas seguintes cláusulas e condições:
>
> PRIMEIRA – Que a Primeira Transatora manteve relação concubinária com o Sr. LADISLAU ZIOLKOWSKI FILHO [...] durante aproximadamente 9 (nove) anos [...].
>
> SEGUNDA – Tendo em vista o longo e notório concubinato mantido, conforme acima reconhecido, fato que fez aflorar os laços de amizade e consideração entre a Primeira Transatora e praticamente todos os 7 (sete) filhos do Sr. Ladislau, a Segunda Transatora [Maria Lourdes Ziolkowski], na qualidade de terceira interessada e filha do falecido, mediante transação, efetivada com a plena aceitação por parte da Primeira Transatora, bem como a expressa anuência do inventariante dos bens do Espólio, manifestada ao final, resolveram encontrar uma forma de QUITAR todos os eventuais direitos decorrentes da relação concubinária mantida entre a Primeira Transatora e o Sr. Ladislau Z. Filho, mencionada na Cláusula Primeira;
>
> TERCEIRA – Com esse único propósito, a Segunda Transatora ofereceu à Primeira a entrega de 204 (duzentas e quatro) vacas solteiras, todas aneloradas, de 3 (três) a 8 (oito) anos de idade, sadias, bem nutridas, sem defeitos físicos e em bom estado sanitário e aptas para o comércio, e esta, por sua vez, resolveu aceitá-las, como forma irrevogável e irretratável de quitar o Espólio de Ladislau Z. Filho, no tocante a todos os seus eventuais direitos decorrentes do concubinato, abrangendo seus esforços, dedicação, serviços domésticos prestados, auxílios de qualquer natureza, além de todos os demais direitos, sem qualquer exceção. [...]

> QUARTA – Contudo, ambas as partes, também através de amplo entendimento, baseados na confiança recíproca e objetivando salvaguardar um rendimento à Primeira Transatora e assim propiciar um futuro melhor ao seu filho menor Jader (atualmente com 11 anos), resolveram constituir uma Parceria Pecuária, relativamente às 204 (duzentas e quatro) vacas solteiras acima especificadas, de modo que as mesmas permanecerão em poder da Segunda Transatora, a qual doravante figurará como Parceira Criadora das vacas solteiras, possuindo-as, porém, em nome e domínio exclusivo da Primeira, passando a figurar, doravante, como legítima Parceira Proprietária das 204 vacas solteiras, objeto da Parceria Pecuária ora constituída entre as partes. (f. 8-9)

Ora, a validade do negócio jurídico requer, de acordo com o artigo 82 do Código Civil de 1916, em vigor na época, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, além da manifestação livre da vontade, sob pena de nulidade ou anulação do negócio, conforme os artigos 86 e seguintes do mesmo códice.

A requerida, parceira criadora, sustenta, em síntese, que o contrato seria nulo por deixar de preencher o requisito da forma prescrita em lei ou porque não teria manifestado sua vontade de forma livre.

No tocante à manifestação de sua vontade, embora a parceira criadora tenha asseverado que o contrato foi providenciado por seu irmão Roberto Ziolkowski na cidade de Jardim e remetido para Campo Grande, apenas para a assinatura da requerida, que o teria assinado sem maiores leituras, dado à confiança que possuía em seu irmão, em nenhum momento logrou provar nos autos que tenha manifestado sua vontade de forma viciada.

Aliás, de tal assertiva, depreende-se que ela teve o contrato em mãos sem sequer sofrer alguma eventual pressão que a impedisse de manifestar livremente sua vontade, eis que eventual respeito reverencial na prática de ato não constitui motivo jurídico para sua anulação.

Por outro lado, restou demonstrado nos autos que, entre os irmãos herdeiros do Sr. Ladislau Ziolkowski Filho, incluída a requerida, houve um acordo cuja finalidade era precisamente a que consta no contrato, a saber, quitar quaisquer direitos que a autora pudesse ter em decorrência da união conjugal mantida com o falecido durante longo tempo.

Com efeito, a requerida mesma narrou que os irmãos resolveram que Roberto Ziolkowski ocuparia a função de inventariante do espólio e que este lhe sugerira efetuar o pagamento de determinada quantia à autora, a fim de mantê-la afastada do inventário, e a requerida aquiesceu com tal medida, embora afirme ter anuído de forma relutante.

Ademais, sua conduta durante a execução do contrato demonstra que efetivamente ela concordou com a avença, eis que, após assinar o instrumento no dia 15.3.1996, efetuou por duas vezes o pagamento das prestações ajustadas, a saber, o equivalente em moeda a 51 (cinquenta e um) bezerros, nos dias 30.9.1996 e 30.9.1997.

Além disso, entregou à autora, parceira proprietária, a importância de R$ 1.000,00 (mil reais) e, ao prestar depoimento pessoal, acrescentou que, *in litteris*:

> [...] tinha a intenção de entregar os valores devidos no final do contrato, inclusive realizou um empréstimo de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) no Banco do Brasil de Guia Lopes da Laguna, tinha algumas reses e também possuía algum dinheiro guardado, tudo para pagamento da requerente, sendo que não foi concretizado o pagamento em virtude de recebimento de uma comunicação da advogada da requerente, a qual dizia que cobraria o débito na justiça;[...] (f. 274-275)

Deixou, todavia, de restituir o plantel inicial de 204 (duzentas e quatro) vacas solteiras, dando ensejo à presente demanda judicial.

Assim, ao longo de um ano e meio, a requerida cumpriu o avençado, demonstrando, dessa forma, estar plenamente de acordo com a parceria pecuária contratada.

Por outro ângulo, a parceira criadora não logrou provar que o contrato estaria simulando a espécie denominada "vaca papel".

Uma vez que foi comprovado no processo que ela participou conscientemente da negociação e chegou a efetuar o pagamento de parcelas da parceria pecuária durante largo intervalo de tempo, afasta-se qualquer alegação de vício da vontade.

Conclui-se, portanto, que, sob o requisito da manifestação legítima da vontade das partes contratantes, o negócio litigioso é válido.

No que tange à forma do contrato, o argumento da requerida também não se sustenta.

De fato, a alegação de que seria nulo por não revestir a forma de habilitação em inventário judicial para fins de inclusão na partilha de bens deve ser rejeitada, pois, segundo suas próprias palavras, o contrato foi celebrado precisamente com o objetivo de afastar a autora do inventário.

É lícito que, aberta a sucessão, os únicos herdeiros, maiores e capazes, decidam negociar com terceiros para que estes renunciem a qualquer pretensão relativa ao espólio do *de cujus*, conforme se deu no caso em apreço.

Por conseguinte, o negócio jurídico litigioso preenche os requisitos legais para sua validade.

Note-se que, para a procedência da pretensão inicial, basta que se tenha por válido o instrumento de transação e parceria pecuária, sendo despicienda a discussão a respeito de novação subjetiva relativa a contrato anterior celebrado entre o falecido e a autora que, a rigor, nenhuma relevância tem para a solução da lide.

Tais razões conduzem inexoravelmente ao improvimento da apelação apresentada pela requerida.

3. Apelação da autora.

Em seu recurso, a autora argumenta que, ao contrário do exposto na sentença, inexiste *bis in idem* na cumulação da evolução das eras com a multa contratual de 10% (dez por cento), eis que a evolução das eras equivale à compensação por perdas e danos, enquanto a multa contratual constitui penalidade pelo atraso no pagamento ou pela obrigação não cumprida.

No caso vertente, a evolução das eras em caso de mora está prevista na cláusula décima quarta (f. 11) e a multa contratual na cláusula décima segunda (f. 11).

Esta Colenda Corte tem, de forma predominante, admitido a cobrança da evolução das eras das reses para compensar as perdas que o parceiro proprietário venha a sofrer e afastado a imposição simultânea da cláusula penal, por entender que acarretaria bis in idem sobre o patrimônio dos parceiros criadores.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL [...]

> RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. COBRANÇA DE RENDAS E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – INADIMPLEMENTO – MULTA CONTRATUAL – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE SUBSTITUI E ANTECIPA PERDAS E DANOS – CARÁTER INDENIZATÓRIO – BIS IN IDEM – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Estipulando as partes multa pelo inadimplemento contratual, não é possível cumulá-la com perdas e danos, sob o risco de ocorrer *bis in idem*. (AC n. 2001.005113-6, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 13.8.2001, DJ n 150, de 4.9.2001.)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – PARCERIA PECUÁRIA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – AFASTADA PRELIMINAR DE NULIDADE POR PRECLUSÃO – ILEGALIDADE DE PERDAS E DANOS POR EVOLUÇÃO DA ERA DO GADO, INCIDINDO APENAS A MULTA ESTIPULADA EM CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Quando a multa estipulada em contrato de parceria pecuária, que representa penalidade para a parte contratante inadimplente é aplicada, não pode o parceiro exigir indenização por perdas e danos relativa à evolução das eras dos animais. (AC n. 2003.012402-0, Coxim, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 26.2.2008.).

Aduz a autora recorrente que, embora a petição inicial não contenha pedido expresso relativo às rendas vincendas, impõe-se condenar a requerida a efetuar o seu pagamento, seja porque o magistrado sentenciante reconheceu a legalidade da exigência das rendas vincendas até a efetiva entrega dos animais, seja por força do princípio da economia processual, para evitar duas lides para conseguir o que pode ser obtido com apenas uma.

Nesta questão, entendo que a pretensão da autora deve ser acolhida, por força do artigo 290 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

> Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

A respeito da inclusão das parcelas vencidas durante o processo, Theotônio Negrão[1] anota que:

> 2. Não é preciso que as prestações sejam do mesmo 'quantum': basta que sejam da mesma natureza (STJ-RF 351/390; JTA 105/137, maioria; Lex-JTA 173/517).
>
> 3. 'Sendo de trato sucessivo as prestações (homogêneas, contínuas, da mesma natureza jurídica, sem modificação unilateral), enquanto durar a obrigação estão elas incluídas na sentença condenatória da ação de cobrança. Vencidas depois da condenação, liquidam-se. Novas, não precisam de nova sentença de condenação. As liquidadas por sentença formam título executivo judicial; executam-se. Após a sentença de liquidação, surgidas outras, novamente liquidam-se e se executam, sem necessidade de outra ação de cobrança com sentença condenatória' (RT 651/97).

1 NEGRÃO, Theotônio, e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 441. notas 2 e 3 ao art. 290.

No caso vertente, as prestações que estão vencendo ao longo do processo têm a mesma natureza da inicial, a saber, de rendas decorrentes do contrato de parceria pecuária.

Logo, embora não tenha sido formulado expressamente o pedido de pagamento das prestações vincendas, devem elas ser consideradas incluídas no petitório inicial, na medida em que não sejam pagas pela requerida enquanto durar a obrigação.

4. Conclusão.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, nego provimento à apelação apresentada pela requerida Maria Lourdes Ziolkowski e dou provimento em parte ao recurso interposto pela autora Marlene Luzia de Oliveira, para, reformando parcialmente a sentença, condenar a requerida a efetuar o pagamento também das prestações equivalentes a 51 (cinquenta um bezerros) que vencerem ao longo do processo, a 30 de setembro de cada ano, até a efetiva entrega à autora das 204 (duzentas e quatro) vacas solteiras mencionada na cláusula oitava do contrato litigioso (f. 10).

Quanto ao mais, fica confirmada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MARIA LOURDES ZIOLKOWSKI E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE MARLENE LUZIA DE OLIVEIRA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 12 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2006.007838-6 - Paranaíba
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – TRANSFERÊNCIAS DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E DE MEAÇÃO DE IMÓVEIS – SIMULAÇÃO NA PRIMEIRA TRANSFERÊNCIA – CARACTERIZADA – PLENO CONHECIMENTO DA SIMULAÇÃO PELA PARTE CONTRATANTE, ORA REQUERENTE – IMPOSSIBILIDADE DE A AUTORA BENEFICIAR-SE COM A PRÓPRIA TORPEZA – SIMULAÇÃO NA SEGUNDA TRANSFERÊNCIA – NÃO COMPROVADA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SIMULAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

"Constitui princípio consagrado na lei substantiva civil não poder invocar a nulidade do ato simulado aquele que o praticou, valendo-se da própria torpeza para desfazer o negócio." (STJ - REsp n. 296.064/RJ).

Para o reconhecimento da simulação, como causa invalidante do ato jurídico praticado, existe a necessidade de restar provado que as partes, em congruência de vontade, tiveram a intenção deliberada ou o conhecimento da burla levada a efeito para ludibriar ou prejudicar terceiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Rosilene Aparecida da Silva Oliveira interpõe recurso de apelação cível contra sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial da Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico que move em face de José Antônio Barbosa de Oliveira, Aline Nascimento Floriano de Oliveira, Clodoaldo Pereira Coelho, Juliana de Oliveira Verro Coelho, Francisco Evaristo da Silva, Ronivaldo Nunes da Silva, Ana Cláudia Silva Machado e Antônio Carlos da Silva.

Aduz, em síntese, que: a) acreditava ser real que a ré Aline, por meio de seu pai, estivesse adquirindo os imóveis, e que, por esta compra, a adquirente pagaria preço justo; b) o marido da apelante à época, o réu José Antônio, simulou perante ela o pagamento dos bens, a fim de que a mesma autorizasse a venda; c) é inconsistente o fundamento utilizado pela juíza, na sentença, de que a apelante tinha conhecimento da simulação, tanto que a

fez com o intuito de se safar de eventuais credores, tendo em vista que foi relatado, na ação de separação judicial do casal, que estes não possuíam qualquer dívida; d) a única pessoa que deu notícias de supostas dívidas do casal foi a testemunha José Donizete Tosseto, o qual seria amigo de José Antônio, patrão de Clodoaldo Pereira e mero conhecido da apelante, e que nunca teria convivido com o casal, afirmação, portanto, que destoaria do conjunto probatório; e) restou comprovada nos autos a animosidade do casal, tanto que existem mais de dez processos, em que a apelante busca salvaguardar direitos e recuperar prejuízos financeiros causados por José Antônio; f) a ré Aline denunciou, em seu depoimento, que foi ameaçada pelo requerido José Antônio, com o objetivo de obrigá-la a transferir os imóveis ao réu Clodoaldo, e que o pai daquela, Sr. Jair Floriano de Oliveira, disse que José Antônio é *"'temperamental', capaz de matar por dinheiro"* (f. 383); g) o seu conhecimento sobre a situação financeira de Aline já lhe autorizava a acreditar na compra e venda dos imóveis; h) não tinha acesso aos negócios do casal, visto que era José Antônio quem tomava conta deles; i) o certificado na escritura pública questionada não é verdadeiro, porque não houve o pagamento dos imóveis; j) os documentos juntados aos autos por José Antônio, com a finalidade de identificar o pagamento de dívidas, não são hábeis a comprovar as supostas dívidas, pois somente demonstram a movimentação natural de sua empresa; k) conforme o depoimento da ré Aline, o requerido José Antônio pediu ao pai da depoente que lhe emprestasse a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), para que mostrasse o pacote de dinheiro à apelante, com a finalidade de fazer com que esta acreditasse que os imóveis estavam sendo vendidos; l) exerceu e esgotou todo o ônus probatório que lhe cabia; m) as declarações de compra e venda realizadas com a ré Aline e com o réu Clodoaldo nunca representaram os negócios por eles declarado.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso, com a reforma da sentença, para declarar nulos os negócios jurídicos realizados entre a ré Aline e o réu José Antônio e entre a ré Aline e o réu Clodoaldo, voltando os imóveis em questão ao *status quo ante*.

Apenas o réu José Antônio Barbosa de Oliveira apresentou contrarrazões, em que pugna pelo improvimento do recurso, a fim de que seja mantida incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Consta dos autos que Rosilene Aparecida da Silva Oliveira e o seu marido à época, José Antônio Barbosa de Oliveira, adquiriram, verbalmente e mediante o pagamento integral do preço, os direitos hereditários e de meação que os irmãos (Ronivaldo Nunes da Silva, Antônio Carlos da Silva, Ana Cláudia Machado e Claudio Rogério Machado) e o pai (Francisco Evaristo da Silva) de Rosilene possuíam sobre os bens imóveis descritos na petição inicial, por força do falecimento da mãe da autora, Sr.ª Armelinda Nunes da Silva, comprometendo-se os alienantes a outorgarem, posterior e oportunamente, a pedido e a quem fosse indicado pelos adquirentes, a respectiva escritura pública.

Como combinado, os alienantes, no dia 7.1.2002, cederam os referidos direitos hereditários e de meação dos imóveis a Aline Nascimento Floriano de Oliveira (f. 26-7), que, por sua vez, representada por seu procurador Cleiton César Dias (f. 28), em 21.8.2002, os transferiu a Clodoaldo Coelho Pereira e s/m Juliana de Oliveira Verro Coelho, por meio de escritura pública (f. 29-30).

Ocorreu, no entanto, que Rosilene ajuizou a presenta ação declaratória de nulidade de ato jurídico contra o seu ex-marido José Antônio Barbosa de Oliveira, Aline Nascimento Floriano de Oliveira, Clodoaldo Coelho Pereira e s/m, sendo que, posteriormente, o viúvo e os demais herdeiros cedentes foram incluídos no polo passivo da ação, pretendendo que sejam anulados os negócios jurídicos realizados entre ela, José Antônio e Aline, e entre Aline e Clodoaldo, bem assim anular a procuração outorgada por Aline a Cleiton César Dias, sob

os argumentos, em suma, de que: 1) ambas as transferências foram simuladas por seu ex-marido, pois não teria havido o pagamento do preço, atitude que, segundo ela, teria sido praticada com o intuito de prejudicá-la na separação judicial do casal, cuja ação foi proposta em 2.1.2002 e encerrada no dia 28.2.2002, mediante acordo entre as partes em relação à partilha dos bens, dentre os quais não foram incluídos os imóveis em questão; 2) somente depois de separada é que soube do caráter fictício das transferências, descoberta que obteve depois de conversa com a ré Aline, a qual teria afirmado que não havia realizado a compra dos imóveis, mas apenas feito um favor ao ex-marido da autora.

Após regular processamento do feito, a magistrada *a quo* proferiu sentença, julgando improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora no pagamento dos encargos sucumbenciais, decisão que ora se recorre.

Depois de compulsar detalhadamente os autos, comungo do entendimento exposto pela Juíza, motivo pelo qual não merece reparos a sentença.

Inicialmente, vale observar que após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença "como suporte do acórdão que a confirme", nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Desse modo, para não incorrer em tautologia, transcrevem-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> Das lições supra transcritas se pode extrair, finalmente, serem três os requisitos do negócio jurídico simulado:
>
> a) uma declaração deliberadamente não conforme com a intenção;
>
> b) concertada de acordo entre as partes;
>
> c) para enganar terceiras pessoas.
>
> Ou, ainda, por Darcy Arruda Miranda: 'a) conluio entre as partes contratantes; b) o propósito de enganar terceiro ou fraudar a lei; c) a dissonância consciente entre a vontade e a declaração' (**Anotações ao Código Civil Brasileiro**, Saraiva, São Paulo, v. 1, p. 71).
>
> É incontroverso nos autos, quando da transferência dos direitos hereditários e de meação à Ré Aline, [que] não houve pagamento do preço declarado na escritura pública e/ou a transferência real e fática dos imóveis à adquirente, mas, apenas, a simulação absoluta de um negócio jurídico. Ressalte-se que não é apenas a falta de pagamento do preço que caracteriza o negócio como simulado, mas o fato, confessadamente, dos bens não terem sido transferidos, de fato, para a posse da adquirente.

[...]

Assim, tem-se que a escritura pública de f. 26-27, em realidade, espelha um negócio jurídico sem qualquer eficácia jurídica porquanto absolutamente simulado na medida em que não produziu e foi celebrado para não produzir qualquer efeito entre as partes contratantes.

Vencida a questão acerca da simulação desta primeira transação, torna-se imperioso investigar e identificar a razão pela qual o negócio jurídico foi praticado e, no caso em tela, ainda, se a Autora dela tinha conhecimento e, consequentemente, se concorreu conscientemente para a anulabilidade do ato quando assinou a escritura pública de transferência de direitos hereditários e de meação para a Ré Aline (f. 26-27).

Pois bem, alguns pontos isolados e identificados durante a instrução levam-me a concluir que não só a Autora sabia se tratava de ato jurídico absolutamente simulado como a razão pela qual estava sendo praticado.

Em 28 de fevereiro de 2002, foi decretada, nos autos n. 018.02.000336-3, a separação judicial consensual de Rosilene e José Antonio (f. 22-23), mediante a homologação da avença por eles celebrada, com a assistência de seus respectivos advogados, acerca da partilha dos bens que, segundo declararam, compunham o patrimônio do casal à época, listados na respectiva petição inicial (f. 14-15), sem impugnação pelo cônjuge virago, dentre os quais não foram incluídos os imóveis em questão ou o produto de sua transferência anterior para a Ré Aline, em 7 de janeiro de 2002.

Obviamente, desconhecesse a Autora o caráter simulado da dita transferência, teria pleiteado a inclusão do preço da alienação no rol dos bens componentes do patrimônio do casal e exigido sua partilha entre os cônjuges. Não o fez porque sabia não ter havido pagamento e/ou alienação dos imóveis, mas, apenas, sua transferência formal para o nome de terceiro a fim de colocá-los a salvo de credores.

A última testemunha inquirida, José Donizete Tosetto, afirmou [que] sabia do caráter simulado da transferência feita à Aline, assim como que o ato jurídico celebrado foi produto de um engenho entre os cônjuges, Rosilene e José Antônio, com a finalidade de resguardar os imóveis das dívidas que possuíam à época.

[...]

De outro lado, não obstante separados judicialmente, Rosilene e José Antonio, contrariando a alegada animosidade reinante durante o processo de separação, continuaram a viver juntos, tanto que toda a família, o casal e suas três filhas, mudaram-se para a cidade de Goiânia/GO, onde conviveram, como se ainda casados fossem, até junho de 2002 (informação extraída dos autos n. 018.02.004612-7 de ação ordinária para a anulação de ato jurídico promovida pela Autora contra os Réus José Antônio, Clodoaldo e Juliana, em trâmite perante este mesmo juízo).

Em seu depoimento pessoal, a Autora confessou conhecer Aline e seu pai anteriormente à lavratura e assinatura da escritura pública de transferência dos direitos hereditários e de meação (f. 287-288), não podendo, portanto, negar, sabia, ao menos superficialmente, qual eram as condições financeiras da suposta adquirente, tanto que tinha conhecimento de que a mesma trabalhava na loja do pai, conseqüentemente, sem economia e fonte de renda própria (f. 296).

Note-se que a assertiva feita pelo informante Jair Floriano de Oliveira, no sentido de que teria, a pedido de José Antônio, mostrado à Autora, quando da assinatura da primeira escritura pública, a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) como forma de convencê-la da veracidade da transferência dos direitos sobre os imóveis à Ré Aline, colide frontalmente com a própria versão narrada na petição inicial, segundo a qual não teria havido qualquer pagamento, pesando sobre o escrivão substituto, inclusive, a acusação de ter certificado um pagamento que não houve e/ou foi feito na sua presença. Ora, ou a Autora foi iludida com a exibição da referida quantia e o escrivão substituto certificou, com razão, o pagamento feito na sua presença, ou não houve qualquer pagamento e/ou exibição de dinheiro naquela ocasião. Tenho que a segunda hipótese coaduna-se melhor com a conjuntura delineada na instrução.

Conjugados os fatos expostos até então é que, como fiz constar anteriormente, concluo tinha a Autora pleno conhecimento de que a transferência dos direitos sobre os imóveis à Ré Aline não passava de ato simulado com a única finalidade de por a salvo os imóveis das dívidas que o casal possuía à época. Conseqüentemente, assiste razão aos Réus quando defendem a impossibilidade da Autora obter judicialmente a anulação deste ato jurídico porquanto para ele concorreu, conscientemente, com o intuito de prejudicar terceiros (credor(es)), sendo-lhe defeso por norma legal expressa beneficiar-se da própria torpeza (cf. art. 104 do Código Civil/1916 vigente à época dos fatos).

Simulação maliciosa 'é a que envolve o propósito de prejudicar terceiros ou de burlar o comando legal, viciando o ato, que perderá a validade, sendo anulado. Os contratantes nada poderão alegar ou requerer em juízo quanto à simulação do negócio, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiro'(Maria helena Diniz, ob. cit., f. 255).

[...]

Ad argumentandum, mesmo que assim não o fosse e se concluísse pelo caráter inocente da confessa e incontroversa simulação, ainda restaria íntegro aquele primeiro ato jurídico, pelo qual os direitos hereditários e de meação foram transferidos à Ré Aline, pois, nesta hipótese (simulação inocente), quando não há a intenção de prejudicar terceiros, a simulação não é considerada defeito (cf. Art. 103 CC/1916).

Inocente a primeira simulação, na hipótese aventada no parágrafo anterior, deveria o Juízo prosseguir na análise das provas colacionadas aos autos para, então, eventualmente, anular o segundo ato jurídico, aquele que importou na transferência dos direitos hereditários e de meação da Ré Aline para ao Réus Clodoaldo e Juliana. Melhor sorte, neste tópico, não acompanharia a Autora.

Antes de mais nada, ressalto ser impositiva a resposta negativa à pretensão de Rosilene em ver anulado o instrumento público de procuração outorgado por Aline a Cleiton César Dias (f. 28), com base no qual esta terceira pessoa assinou, na qualidade de mandatário daquela, a segunda escritura pública (f. 29-30), transferindo os direitos sobre os imóveis a Clodoaldo e Juliana. Primeiro, porque terceira pessoa, outorgado, não foi chamado para integrar o polo passivo da presente ação, na qualidade de litisconsorte necessário e, segundo, porque nenhum vício, formal ou material, foi alegado em relação ao dito instrumento que recomende-lhe a anulação.

Desenvolvendo o exercício mental iniciado em relação ao segundo ato jurídico taxado de anulável (f. 29-30), inegável, conquanto tenha afirmado e defendido a ausência de pagamento como sendo a prova determinante do caráter simulado do negócio jurídico, não desincumbiu-se a Autora do ônus probatório que lhe impõe a lei (cf. art. 333, inciso I, CPC).

Ao discorrer acerca da prova da simulação, Silvio de Salvo Venosa, nos ensina que '[...] é ampla a possibilidade de o juiz valer-se de indícios para pesquisar a simulação. [...] É importante, para concluir pela simulação, estabelecer um quadro, o mais completo possível, de indícios e presunções. São indícios palpáveis para a conclusão positiva de simulação: parentesco ou amizade íntima entre os contratantes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente; o fato do adquirente não ter declarado na relação de bens, para o Imposto de Renda, o bem adquirido' (ob. cit, f. 567).

Ao transportar valioso ensinamento ao caso em tela, verifico quão tênues e singelas são as questões e fatos suscitados e apontados pela Autora para prova da simulação desta segunda transação (f. 29-30). Durante toda a instrução, o que se verificou foi, na verdade, uma inversão de fato do ônus probatório, porquanto apenas os Réus se preocuparam em fazer prova do pagamento e da licitude do negócio jurídico enquanto a Autora limitou-se a refutar, genericamente, as evidências e a presunção de veracidade emanada do instrumento público.

Constando do instrumento público em questão, expressamente, a referência ao pagamento integral do preço e a quitação outorgada pela cedente de direito, Aline Nascimento Floriano de Oliveira, e sendo neste mesmo sentido a assertiva de um dos cedentes de fato, José Antônio, exigia-se da Autora a produção de provas cabais e robustas não apenas em relação ao alegado não pagamento do preço, mas, também, conforme lições doutrinárias acima, da presença dos requisitos do ato simulado, quais sejam, a) uma declaração deliberadamente não conforme com a intenção; b) concertada de acordo entre as partes; e c) para enganar terceiras pessoas.

Note-se, não há, dentro dos limites da lide, definidos na petição inicial, alegação de preço vil, de amizade íntima entre os contratantes, capaz de indicar conluio entre eles ou mesmo de que os bens não tenham sido transferidos de fato para a posse do Réu adquirente. Ao contrário, em resposta às indagações que lhe foram feitas pelo advogado da Autora, Clodoaldo demonstrou conhecer as áreas adquiridas e já tê-las percorrido, tanto que as disse cercadas e não teve sua narrativa sequer contestada (f. 291).

[...]

Em verdade, ao que tudo está a indicar, ambas as transações foram adrede combinadas entre os cônjuges, na intenção de colocar os imóveis a salvo dos credores, mediante sua transferência para o nome de terceira pessoa e, posteriormente, pagas as dívidas, transferi-los, efetivamente, para outrem, com o recebimento do preço. O fato de, eventualmente, o preço desta segunda e efetiva venda não ter sido partilhado entre os ex-cônjuges, por si só, não seria suficiente para anular o negócio jurídico encerrado na escritura pública de f. 29-30, pois, à margem da existência de indícios de que a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) paga por José Antônio à Rosilene (f. 137), poucos dias após a transferência dos bens à Clodoaldo, referia-se à meação desta nos imóveis, descontadas as dívidas do casal, deveria a Ré buscar ressarcir-se diretamente com o ex-marido e não pleitear a anulação de ato jurídico, ao que tudo está a indicar, perfeito e acabado.

Ademais, tivesse o Réu José Antônio, verdadeiramente, a intenção de lesar a Autora na separação do casal, não teria indicado e convencionado a partilha dos bens que descreveu na petição inicial daquele feito (f. 293-294), mas subtraído-os ao conhecimento do Juízo. Observe-se, tivesse agido desta forma, sem dúvidas, a conduta maliciosa seria apontada pelo cônjuge virago que, se não o fez, ou seja, não apontou a omissão acerca dos imóveis em questão ou do preço referente à venda dos mesmos no rol daqueles a serem partilhados, assim agiu ciente da simulação e da transação contratada com o marido em relação ao destino que lhes seria dado.

> Seja como for, tudo está a indicar, relacionadas ambas as transferências a um acordo feito entre Rosilene e José Antônio, cuja finalização não se deu exatamente como teriam previsto em decorrência do advento de verdadeiros desentendimentos entre o casal e que os levou a separarem-se de fato, após o terem feito judicialmente e com finalidade escusas.
>
> Não é por outra razão que a simulação só pode ser reconhecida como causa invalidante do ato jurídico praticado, se restar devidamente provado que as partes em congruência de vontade, tiveram a intenção deliberada ou conhecimento, da burla levada a efeito para ludibriar ou prejudicar terceiros. Ausente esta prova, improcede a pretensão inicial (art. 333, inciso I, CPC). (f. 363-70). - Destaques no original.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a anulação da decisão recorrida ou a modificação da conclusão do juízo *a quo*. A insurgência da apelante não resiste aos fundamentos utilizados na sentença que, de forma exaustiva, bem examinou os limites da lide, devendo, portanto, ser mantida a decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Apenas para reforçar a conclusão do Juízo, colaciono alguns julgados a respeito das matérias ora discutidas, *in verbis*:

> Constitui princípio consagrado na lei substantiva civil não poder invocar a nulidade do ato simulado aquele que o praticou, valendo-se da própria torpeza para desfazer o negócio. (STJ, REsp n. 296.064/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 4.9.2003, DJ 29.3.2004 p. 245).
>
> A parte contratante não pode alegar a ocorrência da simulação para beneficiar-se da própria torpeza, uma vez que tal vício exige para a sua configuração o conluio dos contratantes para prejudicar terceiros. (TJMS, AgRg em AC n. 2006.000190-7/0001.00, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 20.3.2006).
>
> No mérito, não restando provada a fraude ou simulação que teriam induzido os requeridos a erro ou vício de vontade, é válido o contrato de compra e venda produzindo efeitos para ambos contratantes. (TJMS, AC n. 2004.009248-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 22.8.2005).

Em razão do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.014911-0 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO RESIDENCIAL – IMÓVEL DE MADEIRA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ APENAS EM CASA DE ALVENARIA – CLÁUSULA QUE COLOCA O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA – AUSÊNCIA DE VISTORIA – DIREITO DE INFORMAÇÃO – NÃO OBSERVADO – MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO COMPROVADA – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Um dos princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, estampado em seu art. 6º, inciso III, é o dever de informação adequado e claro sobre os diferentes produtos e serviços colocados à disposição do consumidor.

A cláusula contratual de seguro que exime de cobertura os sinistros ocorridos em residência de madeira coloca o consumidor em desvantagem exagerada, uma vez que restringe o direito fundamental inerente à natureza do citado contrato, qual seja, a proteção do patrimônio do segurado – Inteligência do art. 51, IV c.c. o seu § 1º, II, da Lei Consumerista.

Deve ser presumida a boa-fé do segurado, ante a ausência de comprovação de sua má-fé quando da celebração do negócio jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Zurich Brasil Seguros S.A. interpõe recurso de apelação cível - ordinário em face da sentença que, nos autos da ação de cobrança promovida por Cristiane Pinheiro de Souza Salgueiro, julgou procedente o pedido inicial para condenar a apelante do pagamento do prêmio de R$ 47.500,00 (quarenta e sete mil reais) a título de indenização securitária, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês.

Preliminarmente, alega carência de ação em razão de que o imóvel incendiado foi substituído, através de doações, por um imóvel de alvenaria. Ainda, alega a prescrição do direito de ação, em razão de que a autora

ingressou com a ação em 20.11.2007 visando o recebimento de indenização securitária, em decorrência do sinistro ocorrido em 22.4.2006.

No mérito, sustenta em apertada síntese, que consta expressamente no bilhete de seguro e nas condições gerais do contrato que a cobertura somente se realizará nos imóveis construídos totalmente de alvenaria.

Ainda, aduz que não restou comprovada a existência de bens quando da ocorrência do sinistro, ficando patente a finalidade de enriquecimento ilícito por parte da apelada, o que é vedado no ordenamento jurídico.

Argumenta que o apelado deixou de cumprir com o seu dever de prestar declarações verdadeiras e completas, ao omitir que o imóvel segurado era de madeira, não fazendo jus ao direito de indenização.

Quanto aos juros aplicados na condenação, argumenta que foi a própria apelada quem deu causa ao tardio ingresso da demanda, não podendo ser penalizada em razão disso.

Ao final, requer provimento ao recurso, minorando ainda o ônus da sucumbência para 10% sobre o valor da condenação.

Às f. 259-268 seguem as contrarrazões do recurso de apelação, onde a apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Zurich Brasil Seguros S.A**.** interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença que, nos autos da ação de cobrança promovida por Cristiane Pinheiro de Souza Salgueiro, julgou procedente o pedido inicial para condenar a apelante do pagamento do prêmio de R$ 47.500,00 (quarenta e sete mil reais) a título de indenização securitária, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês.

Analisando primeiramente a preliminar argüida de prescrição, verifica-se que a própria apelante formulou documentação ("relatório de regulação de sinistro) – em 22 de abril de 2007 (f. 94-107), ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 206, inciso II, alínea "b", do Código de Processo Civil. Ainda, há de se ressaltar que a própria seguradora apelante apresentou declaração feita pela apelada onde resta indubitavelmente comprovada a comunicação da ocorrência do sinistro dentro do prazo legal (f. 112). Portanto, não há que se falar em prescrição no presente caso.

Passado isto, como a preliminar de carência de ação se confunde com o mérito, será analisada conjuntamente.

Adentrando a mérito, cinge-se a controvérsia em saber se a seguradora está ou não obrigada ao pagamento de indenização pelo incêndio ocorrido na residência do apelado, já que a cobertura do seguro referia-se apenas a imóvel de alvenaria e a casa sinistrada era de madeira.

Primeiramente, vale ressaltar que o contrato formalizado entre as partes é típico de adesão, aplicando-se ao caso as normas contidas na lei consumerista.

Desse modo, não obstante a cláusula contratual excluir a cobertura por danos decorrentes em residência de madeira, denota-se da avença que não foi observado um dos direitos básicos do consumidor, previsto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o direito à informação.

Com efeito, preceitua o referido preceito:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

A respeito da matéria, o Professor Luiz Antônio Rizzato Nunes, *in* "**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**", Editora Saraiva, 2000, p. 113-114, assevera que:

> O dever de informar é princípio fundamental na Lei n. 8.078, e, junto ao princípio da transparência estampado no caput do art. 4º, traz uma nova formatação aos produtos e serviços oferecidos ao mercado.
>
> Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.
>
> Trata-se de um dever exigido antes mesmo do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela.
>
> O princípio da transparência, como vimos, está previsto no caput do art. 4º, e traduz a obrigação de o fornecedor dar ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato que está sendo apresentado.
>
> Assim, da soma dos princípios, compostos de dois deveres – o da transparência e o da informação –, fica estabelecida a obrigação de o fornecedor dar cabal informação sobre seus produtos e serviços oferecidos e colocados no mercado, bem como das cláusulas contratuais por ele estipuladas.

No caso vertente, é claro que o apelado não foi esclarecido acerca das cláusulas contratuais do seguro, porque é impossível alguém contratar um seguro residencial de imóvel de alvenaria, quando possui um de madeira, visto que não teria nenhum benefício na contratação.

Soma-se a isso que a mencionada cláusula estabelece uma obrigação que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, já que restringe um direito fundamental inerente à natureza do contrato, qual seja, a proteção do seu patrimônio, decorrendo daí que é nula de pleno direito, conforme dispõe o art. 51, inciso IV, c.c. o seu § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Em questão análoga, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> É abusiva, e portanto nula, a cláusula do contrato de seguro que exclui cobertura à "casa residencial de madeira", eis que a seguradora aceita seguro que sabe nunca terá de suportar, gerando ônus excessivo para a parte contratante que paga o prêmio por uma cobertura inexistente" (TJSC; AC n. 2003.002067-5, Porto Belo, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Julgado em 21.3.2003) (Publicado no DVD Magister n. 18 - Repositório Autorizado do STJ n. 60/2006 e do TST n. 31/2007).

Por outro lado, afasta-se a alegação de que houve omissão por parte do apelado ao deixar de manifestar que o imóvel segurado era construído de madeira, visto que caberia à recorrente (seguradora) ter efetuado a vistoria prévia no imóvel segurado antes de formalizar o negócio jurídico, porque é ela a responsável pela vistoria do objeto segurado.

Acresça-se ainda que, quando o recorrido estava proporcionando lucro para seguradora, depositando todo mês o valor do prêmio, o objeto do contrato era passível de cobertura, porém, ao ocorrer o sinistro e no momento de cumprir com sua obrigação, a seguradora passou a entender que o imóvel segurado não fazia *jus* à indenização, o que configura um contra-senso desfavorável ao consumidor, pois, somente a empresa de seguros estaria sendo beneficiada.

Em face de tudo isso, não há falar que houve ofensa ao princípio da boa-fé por parte do apelado, ao ter omitido que o imóvel segurado era de madeira, mesmo porque a boa-fé é presumível, devendo sim, a má-fé ser comprovada, o que efetivamente não aconteceu nos autos.

Sobre a matéria, trago à colação alguns julgados:

> [...] - Para legitimar a recusa ao pagamento da seguradora, não basta a seguradora alegar má-fé por parte do segurado. Deve, sim, provar cabalmente sua ocorrência. Caso contrário, é inafastável sua obrigação de repassar o prêmio do seguro ao beneficiário. (TJSC, AC n. 97.010945-8, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Vanderlei Romer, julgado em 10.3.1998).

> [...] - Se se presumir má-fé do segurado somente pela resposta negativa ao questionário da proposta do seguro, poder-se-ia afirmar também má-fé da seguradora ao aceitar o seguro, expedir a apólice, receber os respectivos prêmios, sem intenção ou obrigação de pagar a indenização correspondente. A correção monetária tem início a partir da data do sinistro. (TJSC, AC n. 39.245, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. José Bonifácio, julgado em 11.8.1992).

Ainda, sob a alegação de que não restou comprovada a existência de bens quando da ocorrência do sinistro, ficando patente a finalidade de enriquecimento ilícito por parte da apelada, também não merece guarida.

Isto porque, analisando os autos verifica-se na Certidão de Ocorrência n.. 359/CBM/2006, expedida pelo Corpo de Bombeiros de Campo Grande (f. 8-115), constatou-se o dano na casa segurada, bem como perda total de todos os bens que a guarneciam.

Dessa forma, tenho que agiu corretamente o magistrado singular ao condenar a recorrente (seguradora) a indenizar o apelado pelo sinistro sofrido, uma vez que a seguradora não conseguiu eximir-se da obrigação.

Por essas razões, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.034046-5 - Aquidauana
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE ÁREA E REGISTRO – ERRO MATERIAL – EXCESSO DE ÁREA – TERRA DEVOLUTA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS QUE COMPROVAM A INEXATIDÃO NUMÉRICA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS – DIVISAS QUE NÃO FORAM ALTERADAS – ARTIGOS 1.247 DO CC E 212 E 213 DA LEI N. 6.015/73 – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio, desde que não acarrete prejuízo a terceiro, conforme dispõem os artigos 1.247 do Código Civil, 212 e 213 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

União Federal, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de retificação de área e registro, proposta por Lacides Jorge Meneghel e outros, interpõe o presente recurso, objetivando a sua reforma.

Sustenta o apelante que o requerimento formulado, que se diz voltado a mera retificação de registro imobiliário, na verdade possui escopo de aquisição originária de excesso de área, que, por estar localizada dentro de faixa de fronteira, pertence à União.

Alega ainda que sobrevindo controvérsia dominial, o procedimento retificatório se mostra inadequado, maculando a sentença por erro *in procedendo*, porquanto foi proferida em afronta à literalidade do que dispõe o § 6º, do artigo 213 da Lei n. 6.016/73.

Afirma que a sentença combatida não observou o pressuposto processual da competência, uma vez que o juízo estadual é absolutamente incompetente para decidir sobre interesse jurídico da União.

Por fim, aduz que nem uma fase instrutória sumária foi desenvolvida e que não foi oportunizado à apelante a proposição de provas necessárias, cerceando seu direito de defesa.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que a sentença seja anulada, proferindo-se decisão meramente terminativa do processo retificatório.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer (f. 272-277) onde opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela União Federal contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de retificação de área e registro, proposta por Lacides Jorge Meneghel e outros.

Tenho que não assiste razão à apelante.

Conforme consta nos autos, pretendem os apelados a retificação da área do imóvel denominado Fazenda Vista Alegre que, de acordo com as matrículas n. 942, 7.215, 7.372 e 7.373, possui uma área de 1.377 hectares e 2.241 metros quadrados. No entanto, após a realização de perícia técnica de planimetria, verificou-se que o imóvel possui uma área de 1.648 hectares e 3.128 metros quadrados, conforme documentos de f. 44-47, 72, 102 e 103.

É sabido que o registro está intimamente ligado à propriedade imobiliária, por ser declaração pública do domínio e dos direitos reais sobre coisas alheias, portanto ele deve sempre estar adequado à situação preexistente.

A retificação do registro imobiliário está prevista no art. 1.247 do Código Civil e artigos 212 e 213, da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos), que assim dispõem:

> Art.1247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.
>
> Art. 212. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio.
>
> Art. 213. A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro.

Nesse caminho, da análise dos documentos carreados ao autos, o que se observa é que a diferença existente no registro imobiliário em nada beneficiará os apelados, nem tampouco prejudicará os lindeiros, visto que não há qualquer aumento físico no imóvel, porquanto não há alteração das divisas, há apenas um erro material no registro, sendo a ação de retificação totalmente cabível para o caso.

A respeito leciona Washington de Barros Monteiro:

> O registro não é imutável e intangível. Se não exprime a realidade jurídica ou a verdade dos fatos, comporta modificação mediante pedido do prejudicado e com audiência dos interessados. Os art. 213 e 216 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, disciplinam tais retificações. Se se trata de simples engano na tomada das indicações constante do título, como divergência em nome das partes, erros de metragem ou de localização, lapsos de referências etc., a retificação processa-se administrativamente, através de requerimento do interessado, desde que não haja possibilidade de prejuízos para terceiros (art. 213). Mas, se fundamental a alteração, não bastará aludido processo administrativo, extinguindo-se então ação contenciosa de natureza real e rito ordinário, com citação obrigatória de todos os interessados (art. 216). (*in* **Curso de Direito Civil,** vol.III, 31. ed.- São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 444).

Portanto, diante da clareza do erro, dúvidas não resultam de que o registro em comento merece ser retificado em relação a diferença da área do imóvel, já que tal correção não acarreta prejuízo a terceiros, nem resulta em alteração de divisa ou aumento de área, conforme previsão legal.

Por outro lado, também não prosperam as alegações da apelante de que o imóvel em questão está situado em faixa de fronteira.

Sobre esse assunto, utilizo-me de trecho da bem fundamentada sentença como razões de decidir (f. 217-218):

> Da mesma forma, a União deixou de carrear ao processo qualquer comprovação mínima de que a área de excesso mencionada na prefacial encontra-se situada dentro da área denominada de faixa de fronteira a que se referem dos Decretos-Lei n. 1.164/39 e 1.968/40.
>
> Sequer um mapa foi colacionado aos autos pela União Federal, capas de demonstrar o seu legítimo interesse nas terras descritas pelos autores, em especial que a propriedade encontra-se dentro ou mesmo próxima da faixa de fronteira supra mencionada.
>
> Assim, por não haver um mínimo de evidência de que o excesso de área mencionado na inicial possa ser pertencente ao Estado de Mato Grosso do Sul ou à União Federal, as impugnações por eles improcedem.

Ademais disso, sabe-se que a remessa para as vias ordinárias se faz necessária apenas quando, através de impugnação, for preciso o exame de questão de alta complexidade sobre a matéria de fato, a ser esclarecida pela produção de novas provas, o que, *in casu,* não ocorre, pois, como dito anteriormente e conforme demonstrado documentalmente, faz-se necessária apenas a retificação de uma inexatidão numérica, não havendo alteração nas divisas, inexistindo, portanto, prejuízo a terceiros.

Verifica-se da jurisprudência que se fixa a necessidade da retificação, em havendo erro de metragem, que não altera divisas que poderiam prejudicar a terceiros. Vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – NÃO CONFIGURADO – EXCESSO DE ÁREA – FAIXA DE FRONTEIRA – POSSIBILIDADE – EXCESSO DENTRO DAS DIVISAS DO IMÓVEL RETIFICADO – DECISÃO MODIFICADA – RECURSO PROVIDO.
>
> [...]

> Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio, desde que não acarrete prejuízo a terceiro, conforme dispõem os artigos 212 e 213 da Lei n. 6.015-73 (Registros Públicos). (TJMS, AC n. 2001.009019-8, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 1º.12.2003).

Assim, escorreita a sentença prolatada pelo magistrado singular, a fim de fazer constar a medida exata da terra existente, pois a retificação pretendida não constitui direito, apenas declara uma situação existente.

Por tais razões, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.002582-7 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO REJEITADA – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DO EMPREENDIMENTO, AUSÊNCIA, NA APÓLICE, DE CÓPIA AUTENTICADA DO CONTRATO DE EMPREITADA FIRMADO ENTRE O CONDOMÍNIO E A CONSTRUTORA-TOMADORA, BEM COMO FRAUDE – CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO GARANTIA SEM RESSALVA DE QUALQUER ESPÉCIE – APLICABILIDADE DA "TEORIA DO RISCO" – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB) – POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DIRETA PERANTE O SEGURADO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CAUÇÃO OFERECIDA PELO CONDOMÍNIO-APELADO – QUESTIONAMENTO ACOBERTADO PELA PRECLUSÃO – "RELATÓRIO DE REGULAÇÃO DO SINISTRO" – DOCUMENTO ELABORADO UNILATERALMENTE – CONTÉUDO NÃO ABSOLUTO – PREJUÍZO SOFRIDO PELO AUTOR – DESCONSTITUIÇÃO – ÔNUS DAS RÉS – ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DO RÉU IMPROVIDO E DO AUTOR PROVIDO.

Embora reproduzidas, no recurso, grande parte das teses defendidas na peça contestatória, deve ser conhecido o apelo que traz fundamentação suficiente para combater a sentença.

Celebrado o contrato de seguro garantia sem ressalva de qualquer espécie, não podem as seguradoras se esquivarem do pagamento da cobertura contratada, pois caberia a elas, antes da contratação, realizarem prévia fiscalização a fim de aferir a regularidade de toda a documentação apresentada, inclusive a situação financeira da contratante.

O Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), nas ações em que se objetiva o recebimento de seguro, assume a condição de litisconsorte necessário quando responsável por determinado percentual da quantia reclamada, sendo perfeitamente possível a sua condenação direta perante o segurado.

Por ser matéria acobertada pela preclusão, não pode o Tribunal apreciar questionamento sobre a idoneidade e suficiência da caução oferecida no curso do processo.

O "relatório de regulação do sinistro" não pode servir de parâmetro absoluto para aferir os valores referentes aos chamados "recebíveis", pois, tratando-se de documento elaborado unilateralmente, caberiam às seguradoras a demonstração de que o montante apresentado em tal documento corresponde à realidade.

Não se desincumbido as seguradoras do ônus da prova de que o prejuízo sofrido pelo autor é inferior ao pleiteado, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, ficam elas obrigadas a pagar a integralidade do valor constante da apólice.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao apelo do Condomínio do Edifício Forest Houses e negar provimento ao recurso de IRB - Brasil Resseguros S.A., nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

O Condomínio do Edifício Forest Houses, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido urgente de antecipação parcial da tutela que move em desfavor da Sulina Seguradora S.A. e IRB – Brasil Resseguros S.A., interpõe o presente recurso de apelação cível no qual sustenta, em apertada síntese, que ao ser fixada a indenização, o magistrado sentenciante tão-somente levou em consideração as informações prestadas pelo credor dos valores "recebíveis", ou seja, a tomadora do seguro, Terra Nova Empreendimentos.

Acrescenta que os "recebíveis" da empresa tomadora são imprestáveis para diminuir o prejuízo do condomínio, pois não se reverteram ou se reverterão em seu benefício, primeiro porque tais créditos nunca foram cedidos e, segundo, porque todos foram praticamente recebidos pela Terra Nova Empreendimentos em forma de permuta em obras de sua propriedade.

Finalmente, também ao fundamento de que o custo da obra é muito superior ao valor apresentado às f. 8 em virtude do aumento considerável no custo da construção civil, bem como da degradação e depreciação do empreendimento, pugna o apelante pelo conhecimento e provimento do recurso para, reconhecendo a inexistência dos créditos (recebíveis), condenar as rés ao pagamento total do valor contido na apólice, devidamente atualizado desde a negativa, nos termos do contido na petição inicial.

IRB – Brasil Resseguros S.A. também interpõe recurso de apelação no qual assevera que: o empreendimento objeto do seguro-garantia padece de irregularidade desde o princípio, uma vez que suas unidades foram vendidas aos adquirentes sem ter sido realizada a devida individualização legal, prevista no art. 32 da Lei n. 4.591/64; o condomínio-apelado ainda não existia formalmente ao tempo em que o contrato foi celebrado, somente vindo a constituir-se quatro meses depois de firmado o contrato; outra irregularidade diz respeito à ausência, na apólice, de cópia autenticada do contrato de empreitada firmado entre o condomínio e a construtora-tomadora; a construtora-tomadora do seguro já se encontrava em avançado estágio de sinistralidade à época da contratação; por força do Comunicado Ditec 003/2003, as transações imobiliárias realizadas por meio de dações em pagamento, permuta e similares, devem ser resseguradas, obrigatoriamente, sob a modalidade de resseguro facultativo, e não obrigatório; o segurador constitui o único devedor do segurado, uma vez que sua obrigação decorre diretamente do contrato de seguro, sendo certo que a obrigação da resseguradora advém do contrato firmado entre esta e a seguradora Sulina; não havendo a comprovação da quitação do pagamento efetuado pelo segurador ao segurado, não pode a resseguradora reembolsar a seguradora e muito menos ser demandada diretamente pelo segurado; a caução oferecida pelo Condomínio-apelado é completamente inidônea e insuficiente para exercer a função que lhe é atribuída; o magistrado *a quo* se equivocou ao fazer incidir o desconto de R$ 85.725,93, correspondente à indenização já paga ao condômino Rui Saravi, somente na parte

da indenização imputada à seguradora Sulina, sendo certo que tal valor deveria ser descontado do montante da indenização; o apelado sucumbiu em parte substancial da demanda, o que atrai a incidência do art. 21 do Código de Processo Civil.

Pleiteia, ao final, I) seja a sentença integralmente reformada, uma vez inexistir a obrigação de reembolsar o segurador no caso de constatação, pelo ressegurador, de irregularidades no contrato, nem tampouco obrigação direta do ressegurador perante o beneficiário do seguro; II) subsidiariamente, seja a caução oferecida pelo apelado substituída por outra, de modo a garantir a restituição da quantia depositada, bem como seja o valor referente à indenização já paga ao condômino Rui Savari descontada do valor da indenização, condenando-se o apelado ao pagamento das custas e honorários, uma vez que sucumbiu em parcela significativa da demanda.

O autor apresentou contrarrazões às f. 1357-1375, nas quais suscita preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade ao argumento de que o recurso aviado é uma cópia da peça de contestação. No mérito, bate-se pelo improvimento do apelo.

A IRB – Brasil Resseguros S.A., por sua vez, contrarrazoou o recurso do autor às f. 1380-1387, pugnando pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Cuida-se de duas apelações cíveis, a primeira interposta pelo Condomínio do Edifício Forest Houses e, a segunda, pela IRB – Brasil Resseguros SA, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido urgente de antecipação parcial da tutela que aquele move em desfavor da Sulina Seguradora S.A. e desta, cuja sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para condená-las ao pagamento de R$ 87.493,60 (oitenta e sete mil, quatrocentos e noventa e três reais e sessenta centavos) e R$ 3.291.171,14 (três milhões, duzentos e noventa e um mil, cento e setenta e um reais e quatorze centavos), respectivamente, devendo sobre tais valores incidir atualização pelo IGPM a partir da data da negativa de pagamento (22.12.2005), mais juros de mora de 12% ao ano a partir da citação, até o efetivo pagamento.

Preliminar - não conhecimento do recurso:

O autor suscita preliminar de não conhecimento do apelo ao argumento de que houve violação ao princípio da dialeticidade em razão de a peça recursal se tratar de mera cópia da peça contestatória.

Com efeito, apesar de reproduzidas, na apelação, grande parte das teses defendidas em sede de contestação, a recorrente trouxe fundamentação suficiente para combater a sentença proferida em sentido contrário ao que foi sustentado na resposta, preenchendo, a meu sentir, o requisito esculpido pelo art. 514, II do Código de Processo Civil.

Neste sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO AO ART. 514, II DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA COMBATER A SENTENÇA. REGULARIDADE FORMAL VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Apesar de reproduzidos, na Apelação, os fundamentos defendidos na exordial, estes trazem fundamentação suficiente para combater o julgado

> monocrático, proferido em sentido diametralmente oposto à tese sustentada, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. 2. Agravo Regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag n. 1134811/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 28.9.2009).
>
> PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – CÓPIA DA CONTESTAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS – NÃO-OCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA. O fato de copiar a contestação nas razões recursais somente leva à aplicação da dialeticidade se o recorrente não ataca a decisão recorrida; na espécie, embora haja pontos copiados da contestação, a financeira logrou êxito em apontar o suposto erro judicial. [...]. (TJMS, AC Ordinário n. 2008.020942-0, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 29.7.2008).

Rejeito, por tais motivos, a preliminar suscitada.

Mérito:

Diante da prejudicialidade do recurso aviado pela IRB – Brasil Resseguros S.A. frente ao que foi interposto pelo autor, analiso-o em primeiro lugar.

Inicialmente, no que diz respeito às alegações de irregularidade do empreendimento, ausência, na apólice, de cópia autenticada do contrato de empreitada firmado entre o condomínio e a construtora-tomadora, bem como fraude praticada pelas tomadoras ou pelos beneficiários, caberia às seguradoras rés, antes da contratação, realizarem prévia fiscalização a fim de aferir a regularidade de toda a documentação apresentada, inclusive a situação financeira da contratante.

Dessa forma, celebrado o contrato de seguro sem ressalva de qualquer espécie, não podem as seguradoras a esta altura esquivarem do pagamento da cobertura contratada, sob pena de se beneficiarem de ato negligencial delas.

A propósito, válidas são as considerações esposadas pelo magistrado sentenciante que, nesta oportunidade, valho-me como acréscimo às minhas razões de decidir:

> Está amplamente consagrado na doutrina e jurisprudência, que no âmbito das relações securitárias, a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada pela seguradora. No caso dos autos, os requeridos não fizeram prova da alegada fraude praticada, pelas tomadoras ou pelos beneficiários e são insuficientes para demonstrá-la, os documentos juntados com as contestações (f. 368-718 e 720-741).
>
> Cumpria as seguradoras ter realizado a prévia fiscalização da saúde financeira da tomadora, recusando a contratação ou elevando o valor do prêmio. Poderia, ainda, ter rescindido o contrato, anteriormente à ocorrência do sinistro. Ocorre que nenhuma destas providências foram tomadas pelos requeridos. Ao contrário, receberam regularmente o prêmio correspondente à cobertura, legitimando, desta forma, ainda que tacitamente, os contratos celebrados, obrigando-se, de conseqüência, pelo pagamento da indenização estipulada.
>
> Entendo de somenos importância o fato de que à época da contratação o condomínio beneficiário ainda não se encontrava juridicamente constituído, até porque, os requeridos não negam que o condomínio requerente já existia de fato, tendo sido regularizado posteriormente.
>
> Também não procede a alegação de fraude pela ausência da cópia autenticada do contrato de empreitada, firmado entre o tomador Terra Nova Empreendimentos e o segurado, ora autor, porquanto, trata-se de documento que deveria ter sido exigido no momento da celebração da

> avença, até porque, é crível que referido contrato tenha sido utilizado, inicialmente, pela Seguradora Sulina e, posteriormente pelo ressegurador IRB, para estabelecer o valor da indenização devida em caso de sinistro e, porque não, do prêmio a ser pago pelo beneficiário e ressegurada.
>
> Acolher-se a alegação das contestantes significa desconsiderar o princípio secular de direito de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza. (f. 14-15).

Com efeito, as empresas de seguro, ao colocarem seus serviços à disposição, devem tomar todas as medidas necessárias para que a prestação seja efetivada da melhor forma possível a fim de não frustrar a expectativa do consumidor.

Ademais, pela "teoria do risco", assume a seguradora o risco de sua atividade, havendo o dever de indenizar o segurado se não realizou antes estudo objetivando averiguar a aptidão do contratante para firmar o contrato.

Com relação à responsabilização direta do apelante, o acerto da decisão combatida também é inequívoco, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Instituto de Resseguros do Brasil, nas ações em que se objetiva o recebimento de seguro, assume a condição de litisconsorte necessário quando responsável por determinado percentual da quantia reclamada, sendo, portanto, perfeitamente possível a sua condenação direta perante o segurado.

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. IRB. CABIMENTO. Consoante jurisprudência sedimentada nesta Corte, a posição do Instituto de Resseguros do Brasil, nas ações relativas à cobrança de seguro, é de litisconsorte necessário, quando participe em percentual da soma reclamada, podendo responder diretamente ao segurado. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado, DJ 23.11.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO - INCÊNDIO - CONFIGURAÇÃO - COBERTURA - IRB - POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA - LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DO RESSEGURO. O aplicador do Direito, ao formar sua convicção, deve se ater aos fatos alegados e provados em juízo, não havendo que se falar em reforma da decisão quando foi dada a solução mais coerente com o contexto probatório dos autos. A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de admitir que o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), responda diretamente perante o segurado até a importância pela qual se responsabilizou. [...]. (TJMG, AC n 1.0708.03.003896-0/001, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Min. Elias Camilo, julgado em 12.11.2008).

Em outro aspecto, afirma o apelante que a caução oferecida pelo Condomínio-apelado é completamente inidônea e insuficiente para exercer a função que lhe é atribuída. Ocorre que tal questionamento, por óbvio, encontra-se acobertado pela preclusão, não mais comportando discussão pela via recursal em apreço.

Também não merece prosperar a alegação de que o magistrado *a quo* se equivocou ao fazer incidir o desconto de R$ 85.725,93 (oitenta e cinco mil, setecentos e vinte e cinco reais e noventa e três centavos) correspondente à indenização já paga ao condômino Rui Saravi somente na parte da indenização imputada à seguradora Sulina, pois se foi esta quem efetuou o pagamento, por óbvio o desconto tem que incidir sobre o restante ainda devido por ela.

Apreciado o recurso da ré, passo ao exame do apelo aviado pelo autor, no qual objetiva a reforma da sentença para condenar as recorridas ao pagamento total do valor contido na apólice, devidamente atualizado desde a negativa, nos termos do pedido inicial.

Para tanto, alega que ao ser fixada a indenização, o magistrado sentenciante tão-somente levou em consideração as informações prestadas pelo credor dos valores "recebíveis", ou seja, a tomadora do seguro,

Terra Nova Empreendimentos. Também, diz que os "recebíveis" da empresa tomadora são imprestáveis para diminuir o prejuízo do condomínio, pois nunca se reverteram ou se reverterão em seu benefício, primeiro porque tais créditos jamais foram cedidos e, segundo, porque todos foram praticamente recebidos pela Terra Nova Empreendimentos em forma de permuta em obras de sua propriedade.

Dessa forma, objetiva o autor que a condenação ocorra levando-se em conta o valor da garantia contido na apólice, ou seja, R$ 4.101.153,18 (quatro milhões, cento e um mil, cento e cinquenta e três reais e dezoito centavos), desconsiderando-se, para todos os efeitos, "os recebíveis".

Da leitura da sentença recorrida, o magistrado sentenciante vale-se dos seguintes fundamentos para determinar a condenação das rés ao pagamento da indenização securitária no valor de R$ 3.464.390,68 (três milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, trezentos e noventa reais e sessenta e oito centavos):

> [...]
>
> Assim, tomando-se em consideração o prejuízo correspondente ao valor estimado na inicial para o término da obra (f. 8), ou seja, R$ 7.622.981,93 (f. 08) e as conclusões constantes do "Relatório de Regulação do Sinistro" (f. 380-419), indicando que o Condomínio autor possui recebíveis (permutas, imóveis, dinheiro) no valor de R$ 4.158.591,25 (quatro milhões, cento e cinqüenta e oito mil, quinhentos e noventa e um reais e vinte e cinco centavos), o prejuízo efetivo deve ser reduzido à R$ 3.464.390,68 (três milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, trezentos e noventa reais e sessenta e oito centavos), em 22.12.2005, considerando-se a data da negativa da Seguradora Sulina (f. 714-715).
>
> [...] (f. 1134-1135).

Feitas estas considerações, vislumbro que, a meu sentir, razão assiste ao Condomínio recorrente.

Como é sabido, tratando-se de seguro-garantia, a Companhia Seguradora obriga-se a completar à sua custa a obra ou a pagar ao segurado o necessário para que seja transferido a terceiros a conclusão ou a realize diretamente. O que se garante, no caso, é a integral execução do contrato pelos meios e modos que as circunstâncias exigirem, quer pela realização substitutiva, quer pelo pagamento do custo restante ao segurado, para que esta recontrate ou conclua o que o contratado originário deixou inacabado.

No caso, o juiz *a quo* vale-se do "relatório de regulação do sinistro" (f. 380-419) para concluir que do valor estimado para o término da obra (R$ 7.622.981,93 – sete milhões, seiscentos e vinte e dois mil, novecentos e oitenta e um reais e noventa e três centavos), deve-se subtrair o valor dos "recebíveis" (R$ 4.158.591,25 - quatro milhões, cento e cinqüenta e oito mil, quinhentos e noventa e um reais e vinte e cinco centavos), ou seja, os saldos devedores e os outros valores ainda por receber pela venda de unidades residenciais em estoque.

Ocorre que, a meu ver, o mencionado "relatório de regulação do sinistro" não pode servir de parâmetro absoluto para aferir os valores referentes aos recebíveis, pois, tratando-se de documento elaborado unilateralmente, caberiam às seguradoras o ônus da prova de que o montante apresentado pela Consist Seguros de fato corresponde à realidade.

Sendo assim, se o autor pleiteia a integralidade da apólice, competiria às rés a comprovação de que o prejuízo do Condomínio é inferior ao esboçado na peça exordial.

A respeito do *onus probandi*, Antônio Cláudio da Costa Machado anota que:

> A alegação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor [...] pressupõe, no plano lógico, a admissão implícita ou explícita pelo réu do fato constitutivo. Eis o motivo por que incumbe ao réu provar o que alegou. Não provado este, v.g., que houve pagamento (extintivo), novação (modificativo) ou exceção do contrato não cumprido (impeditivo), procedente será julgado o pedido (*allegare nihil ET allegatum nom probare paria sunt*) (**Código de Processo Civil Interpretado**, 4. ed., Ed. Manole, p. 419).

Na mesma vertente da orientação doutrinária trilhada, trago à colação o seguinte aresto:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE SEGURO. O demandante cumpriu seu ônus, demonstrou a ocorrência do sinistro, bem como trouxe aos autos os três orçamentos lançados por firmas idôneas. A seguradora, entretanto, apenas trouxe o relatório de regulação de sinistro, elaborado de forma unilateral. Cabia, de fato, à seguradora o ônus da prova de que o prejuízo sofrido pelo autor era efetivamente inferior ao menor orçamento apresentado, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil. Não tendo se desincumbido de tal ônus, resta obrigada a indenizar o valor pretendido pelo autor. Apelo provido. (TJRS, AC n 70011693546, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Ney Wiedemann Neto, julgado em 24.11.2005).

Por outro lado, não se tem prova de que os valores a receber, sejam os provenientes da venda dos imóveis disponíveis, sejam os bens recebidos a título de permuta, que perfazem a quantia de R$ 830.781,38 (f. 400), foram ou serão revertidos em favor do Condomínio, sobretudo levando-se em conta que a Tomadora tem outros empreendimentos inacabados.

Dessa forma, vislumbro que a indenização securitária deverá ser paga no valor integral da garantia, ou seja, R$. 4.101.153,18 (quatro milhões, cento e um mil, cento e cinquenta e três reais e dezoito centavos), devendo-se deste montante ser descontado tão-somente o valor de R$ 85.725,93 (oitenta e cinco mil, setecentos e vinte e cinco reais e noventa e três centavos) pago ao condômino Rui Saravi.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto pela IRB – Brasil Resseguros S.A. e nego-lhe provimento. Quanto ao apelo interposto pelo Condomínio do Edifício Forest Houses, dele também conheço e dou-lhe provimento para estabelecer que o montante da indenização perfaça o valor integral constante da apólice, deduzindo-se tão-somente a quantia paga ao condômino Rui Saravi, nos termos da sentença recorrida, que fica mantida quanto aos seus demais aspectos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO APELO DO CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO FOREST HOUSES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A., NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.004285-4 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – EMBARGOS DE DEVEDOR – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO, SEM ANUÊNCIA DO FIADOR – IMPERTINÊNCIA DA MATÉRIA SUSCITADA NA VIA DOS EMBARGOS – COISA JULGADA – ART. 474 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade do fiador no contrato de locação definida no processo de conhecimento como sendo até a entrega das chaves é matéria acobertada pelo manto da coisa julgada, que não pode ser suscitada na via estreita dos embargos de devedor, nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de janeiro de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

César Batista Tabosa não se conformando com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos embargos de devedor opostos em desfavor de Daniel Silva interpõe o presente recurso de apelação, sustentando, em síntese, que somente é lícito ser cobrado do fiador o que é devido pelo período determinado da locação, não se admitindo prorrogação de obrigação proveniente da continuidade do contrato locatício sem manifestação expressa do mesmo.

Acrescenta que é parte ilegítima para figurar na lide, haja vista serem os valores cobrados inerentes a períodos posteriores ao contrato de locação por prazo determinado em que foi prestada a fiança.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja declarada a sua ilegitimidade passiva ou, assim não entendendo, seja reformada a sentença para restringir suas obrigações pela garantia prestada no período compreendido entre 27 de maio de 1998 a 26 de maio 1999.

Contrarrazões às f. 46-55.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por César Batista Tabosa nos autos dos embargos de devedor opostos contra Daniel Silva, em que se questiona a validade da cláusula do contrato de locação que prevê a responsabilidade do fiador por débitos posteriores ao prazo determinado de 12 (doze) meses, ou seja, até a efetiva entrega das chaves, diante da prorrogação entre o locador e locatário do pacto locatício.

Em que pese o alegado pelo embargante, toda a matéria trazida a lume deveria ter sido suscitada no processo de conhecimento. É que superado este momento e constituído o título executivo judicial, opera-se a preclusão dos questionamentos abordados, inclusive os de ordem pública, só se podendo discutir, em sede de embargos, as hipóteses restritas do disposto no então art. 741 do Código de Processo Civil, antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.232/05.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco disserta que:

> As causas extintivas ou modificativos do direito do exequente só comportam exame nos embargos à execução quando supervenientes à sentença (art. 741, inc. VI). Quando o título judicial empregado pelo exequente é uma sentença civil condenatória passada em julgado, questioná-la seria infringir a autoridade da coisa julgada; o caminho adequado para desconstituí-la é a ação rescisória e nada mais. (**Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, p. 656).

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MATÉRIA ACOBERTADA PELA COISA JULGADA. 1. A preclusão impede que, no processo de execução judicial, sejam alegadas matérias superadas pela resolução final, razão por que a Lei é clara no sentido de que, no cumprimento da decisão somente é possível suscitar-se matérias supervenientes à sentença. 2. A titularidade do crédito, por força do pagamento reconhecido pela sentença, impede que seja rediscutida a questão sob o pálio da legitimidade para a execução, porquanto a questão não é formal, mas material e inerente à própria relação material. 3. O art. 741, III, do CPC, ao permitir que os embargos à execução fundada em sentença verse sobre a ilegitimidade das partes, refere-se aos arts. 566 a 568 do Diploma Processual. Isto porque eventual nulidade processual ocorrida no processo de conhecimento, mesmo que absoluta - salvo aquela relacionada a vício na citação - torna-se inatacável em sede de embargos à execução, porquanto houve sentença com trânsito em julgado, confere-lhe a imutabilidade inerente à autoridade da coisa julgada. 4. Deveras, é cediço na Corte que a alegação relativa à ilegitimidade da parte no processo cognitivo é defesa em sede de embargos à execução fundada em sentença, posto encontrar-se acobertada pelo manto da coisa julgada. (Precedentes: REsp n. 361758/SP, DJ de 21.5.2007; REsp n. 554.346/RS, DJ 27.11.2006; REsp n. 667.557/RS, DJ 19.5.2005; AgRg no REsp n. 541.374/RS, DJ 3.11.2004) 5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 871.166/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13.11.2008).

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VÍCIO DE ORDEM PÚBLICA OCORRIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRANSMISSÃO À FASE EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. [...]. 1. Vícios, ainda que de ordem pública, ocorridos no processo de conhecimento, não têm o condão de transpor a autoridade da coisa julgada e irradiar efeitos na fase de execução. Precedentes. [...] 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 695.445/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.5.2008).

Com efeito, passando em julgado a sentença proferida na ação de despejo por falta de pagamento, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, a efetuarem o pagamento dos aluguéis, IPTU, água e luz, vencidos desde fevereiro de 2000 até a entrega das chaves, qualquer discussão acerca da legitimidade passiva do executado em sede de embargos de devedor é inviável diante da imutabilidade da coisa julgada, nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 12 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.010995-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÕES CÍVEIS – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ABORDAGEM FEITA POR POLICIAIS MILITARES – AGRESSÃO FÍSICA – LESÕES DE NATUREZA LEVE E GRAVE – PERFURAÇÃO POR DISPARO DE ARMA DE FOGO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE ESTATAL POR AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – *QUANTUM* – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO DESEMBOLSO – LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS MORATÓRIOS EM 6% AO ANO ATÉ 29.6.2009 – LEI N. 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009 – DANOS MORAIS REDUZIDOS – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O ARBITRAMENTO – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AJUSTADOS – RECURSOS CONHECIDOS – APELAÇÃO DOS AUTORES IMPROVIDA – APELAÇÃO DO ESTADO PROVIDA EM PARTE – PARCIAL RETIFICAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Raphael Rique Urbieta e outro e dar parcial provimento aos apelos do Estado de Mato Grosso do Sul e ao reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Raphael Rique Urbieta, Diego Rique Urbieta e Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença, proferida nos autos da ação de Indenização que o primeiro e o segundo recorrentes movem em face do terceiro, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial.

A sentença, ao reconhecer o dever de indenizar do Estado de Mato Grosso do Sul, em decorrência da exacerbada conduta comissiva de agentes da Polícia Militar que ocasionou graves lesões aos autores, condenou o réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, fixando a reparação por despesas com tratamento de saúde no importe de R$ 901,02 (novecentos e um reais e dois centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV a partir do evento danoso, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, e, a título de danos morais, determinou o pagamento de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) ao autor Raphael e

de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao requerente Diego, acrescidos de correção monetária, pelo mesmo índice, a partir da sentença, e juros de mora de 1%, a partir do evento danoso.

Irresignados, os autores aviam o presente recurso objetivando a majoração dos valores fixados a título de indenização por danos morais e de honorários advocatícios, ao passo que o Estado de Mato Grosso do Sul recorre, pugnando pela redução da referida indenização e pela aplicação da taxa de juros moratórios no patamar máximo de 0,5% ao mês, a partir da citação, por se tratar de condenação imposta à Fazenda Pública.

Também recorre, de ofício, o juízo singular, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contrarrazões às f. 556-573 e 583-590.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Raphael Rique Urbieta, Diego Rique Urbieta e o Estado de Mato Grosso do Sul interpõem recursos de apelação cível objetivando a reforma da sentença que condenou o último apelante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais aos primeiros, sendo recorrente, também, o Juiz de primeiro grau, que o faz *ex officio*.

Examino, conjuntamente, os recursos obrigatório e voluntário.

O pleito indenizatório, que ora se discute, originou-se de conduta praticada por policiais militares, os quais, após terem sido solicitados para conter o ânimo de um grupo de jovens que estava a ouvir música em alto volume no posto de gasolina localizado na Av. Mato Grosso com a Rua 25 de Dezembro – nesta capital, procederam à abordagem dos indivíduos, entre os quais se encontravam os apelantes Raphael e Diego, e acabaram por exceder em suas ações ao atuarem de forma desproporcional ao grau de resistência que encontraram, ocasionando lesão física de natureza grave em Raphael, consistente em ferimento por arma de fogo, e lesões de natureza leve em Diego, resultando em escoriações e hematomas, sem prejuízo da ofensa moral e psicológica gerada.

No caso em exame, tenho que o magistrado singular agiu com o costumeiro acerto ao condenar o Estado de Mato Grosso do Sul à reparação dos danos causados pelos policiais militares. Ocorre que o dever de indenizar do réu encontra-se evidenciado, na medida em que a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos, nas hipóteses de conduta comissiva, é objetiva, ou seja, independente de apuração de culpa, bastando que se façam presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

Corroborando tal entendimento, transcrevo trecho da brilhante lição trazida por Celso Antônio Bandeira de Melo, em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros editores, 2009, p. 1000-1001:

> Na primeira hipótese - o Estado gera o dano, produz o evento lesivo - entendemos que é de aplicar-se a responsabilidade objetiva. A própria noção de Estado de Direito postula esta solução. [...] O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém.

Nesse contexto, reputo estarem devidamente comprovados os pressupostos da responsabilidade objetiva estatal nos autos, quais, sejam a conduta comissiva lesiva dos policiais militares, o dano causado aos autores e o nexo de causalidade existente entre eles.

A conduta dos agentes estatais é fato incontestável, tendo sido provado, através de laudos periciais e de depoimentos, que, de fato, houve agressão física mútua entre os policiais e os autores, bem como que houve o disparo de arma de fogo de um dos policiais, vindo a ferir gravemente o autor Raphael, e violando a integridade física dos jovens. "Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial." (Bandeira de Melo, Celso Antônio, op. cit., p. 1001).

Por sua vez, os danos materiais, consistentes em despesas com aquisição de medicamentos e tratamentos das lesões físicas, restaram comprovados mediante notas fiscais colacionadas aos autos, sendo patente, ainda, que também houve ofensa à honra e à integridade física e psicológica dos autores, com a dor experimentada pelos mesmos, o risco de vida corrido, bem como pelo constrangimento e vergonha suportados diante dos fatos presenciados por inúmeras pessoas e amplamente divulgados na mídia local e regional.

Não se olvidando que os danos sofridos foram gerados pela conduta exacerbada dos policiais envolvidos e não se vislumbrando a ocorrência de qualquer hipótese que poderia excluir a sua responsabilidade, como por exemplo, a culpa exclusiva da vítima não resta dúvida de que da conduta dos agentes estatais surgiu o dever de indenizar do Estado.

Assim, passando-se à fixação do *quantum* indenizatório devido aos autores, tenho que os documentos trazidos aos autos a fim de se comprovar os valores desembolsados com aquisição de medicamentos e outros materiais médico-hospitalares (f. 22-29), representam meio hábil e suficiente para demonstrar o importe indenizatório devido. As despesas noticiadas revelam pertinência com a data do evento danoso, com o tipo de lesões ocasionadas e período de tratamento das mesmas, constituindo, pois, prova dos valores a serem ressarcidos a título de danos materiais.

No tocante à indenização por danos morais, a fixação de seu *quantum* consiste em matéria que deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na Lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrada pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme o caso concreto.

Analisando os argumentos lançados pelos apelantes, tenho por escorreita a afirmação no sentido de que deve a indenização acarretar diminuição no patrimônio do lesionador, de modo a sancioná-lo pelo ato lesivo praticado e desestimulando-o a reincidir na prática da conduta. Na busca desse objetivo, o importe fixado precisa se revelar razoável e proporcional ao poder econômico do ofensor, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à função penalizadora da indenização. Quanto ao tema, vale acrescentar, ainda, a lição trazida por Américo Luís Martins da Silva, em sua obra "**O dano moral e a sua reparação civil**", RT, 2005, p. 62:

> No entanto, a função expiatória da compensação, para muitos, não tem por objetivo apenas punir o culpado, mas faz parte de um complexo pedagógico para o desenvolvimento das relações sociais, tal como no caso da aplicação de uma multa de trânsito.

Por outro lado, é incontestável que a indenização jamais pode se converter em fonte de enriquecimento sem causa da vítima, vindo esta a se beneficiar com o recebimento de importe superior ao que realmente lhe é devido. O valor indenizatório deve exercer o caráter satisfatório ao ofendido, acalmando o sentimento de vergonha, raiva ou até mesmo de vingança ante a conduta do ofensor que lhe ocasionou lesão à honra e à sua integridade física e moral, sem, contudo, propiciar vantagens indevidas, o que levaria à caracterização daquilo que a doutrina denominou de "indústria do dano moral", com a fixação de indenizações absurdas e desproporcionais às ofensas experimentadas.

Nesse contexto, é imprescindível que o julgador, no momento da fixação do *quantum* a ser indenizado, pondere a equação penalidade-satisfação, levando em consideração uma série de outros fatores que sobre ela exercem influência, tais como a posição social e econômica das partes, o grau de culpabilidade do ofendido e as consequências do ato danoso. No caso em análise, verifica-se que se trata de demanda envolvendo o Estado de Mato Grosso do Sul e jovens estudantes universitários que litigam estranhamente sob o pálio da justiça gratuita, face à situação econômica que gozam e que é de domínio público, tendo, de um lado, havido a atuação de força policial motivada pelo comportamento dos próprios autores, conforme revela o depoimento de testemunhas, e de, de outro, a ação dos agentes estatais de forma desproporcional ao conflito instaurado. Ainda, quanto às consequências dos fatos, restaram comprovadas as lesões físicas causadas aos autores, de natureza leve e grave, sendo que o autor Rafael sofreu risco à vida e ficou incapacitado para as ocupações habituais por mais de trinta dias, tendo sido o ocorrido divulgado na mídia local e regional. As questões de ordem criminal são palco de outra esfera jurisdicional.

Assim, diante das considerações lançadas, no que tange aos danos materiais, deve ser mantida a condenação imposta pela sentença de primeiro grau, a qual fixou o montante indenizatório em R$ 901,02 (novecentos e um reais e dois centavos), corrigidos pelo IGPM-FGV desde a data do desembolso (quando ocorreu o efetivo prejuízo) e acrescidos de juros de mora desde a citação, ressalvando-se, entretanto, que este último encargo deverá incidir na taxa de 6% ao ano, desde a data em que se tornaram devidos até 29.6.2009, data da entrada em vigor da Lei n. 11.960, quando então serão aplicados os mesmos índices da caderneta de poupança. Cabe ressaltar, acerca da constitucionalidade do art. 1.º-F da Lei n. 9.494/97, anteriormente às alterações introduzidas recentemente, que entendeu o Supremo Tribunal Federal que "os débitos da Fazenda Pública, como regra, são fixados em 6% ao ano, a exemplo do que se dá na desapropriação, nos títulos da dívida pública e na composição dos precatórios. Portanto, não há discriminação, muito menos discriminação arbitrária entre credores da Fazenda Pública". (RE-AgRg 466832/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 27.3.2007, DJ 4.5.2007, p. 85).

Quanto aos danos morais, após as considerações e análise do conjunto probatório, considerando-se ainda, que se vive uma época de criminalidade altíssima, e que o chamado à polícia nem sempre se resume a uma "simples confusão causada por euforia e bebida", como parece ter sido o caso, reputo apropriada a fixação indenizatória no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao autor Rafael e a manutenção do importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao autor Diego, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV a partir deste acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescidos de juros moratórios a serem computados a partir do evento danoso nas taxas percentuais acima aplicadas, uma vez que tais valores, diante das peculiaridades do caso concreto, atendem adequadamente o caráter punitivo-satisfativo da indenização, sem que se converta em estímulo à reiteração da conduta lesiva ou em fonte de enriquecimento desmotivado dos ofendidos.

Por fim, considerando que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), arbitrado pela sentença para os honorários advocatícios, revela-se exorbitante, procedo a nova fixação dos mesmos em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Conclusão:

Ante o exposto,

- conheço do recurso interposto por Rafael R. Urbieta e Diego R. Urbieta, mas nego-lhe provimento;

- conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe parcial provimento para reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais ao autor Rafael Urbieta para a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e também para determinar que os juros moratórios aplicáveis à Fazenda Pública incidam na taxa de 6% ao ano desde a data em que se tornaram devidos até 29.6.2009, data da entrada em vigor da Lei n. 11.960, quando então serão aplicados os mesmos índices da caderneta de poupança

- conheço do recurso obrigatório e retifico parcialmente a sentença de primeiro grau para determinar que a correção monetária da indenização por danos materiais ocorra a partir da data do efetivo prejuízo (data do desembolso dos valores) e para fixar os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE RAPHAEL RIQUE URBIETA E OUTRO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E AO REEXAME NECESSÁRIO, 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. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.018534-3 - Caarapó
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO C/C COM DANOS MATERIAIS E MORAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* – REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO APÓS APOSENTADORIA – SEM POSSIBILIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 37, § 10º – PAGAMENTO DE SALÁRIO DESDE A DATA DA EXONERAÇÃO – INDEVIDO – EXONERAÇÃO COM BASE LEGAL – HORAS EXTRAS TRABALHADAS – NÃO COMPROVADAS – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há como acumular proventos de aposentadoria com salário de cargo ou função pública, nos termos do art. 37, § 10º da CF/88. Não ficando provado os fatos alegados, não há falar em indenização por dano moral.

AGRAVO RETIDO – DEMONSTRAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO DE SALÁRIO DO APELANTE – IMPOSSIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O ônus de provar o alegado compete ao autor, nos termos do art. 333, I do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Welando Ovídio propôs ação de reintegração c/c danos materiais e morais, com pedido de tutela antecipada em caráter liminar inaudita altera pars contra o Município de Caarapó-MS, pleiteando ser recolocado no cargo de vigia da Prefeitura Municipal e a condenação do requerido ao pagamento dos prejuízos materiais que lhe causou decorrentes do não recebimento das 24.400 horas extras trabalhadas nos últimos 05 anos, totalizando R$ 102.168,00 e por danos morais o valor de R$ 15.000,00, decorrentes de sua demissão ilegal e carga horária excessiva.

Às f. 461-462, Welando Ovídio interpôs agravo retido requerendo a determinação ao Município de Caarapó, para que sejam exibidos todos os recibos de salários referentes a toda a vigência do contrato de trabalho mantido, para demonstrar a jornada de trabalho no período noturno. Referido agravo foi contrarrazoado às f. 467-468.

Superados os trâmites processuais, adveio sentença, onde o juiz *a quo* decidiu, *in verbis:*

> Ante o exposto e por tudo mais que dos autos constam, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I do CPC. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em favor do advogado do requerido em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) na forma do art. 20, § 4º, do CPC, cujas exigências ficam condicionadas, por ser beneficiário da justiça gratuita. Transitada em julgado, arquive-se com as cautelas de estilo. P.R.I.

Inconformado, Welando Ovídio interpôs Recurso de Apelação, pedindo inicialmente pelo julgamento do agravo retido interposto e, que seja determinado ao apelado que reintegre o recorrente no cargo de vigia noturno para trabalhar no mesmo local onde trabalhava anteriormente, respeitando o limite de 44 horas semanais, que seja condenado o Município de Caarapó a pagar a quantia de R$ 102.168,00 equivalente às horas extras trabalhadas, com adicional de 50%. Requer ainda, condenação do Município ao pagamento de R$ 5.076,36 (equivalente a 9 meses vezes o valor do salário de R$ 569,04) e ao pagamento dos salários vincendos até a data da reintegração e a condenação ao pagamento de quantia a ser arbitrada pelo juízo a título de danos morais decorrente da depressão que o recorrente adquiriu na excessiva jornada de trabalho.

Contrarrazões aforadas às f. 510-514.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Welando Ovídio, inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Caarapó-MS, interpôs recurso de apelação, pedindo inicialmente pelo julgamento do agravo retido interposto e, que seja determinado ao apelado que reintegre o recorrente no cargo de vigia noturno para trabalhar no mesmo local onde trabalhava anteriormente, respeitando o limite de 44 horas semanais, que seja condenado o Município de Caarapó a pagar a quantia de R$ 102.168,00 equivalente às horas extras trabalhadas, com adicional de 50%. Requer ainda, condenação do Município ao pagamento de R$ 5.076,36 (equivalente a 9 meses vezes o valor do salário de R$ 569,04) e ao pagamento dos salários vincendos até a data da reintegração e a condenação ao pagamento de quantia a ser arbitrada pelo juízo a título de danos morais decorrente da depressão que o recorrente adquiriu na excessiva jornada de trabalho.

Do Agravo Retido:

Welando Ovídio interpôs agravo retido às f. 461-462, requerendo a determinação ao Município de Caarapó, para que sejam exibidos todos os recibos de salários referentes a toda a vigência do contrato de trabalho mantido, para demonstrar a jornada de trabalho no período noturno.

Peço *venia* para trazer à colação as razões expostas em despacho singular, no ponto pertinente ao agravo sobredito (f. 433):

> A pretensão do autor para determinar que o Município junte cópia de seus recibos de pagamento não pode prosperar, porque pretende ele, com isso, comprovar um fato constitutivo de seu direito, cujo ônus lhe compete, a teor do art. 333, I, do CPC, não havendo justificativa, nesse caso específico, para lançar esse ônus sobre as costas do requerido.
>
> [...] Ademais, há documentação suficiente nos autos para o deslinde do ponto controvertido (duração da jornada de trabalho do autor), o que também reforça os motivos para a rejeição de seu pleito.

Se todas as provas requeridas foram coligidas ao feito, inclusive com juntada de prova documental a pedido do agravado, considerando que o feito se encontra apto a julgamento, prolongar a demanda seria negar vigência aos princípios da razoabilidade e celeridade processual.

Ante as razões expostas, **conheço e improvejo** o agravo intentado.

Do mérito

Afirma o recorrente às f. 498 que: "[...] foi exonerado somente em decorrência de sua aposentadoria por idade na qualidade de COMERCIÁRIO em atividade privada. Destarte, a exoneração do APELANTE carece de legalidade, pois, não se amolda em qualquer dispositivo legal."

Quanto à afirmação de que carece de legalidade sua exoneração, entendo que está fadada ao insucesso, senão vejamos.

Compulsando os autos, às f. 113, observa-se documento informando sobre a concessão da aposentadoria do apelante, utilizando o tempo de serviço prestado na Prefeitura Municipal de Caarapó.

Ora, se o recorrente utilizou o tempo de serviço de seu trabalho em atividade privada como comerciário e o tempo de serviço prestado como vigia na Prefeitura, não há como reintegrá-lo em seu cargo, muito menos falar em carência de ilegalidade em sua exoneração, uma vez que a própria Constituição Federal proíbe em seu art. 37, § 10º, a percepção simultânea de proventos de aposentadoria e a remuneração de cargo ou emprego de função pública.

Transcrevo trecho da sentença recorrida de fls. 485: "Foi exatamente por isso que, cumprindo a Constituição Federal, o Sr. Prefeito Municipal, assim que tomou conhecimento da aposentadoria concedida ao requerente, em cujo processo utilizou o tempo de serviço prestado como vigia na Prefeitura Municipal, o exonerou do cargo que ocupava, não havendo nenhuma ilegalidade em seu ato e, portanto, não há que se falar em direito a reintegração ao cargo nem tampouco recebimento dos salários desde quando foi exonerado." (destaquei)

Consequentemente, em razão da legalidade na exoneração, não há falar em pagamento de salário a partir da data da demissão como quer o apelante.

Assevera ainda em seu recurso, que lhe é devido o pagamento por horas extras, pois o apelado exigia dedicação exclusiva em quase 24 horas por dia, uma vez que o recorrente morava em seu local de trabalho, tendo ficado provado nos autos o trabalho excessivo.

Pois bem, mais uma vez valho-me do entendimento do magistrado *a quo*, vejamos f. 487:

> No caso dos autos, os documentos de f. 117-355 demonstram que o autor, na realidade, trabalhava de segunda a sexta-feira, das 07:00 às 11:00 horas e das 13:00 às 17:00 horas, totalizando 08 horas de trabalho diário, com intervalo de 02 horas, exatamente como determinam a Constituição Federal e o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Caarapó.

> Tanto isso é verdade que os referidos documentos retratam o livro ponto assinado pelo autor, desde 1.997 até quando foi exonerado do cargo de vigia, contendo a assinatura dele e fazendo referência, expressa, ao horário de serviço.
>
> Nesse mesmo diapasão, a prova testemunhal colhida em audiência foi absolutamente unânime em dizer que o autor não trabalhava a noite e, quando muito, abria o portão para os professores nos dias de reunião com os pais, o que acontecia por volta de 3 a 4 vezes ao ano.
>
> Portanto, o que se verifica, na realidade, é que o autor trabalhava exatamente o número de horas determinado pela Constituição Federal e pela Lei Municipal n. 806/2005, de sorte que, raramente, quando havia reunião de pais, acabava tendo que abrir o portão da creche para os professores entrarem, mas isso acontecia apenas 3 a 4 vezes ao ano e, ainda, em virtude dele morar na residência que fica na creche, por mera liberalidade do Município e escolha própria.

Pois bem, observa-se que houve comprovação suficiente de que o recorrente não trabalhava durante tantas horas, sem qualquer descanso como afirmou, não fazendo jus a qualquer hora extra pleiteada.

Quanto ao pedido de indenização por dano moral, entendo que mais uma vez não assiste razão ao apelante.

O próprio Município apelado reconhece o problema de saúde do recorrente, qual seja, depressão, onde por várias vezes este teria apresentado atestado médico, justificando as licenças que tirou para tratar da saúde, conforme documentos de f. 356/367

Assim, não há falar em dano moral quando fica provado que o recorrido não deu causa à doença conforme afirma o apelante, tendo inclusive, dispensado o mesmo sempre que necessário para tratar de seu problema.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JUROS REMUNERATÓRIOS - TAXA MÉDIA DE MERCADO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - AFASTADA - **DANO MORAL - INEXISTENTE** - RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO - RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO [...] **Não sendo comprovado qualquer afronta ao direito da personalidade da requerente, não há falar em indenização por dano moral.** (TJ/MS, AC Ordinário n. 2009.017923-0, Campo Grande. Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. 23.7.2009) (frisei)

Tendo o apelante decaído de todos os seus pedidos, mantenho a condenação dele ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, conforme exarado na sentença de primeiro grau, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do CPC.

Conclusão

Diante de todo o exposto, quanto ao Agravo Retido e ao Recurso de Apelação, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença prolatada em primeiro grau.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.019528-9 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO AFASTADA – PLANO DE PECÚLIO E SEGURO VIDA EM GRUPO – DIREITO DO PARTICIPANTE À RESTITUIÇÃO – PREVIDÊNCIA PRIVADA – DIREITO PESSOAL – APLICAÇÃO DO CDC – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Mongeral Previdência Privada Ltda. inconformada com a sentença (f. 129-137), que nos autos da ação de restituição de valores cumulada com danos morais movida por Carmem Almeida Palermo, julgou parcialmente procedente o pedido, interpõe o recurso de apelação (f. 144-157), objetivando sua reforma.

A pretensão inicial é receber os valores relativos à integralidade das contribuições pagas pela recorrida desde a formalização do plano, em 21 de dezembro de 1984 até o pagamento da última contribuição, acrescido de correção monetária pelo IGPM e juros de mora de 0.5% desde a citação, alem dos danos morais supostamente suportados.

A sentença de primeiro grau reconheceu o direito da autora em ressarcir os valores pagos a título de previdência privada, porém desproveu o pedido de danos morais. Consta assim o dispositivo (f. 137):

> Por todo o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos da autora e condeno a ré a restituir à autora os valores pagos por ela a título de previdência privada, deduzidos destes o correspondente aos prêmios do seguro por morte, cujo quantum deverá ser apurado em liquidação de sentença.
>
> Considerando que ocorreu sucumbência recíproca, condeno cada parte a arcar com os honorários de seus respectivos patronos e determino que as custas e despesas judiciais sejam rateadas na proporção de 50% para cada parte, ficando a autora delas dispensada, nas condições e pelo prazo do art. 12 da Lei n. 1.060/50, por ser beneficiária da Assistência Judiciária (f. 18-19).

Em suas razões recursais, Mongeral Previdência Privada Ltda aponta a prejudicial de mérito da prescrição; no mérito propriamente dito, afirma que por ocasião do requerimento do resgate pela recorrida, esta já havia contribuído com mais de 60 meses para o plano de renda, portanto ela fazia jus ao resgate do valor de R$ 8,83 (oito reais e oitenta e três centavos); o que não pode ser aceitável é a restituição total das contribuições pagas; requer prefacialmente o reconhecimento da prescrição, ou alternativamente, a total improcedência da demanda.

Preparo regular (f. 159).

Sem contrarrazões (f. 162).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Mongeral Previdência Privada Ltda em razão da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível de Campo Grande/MS que nos autos da ação de restituição de valores ajuizada por Carmem Almeida Palermo, julgou parcialmente procedente o pedido, interpõe o recurso de apelação objetivando sua reforma.

Conforme exarado pelo Juízo *a quo*, os fatos foram assim relatados, f. 129-130:

> Asseverando que em meados de 1995, quando entendeu por bem requerer o resgate dos valores que haviam sido descontados, foi informada pela ré que só teria direito ao ressarcimento de R$ 8,83, montante que considerou muito aquém do que realmente deveria receber, além de ficar "submetida a uma prestação de serviços defeituosa, cheio de procrastinações por parte da requerida", requereu: a) a condenação da ré na restituição das quantias pagas à ré a título de benefício de previdência privada, desde dezembro de 1984, corrigidas monetariamente pelo IGPM, com juros de mora em 0,5% ao mês, a partir da citação; b) a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais no equivalente a 200 salários mínimos; c) a condenação da ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.
>
> A ré ofereceu contestação às f. 60-73, impugnando os pedidos da autora, sustentando que: a) pelo contrato celebrado entre as partes a ré assumiu o risco da ocorrência de sinistro, tornando-se incabível a restituição de valores pagos pela autora; b) o valor que a autora tinha a receber, em agosto de 2005, a título de resgate, era efetivamente de R$ 8,03, nos termos do art. 25, § 1º, do regulamento da previdência contratada; c) o art. 51, II, do CDC não se aplica ao presente caso por ser a ré uma empresa de previdência privada aberta; d) inexistiu ilícito contratual praticado pela ré, assim como o dano moral sofrido pela autora [...]

Da prescrição

A apelante afirma que a pretensão autoral está fulminada pela prescrição quinquenal, nos termos do artigo 178. § 10º, II do CC de 1916, vigente à época da contratação. Invoca também a proteção do artigo 75 da LC n. 109/2001.

Ab initio, ressalto a necessidade de se verificar a natureza jurídica existente entre as partes.

Pois bem, observa-se do regulamento acostado a f. 77-82, que a relação apresenta característica de previdência privada. Veja-se o que dita o art.1º da Lei n. 6435/77, *in verbis*:

> Art. 1º - Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que tem por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares o assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

Logo, evidencia-se uma obrigação de fazer para com a apelada, assim, fica patente a característica de relação jurídica de caráter pessoal.

A propósito, julgo importante colacionar o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. [...]. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CAPEMI. RESCISÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL/1916. [...]
>
> II – Nos casos em que os associados buscam a rescisão do contrato, mediante a restituição dos valores pagos, antes da implementação do termo, revela a ação relação obrigacional, de natureza pessoal, a qual deve ser regulada pela prescrição vintenária, em consonância com o artigo 177 do Código Civil de 1916 e não qüinqüenal, nos termos do artigo 178, § 10, II, desse mesmo diploma legal, cuja aplicação está adstrita à percepção das parcelas oriundas de planos de previdência privada, assim entendidas as prestações de trato sucessivo, representadas por rendas vitalícias ou temporárias. (RESP n. 573761/GO (REsp n. 2003/0147642-1), Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 2.12.2003, DJU. de 19.12.2003, p. 463).

Conquanto o artigo 178, parágrafo 10, II, do Código Civil, estabeleça o prazo prescricional de cinco anos para as prestações de rendas temporárias e vitalícias, o prazo qüinqüenal referido atingiria apenas as parcelas vencidas, não assim o direito de receber a renda, como é o pleiteado pela recorrida. O prazo de prescrição da pretensão almejado é o geral, vintenário.

Afasto, portanto, a prescrição aventada, por entendê-la vintenária.

No mérito

O apelante alega que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso em análise, pois o referido contrato foi firmado entre as partes em período anterior ao próprio Código.

Vejamos o entendimento da Súmula 321 do STJ "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".

Logo, a sua incidência é imperativa, tendo em vista também que as normas do CDC são de ordem pública, havendo assim, interesses sociais inviáveis de derrogação pela vontade das partes, salvo previsão legal. Ademais, a lei consumerista prestigia o equilíbrio travado nas relações de consumo, a propósito: "*Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*"

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> E M E N T A–AÇÃO DE COBRANÇA –[...]– CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – DIREITO PESSOAL –[...]– APLICAÇÃO DO CDC – CONTRATO INTERPRETADO EM FAVOR DO CONSUMIDOR – REGULAMENTO, EDITADO PELA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, DETERMINANDO QUE A RELAÇÃO JURÍDICA SERIA REGIDA PELAS NORMAS DA PREVIDÊNCIA –

> NÃO-APLICAÇÃO DAS REGRAS SECURITÁRIAS – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO CONSUMIDOR – RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, AC Ordinário n. 2005.018282-6, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 27.3.2006).

Assim, observe-se que as disposições contidas no CDC, por consubstanciarem normas de ordem pública, devem ser aplicadas amplamente aos contratos, inclusive àqueles pactuados antes de sua entrada em vigor.

A apelante entende que em consonância com as disposições regulamentares e conforme a própria natureza de pecúlio, não faz jus a apelada à devolução dos valores pagos.

O pacto celebrado entre as parte foi realizado ante a vigência da Lei n. 6.435/77, assim o STJ afirma:

> Previdência privada. Contribuição. Devolução. Lei n. 6435/77.
>
> I - As contribuições vertidas para complementação de aposentadoria efetivadas para entidade de previdência privada devem ser restituídas quando do desligamento do associado, ainda na vigência da Lei n. 6435/77. Precedentes.
>
> II - Agravo regimental desprovido.(AgRg no Ag n. 558.893/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 17.6.2004, DJ 30.8.2004, p. 282).

Pois bem, a Súmula 289 do STJ: "A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda".

Entendimento deste Sodalício:

> PREVIDÊNCIA PRIVADA – CAPEMI – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – DIREITO DO PARTICIPANTE.
>
> A saída/exclusão do associado do plano antes que adquira os benefícios previstos no regulamento de previdência privada dá direito ao resgate das parcelas pagas, considerando-se nulas as cláusulas contratuais que disponham acerca da retenção, por parte da entidade, de parte ou da totalidade das contribuições, sob pena de causar enriquecimento ilícito. (TJMS, AC n. 2007.010817-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 8.4.2008).

Logo, a insurgência da apelante não merece prosperar tendo em vista que a restituição do que foi pago é um direito assegurado por lei e determinada pelas jurisprudências, independentemente de existir cláusula contratual que impossibilite tal reembolso, sendo esta arbitrária e leonina.

Quanto à correção monetária esta deverá ter a incidência do IGPM-FGV que melhor reflete a inflação.

> EMENTA – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA – ÍNDICE – IGPM/FGV – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO – ACOLHIDOS.
>
> O IGPM/FGV é o índice de correção monetária que melhor reflete a inflação.
>
> [...] (TJMS, EmbDcl em AC Ordinário n. 2005.009215-6/0001-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 17.10.2005).

Assim, todos os valores pagos devem ser restituídos a apelada, à exceção daqueles recolhidos a título de seguro de vida, acrescidos de correção monetária pelo IGPM-FGV a partir de cada desembolso e juros de mora desde a citação no patamar de 6% ao ano, prevalecendo a taxa de 12% ao ano a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, a ser apurado em liquidação de sentença, evitando-se assim o enriquecimento ilícito da entidade de previdência privada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento mantendo inalterada a sentença *a quo.*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.005651-6 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – CLUBE RECREATIVO – MORTE DE CRIANÇA POR AFOGAMENTO EM LAGOA ARTIFICIAL – OMISSÃO NO DEVER DE CUIDADO E SEGURANÇA – ATO LESIVO E NEXO CAUSAL DEMONSTRADOS – DANO MORAL CONFIGURADO – PENSIONAMENTO AFASTADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A falta de cuidados e de segurança em clube recreativo caracteriza a culpa necessária para a procedência da ação de indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Thalita Geovana da Silva Santos, Lucas Matheus Machado da Silva e Cilene Aparecida da Silva interpõem apelação contra sentença (f. 208-216) que, na ação de indenização por danos morais e materiais movida em face do Campo Grande Praia Clube, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, afastando o dever de indenizar pela morte da filha menor e irmã Tatiane Priscila Machado da Silva ocorrida em suas dependências.

Inconformados com a sentença de primeiro grau sustentam que o clube recreativo não possui regras de segurança adequadas ao seu funcionamento, na medida em que não há boias ou cordas limitando a parte rasa e a funda da lagoa, tampouco salva-vidas aptos a vigiar seus frequentadores, tanto que foi um banhista quem retirou a vítima da água; também não há médico plantonista no local, sendo certo que quem prestou os primeiros socorros à infante foi uma acadêmica de medicina e não um profissional contratado.

Requerem o provimento do recurso para condenar o apelado ao pagamento de quinhentos salários-mínimos a título de danos morais.

Contrarrazões às f. 236-249.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo (f. 255-262).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Thalita Geovana da Silva Santos, Lucas Matheus Machado da Silva e Cilene Aparecida da Silva interpõem apelação contra sentença (f. 208-216) que, na ação de indenização por danos morais e materiais movida em face do Campo Grande Praia Clube, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, afastando o dever de indenizar do apelado pela morte da filha menor e irmã Tatiane Priscila Machado da Silva ocorrida em suas dependências.

Inconformados com a sentença de primeiro grau sustentam que o clube recreativo não possui regras de segurança adequadas ao seu funcionamento, na medida em que não há bóias ou cordas limitando a parte rasa e a funda da lagoa, tampouco salva-vidas aptos a vigiar seus frequentadores, tanto que foi um banhista quem retirou a vítima da água; também não há médico plantonista no local, sendo certo que quem prestou os primeiros socorros à infante foi uma acadêmica de medicina e não um profissional contratado.

Cinge-se a controvérsia em saber se o Campo Grande Praia Clube é responsável pela morte da filha e irmã dos apelantes, ocorrida em suas dependências no dia 29.9.2002.

Narram os autos que a vítima, uma criança de cinco anos, foi encontrada desacordada por um frequentador do clube dentro da lagoa artificial e, após os primeiros socorros prestados por uma estudante de medicina, foi encaminhada ao hospital, onde faleceu quatro horas depois.

Tais fatos são confirmados pelas provas documental (inquérito policial e boletim de ocorrência) e testemunhal produzidas.

O ordenamento jurídico pátrio protege o direito à vida, à honra e à integridade física de cada cidadão, cabendo indenização por danos morais quando ocorrer a sua injusta violação, por ação ou omissão.

No caso em apreço, analisando detidamente os depoimentos prestados, tem-se que restou comprovada a culpa do Praia Clube, haja vista a não observância das medidas preventivas e adequadas ao risco do negócio que desenvolve, de forma a preservar a segurança de seus usuários.

A norma de conduta esperada de um clube que explora economicamente a atividade de lazer é a manutenção de pessoal treinado e qualificado para monitorar a movimentação dos banhistas, com vistas a impedir acidentes fatídicos como o que vitimou a pequena Tatiane.

A toda evidência, em locais como esse, onde se consome bebida alcoólica, é previsível que crianças se percam dos pais, que haja brigas e, infelizmente, afogamentos, mormente por ser um domingo, quando a circulação de pessoas é sempre maior.

A despeito de os depoimentos prestados (f. 147-151) serem contraditórios quanto à existência de salva-vidas no local, uma coisa é certa: se lá estavam eram em número reduzido, tanto é que quem retirou a criança de dentro da água foi pessoa comum e não um deles.

Além disso, os primeiros socorros foram prestados por uma estudante de medicina que, coincidentemente, lá frequentava (f. 51-2) e não por um profissional contratado pelo clube como deveria acontecer.

Lado outro, também restou demonstrado que inexistiam bóias indicando a separação da parte funda da rasa do lago, medida que certamente chamaria a atenção dos pais no sentido de evitar que a criança permanecesse nas proximidades e pudesse adentrar na parte de maior perigo. Além disso, não restam dúvidas que a falta de

funcionários aptos a realizar a vigilância dos banhistas é que permitiu que uma criança sofresse o afogamento em razão do qual foi a óbito.

No que tange à manutenção de aparelho de respiração artificial nas dependências do clube, entende-se que, apesar de não prevista em lei, a obrigatoriedade decorre da precaução e do bom senso, visto que a possibilidade de acidente na água é totalmente previsível.

Outrossim, os apelantes cumpriram o ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 333, I, do CPC, ao demonstrar o ato causador de dano (omissão) e o nexo causal, sendo desnecessária a prova da lesão propriamente dita, visto revelar-se evidente, já que a dor pela perda de uma filha e irmã é imensurável.

Nesse sentido:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. AFOGAMENTO. DEPENDÊNCIA DE CLUBE. DANO MATERIAL E MORAL. REQUISITOS PRESENTES. Omitindo-se o clube acerca da sua obrigação de prestar segurança aos seus sócios e convidados, deve ser responsabilizado pelo falecimento de pessoa, vítima de afogamento dentro de suas dependências. O clube recreativo que mantém pessoal em número insuficiente para monitoramento, vigilância e segurança de seus freqüentadores (salva-vidas em suas piscinas) responde pelo pagamento da indenização devida em decorrência falecimento por afogamento ocorrido em suas dependências. O dano moral se traduz em um abalo íntimo que, no caso, se refere ao devastador sentimento que atinge todos quantos perdem um ente querido. É questão que dispensa dilação probatória e se aufere pelo simples conhecimento da condição da raça humana. Recurso conhecido e improvido. (STJ, Ag n. 1000489, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 28.3.2008).

Ademais, o dever de vigilância dos responsáveis pela menor não afasta a comprovada negligência do apelado. Tal circunstância apenas influencia a fixação do *quantum* indenizatório.

Nesse passo, o valor da indenização deve estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta os sofrimentos gerados e a capacidade econômica do lesante, a fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório às vítimas, inerentes aos objetivos da reparação civil.

Quanto ao tema, a professora Maria Helena Diniz leciona:

> O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização o juiz não procederá ao seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Indenização por dano moral: a problemática do *quantum*, **Revista Jurídica Consulex**, n. 3, março/1997).

Assim, ante as particularidades do caso em apreço, tem-se que o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a ser repartido entre os apelantes, revela-se suficiente para lhes reparar os danos sofridos.

Por fim, embora cabível o pensionamento em razão da morte de um filho, entende-se que tal possibilidade está condicionada à prova da efetiva dependência econômica dos pais com relação àquele, o que não ocorreu no caso em tela.

Não há indicação segura de que a menina contribuiria para o futuro econômico dos apelantes, mormente porque seria dos pais o dispêndio com a sua formação.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO SUMÁRIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RÉU. CULPA COMPROVADA. VÍTIMA. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM. RAZOABILIDADE. PENSIONAMENTO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NECESSIDADE DE PROVA. [...] Não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1537, inc. II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores. Precedentes. (REsp n. 348072/SP, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 3.12.2001).

Conclusão

Diante do exposto e em parte com o parecer da PGJ, voto por se dar parcial provimento ao recurso, apenas para fixar danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, e correção monetária pelo IGPM/RGV a partir da presente. Por consequência, inverte-se o ônus sucumbencial e considerando que os recorrentes decaíram de parte menor do pedido, fixa-se os honorários advocatícios em dez por cento (10%) sobre o montante da condenação (art. 20, § 3º, CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.021427-3 - Coxim
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE O CÚMPLICE E A ADÚLTERA – INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO CÚMPLICE EM RELAÇÃO AO MARIDO TRAÍDO.

O dever jurídico de fidelidade pode ser invocado apenas em face dos cônjuges/companheiros, e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice no adultério perpetrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em votação unânime, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Elizeo Dionízio Torres do Nascimento interpõe apelação (f. 203-5) contra sentença (f. 196-200) que, na ação de indenização por danos morais movida contra Marlene Salomão e Júlio César Borges, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar a primeira apelada ao pagamento de indenização no valor de R$ 2.000,00, corrigido pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, e improcedentes os pedidos de indenização por danos morais em face do segundo apelado e indenização por danos materiais relativos a ambos os requeridos.

Alega, em síntese, que Júlio César sabia que era pai biológico da criança, logo, o dever de indenizar também deve recair sobre ele. Ao final, pleiteia o provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Elizeo Dionízio Torres do Nascimento interpõe apelação (f. 203-5) contra sentença (f. 196-200) que, na ação de indenização por danos morais movida contra Marlene Salomão e Júlio César Borges, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar a primeira apelada ao pagamento de

indenização no valor de R$ 2.000,00, corrigido pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, e julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos morais em face do segundo apelado e indenização por danos materiais relativos a ambos os requeridos.

Ao que se colhe, o apelante ajuizou a presente ação pois descobriu que Jéssica, registrada como sua filha biológica, na verdade, foi fruto da relação entre sua ex-mulher, Marlene (primeira recorrida), com quem conviveu por 11 anos em união estável, e Júlio Cézar (segundo recorrido).

Inconformado com a sentença, especificamente na parte em que julgou improcedente o pedido em relação ao segundo apelado, recorre a este Tribunal pretendendo a condenação dele, amante de sua ex-mulher, por ser solidariamente responsável pelos alegados danos morais lhe ocasionados, em especial por conhecer o fato de que Jéssica é sua filha biológica.

A sentença não merece modificações.

Os institutos da obrigação de indenizar e da solidariedade, em nosso atual Código Civil, estão assim previstos:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Sobre os atos ilícitos, dispõe o mesmo diploma:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No caso, em que pese o alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, tal fato não constitui qualquer ilícito capaz de lhe ensejar reparação de danos.

Não resta dúvida acerca do sentimento do recorrente de ter sido enganado pela ex-mulher juntamente com o apelado. Ocorre que o dever jurídico de fidelidade pode ser invocado apenas em face dos cônjuges/companheiros, e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice no adultério perpetrado.

Sob qualquer prisma que se analise o caso, independentemente da ciência ou não do apelado acerca da paternidade biológica de Jéssica, o fato inarredável é que este não praticou qualquer ato ilícito passível de indenização a título de dano moral e tampouco material ao recorrente.

Em caso semelhante, já se manifestou o c. Superior Tribunal de Justiça, excluindo a solidariedade entre a esposa adúltera e o cúmplice do adultério:

> Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos. (REsp n. 742137/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ 29.10.2007, p. 218).

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado sentenciante, pois o dano a ser ressarcido deve recair tão somente em face de sua ex-mulher, conforme constante na sentença combatida.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso, ficando mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

EM VOTAÇÃO UNÂNIME, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.033803-0 - Três Lagoas
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – HOSPITAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE DE RECÉM-NASCIDO – NEXO CAUSAL – CONFIGURAÇÃO – INDENIZAÇÃO REDUZIDA – PROPORCIONALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Diante da ausência de vigilância na execução dos serviços médicos/hospitalares, ocasionando danos que poderiam ter sido evitados, emerge o dever de indenizar.

O arbitramento de indenização que não guarda conformidade com a finalidade do instituto deve ser reduzido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade rejeitar a preliminar e, quanto ao mérito, também por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Hospital Regional Unimed Três Lagoas interpõe apelação contra sentença (f. 470-504) que, na ação de indenização por danos morais e materiais que lhe move Edith Araújo Fernandes Maciel e Joel Neves Maciel, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando-o ao pagamento das despesas com funeral no valor de R$ 500,00; danos extrapatrimoniais para cada um dos apelados em R$ 120.000,00 e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em preliminar, sustenta que a sentença é *ultra petita*, pois não houve pedido inicial no sentido de responsabilizá-lo pela internação em si, estando sua condenação atrelada ao suposto erro médico. Neste caso, assume uma obrigação de meio, sendo necessária a comprovação da culpa da obstetra para configurar seu dever de indenizar, culpa esta devidamente afastada pelo julgador singular.

No mérito, afirma que não houve erro ou defeito no serviço prestado, pois adotou as medidas cabíveis para o caso, tendo encaminhado o recém-nascido com vida e em condições de se recuperar para o Hospital Auxiliadora.

Diz que a sentença é nula ante a ausência de produção de prova técnica que apontasse qualquer falha na prestação do serviço médico/hospitalar, pelo que o julgador singular deveria ter invertido o ônus da prova ou, então, permitido sua realização.

Por fim, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório para patamar razoável e proporcional, uma vez que não possui condições econômicas de suportar a elevada quantia arbitrada, a qual configura enriquecimento sem causa dos apelados que são beneficiários da justiça gratuita.

Prequestiona artigos de lei e requer o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 566-572.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Como relatado, Hospital Regional Unimed Três Lagoas interpõe *apelação* contra sentença (f. 470-504) que, na ação de indenização por danos morais e materiais que lhe move Edith Araújo Fernandes Maciel e Joel Neves Maciel, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando-o ao pagamento das despesas com funeral no valor de R$ 500,00; danos extrapatrimoniais para cada um dos apelados em R$ 120.000,00 e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em preliminar, sustenta que a sentença é *ultra petita*, pois não houve pedido inicial no sentido de responsabilizá-lo pela internação em si, estando sua condenação atrelada ao suposto erro médico. Neste caso, assume uma obrigação de meio, sendo necessária a comprovação da culpa da obstetra para configurar seu dever de indenizar, culpa esta devidamente afastada pelo julgador singular.

No mérito, afirma que não houve erro ou defeito no serviço prestado, pois adotou as medidas cabíveis para o caso, tendo encaminhado o recém-nascido com vida e em condições de se recuperar para o Hospital Auxiliadora.

Diz que a sentença é nula ante a ausência de produção de prova técnica que apontasse qualquer falha na prestação do serviço médico/hospitalar, pelo que o julgador singular deveria ter invertido o ônus da prova ou, então, permitido sua realização.

Por fim, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório para patamar razoável e proporcional, uma vez que não possui condições econômicas de suportar a elevada quantia arbitrada, a qual configura enriquecimento sem causa dos apelados que são beneficiários da justiça gratuita.

Preliminar – sentença *ultra petita*

Aduz o apelante que a sentença é *ultra petita,* pois excluiu a culpa da médica que realizou o parto e, ao mesmo tempo, admitiu sua responsabilidade objetiva, quando a petição inicial havia condicionado uma a outra.

Razão não lhe assiste.

Em sua exordial, os apelados requereram a responsabilidade solidária da médica e do hospital (f. 19), o que não quer dizer que a isenção de culpa de um implique, necessariamente, na exclusão do outro.

No presente caso, o julgador singular afastou a culpa da obstetra pela morte do recém-nascido, pois considerou que não houve imprudência, imperícia ou negligência de sua parte. Porém, encontrou elementos que demonstram que o nosocômio não empreendeu os cuidados necessários para salvaguardar a vida do neonato.

Nesse passo, a responsabilidade do apelante decorre de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente a ele. Noutras palavras, o serviço tido por defeituoso se insere entre aqueles de atribuição da entidade hospitalar, como adiante se verá na análise do mérito recursal.

Dito isto, voto por se rejeitar a preliminar aventada.

Mérito

Cinge-se a controvérsia em saber se o Hospital da Unimed de Três Lagoas é responsável pela morte do filho dos apelados, que ocorreu três dias após o seu nascimento.

Da análise do contexto probatório, verifica-se que a criança nasceu aparentemente normal, como asseverou a obstetra em seu depoimento:

> [...] que o pediatra disse que o bebê estava bem, estava corado, mas que não estava querendo chorar, mas logo o bebê responderia aos sinais de atividade; que quando retirou o bebê do ventre da mãe ele aparentava respirar normalmente, [...] que o pediatra deu uma nota número 6 e depois evoluiu para 8 (f. 370).

Diante da impossibilidade de se aferir com precisão a *causa mortis* do recém-nascido, o magistrado de primeiro grau, através dos depoimentos médicos, concluiu que o bebê sofreu hipóxia[1], desenvolveu pneumonia e depois infecção (f. 495).

Assim, seu quadro clínico exigia medidas rápidas e eficazes a fim de evitar o pior, mas evoluiu sem os imprescindíveis cuidados médicos, principalmente por ausência do prévio, possível e correto diagnóstico.

Evidente, portanto, o nexo causal entre o inegável abalo sofrido pelos apelados e a negligência da equipe médica do nosocômio que deixou de prestar o serviço condizente com a gravidade do quadro que evoluiu para a morte.

Corrobora com essa conclusão o depoimento da mãe do recém-nascido, Edith Araújo Fernandes Maciel, quando afirmou que:

> [...] não teve informação precisa sobre o que aconteceu no hospital Unimed; que em momento algum falaram para a depoente ou seu marido qual era o estado do bebê; que o marido da depoente inclusive perguntou se não era o caso de levar o bebê para outro centro médico, tendo dito para ele que não era o caso [...] (f. 362-6).

Sem dúvida que a inércia do recorrente deu causa ao profundo sentimento de tristeza pela perda do tão esperado primeiro filho. Em casos como esse, os danos morais sofridos dispensam maiores comentários, sendo certo que as sequelas do fato acompanharão os pais pelo resto de suas vidas.

Nesse contexto, resta evidente a negligência do hospital, cujo comportamento teve fundamental relevância causal no resultado danoso por não propiciar à criança a chance de vida, mediante prognóstico rápido e eficaz.

1 Falta de oxigênio especificamente nos hemisférios cerebrais; porém, o termo refere-se mais freqüentemente à falta de oxigênio em todo o cérebro. Dependendo da gravidade da hipóxia, os sintomas podem variar desde uma confusão até um dano cerebral irreversível, coma e morte.
(definição retirada da internet).

Em estudo sobre a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos, o civilista e magistrado Miguel Kfouri Neto assevera:

> Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. (**Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: 6. ed. RT, 2002, p. 65).

Quanto à alegação de que houve cerceamento de defesa, insta salientar que a prova pericial se justifica quando a apuração do fato litigioso depender de conhecimentos técnicos específicos e não através de meios ordinários de convencimento, tanto que o artigo 420, II do CPC estabelece que o juiz indeferirá a perícia que for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Com efeito, os depoimentos das diversas testemunhas, inclusive médicos, legistas e enfermeiros foram suficientes para formar o convencimento do julgador acerca da causa.

Frise-se, ainda, que o ônus probatório recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, independente de sua inversão, cabia ao apelante a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC).

Todavia, se de um lado a condenação se revela necessária, de outro não se pode admitir que dela resulte enriquecimento sem causa, visto que vedado em nosso ordenamento jurídico.

É que, mesmo reconhecendo quão dolorida e frustrante mostrou-se a situação enfrentada pelos apelados, observa-se uma desproporção no valor arbitrado que, se for mantido, onerará demasiadamente o nosocômio e possibilitará locupletamento indevido da parte adversa.

Quanto ao tema, a professora Maria Helena Diniz leciona:

> O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização o juiz não procederá ao seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. (Indenização por dano moral: a problemática do *quantum*, Revista Jurídica Consulex, n. 3, março/1997).

Na mesma linha de raciocínio, julgado desta 2ª Turma Cível, em apelação de minha relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA – FETO NATIMORTO – GRAVIDEZ QUE TRANSCORREU TRANQUILAMENTE – PROTELAÇÃO INDEVIDA NA REALIZAÇÃO DO PARTO – PRÉ-ECLÂMPSIA – NEGLIGÊNCIA DA EQUIPE MÉDICA – NEXO CAUSAL – RESPONSABILIDADE DA FUNSAU – DANO MORAL – VALOR MINORADO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DANO MATERIAL – CONTRIBUIÇÃO ECONÔMICA – INEXISTÊNCIA DE PROVA – INCABÍVEL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – HOSPITAL EMPRESA PÚBLICA.

> Protelação indevida na realização do parto resultando na morte de feto saudável caracteriza negligência e imperícia do serviço médico-hospitalar prestado à parturiente, gerando o dever de indenizar. Arbitramento de indenização que se mostra excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do fato danoso. Diante dos princípios de moderação e razoabilidade, o dano moral fixado deve ser reduzido.[...] (AC n. 2008.023072-4, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 17.2.2009).

Desse modo, impõe-se ajustar o montante outrora fixado pelo magistrado singular a um patamar compatível com a questão em análise, reduzindo-o para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada uma das partes.

Por derradeiro e quanto aos prequestionamentos, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a importância arbitrada a título de danos morais para o valor de R$ 50.000,00 para cada apelado, corrigido monetariamente pelo IGPM a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Fica mantido o ônus sucumbêncial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE REJEITARAM A PRELIMINAR E QUANTO AO MÉRITO, TAMBÉM POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.022755-5 - Glória de Dourados
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER REFORMA EM PRÉDIO DE ESCOLA PÚBLICA – INTERFÊRENCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE – PROVIMENTO.

O Poder Judiciário exerce o controle judicial sobre atos administrativos do Poder Executivo, porém a sua competência restringe ao controle da legalidade e da legitimidade, o que não corresponde ao caso em questão, pois ordenar a concretização de uma obra para reformar o prédio de uma escola pública, estar-se-á adentrando no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato administrativo, matéria reservada ao executivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e de acordo com o parecer, rejeitar as preliminares e negar provimento ao agravo retido. No mérito, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul nos autos da Ação Civil Pública que lhe moveu Ministério Público Estadual.

Preliminarmente, pede-se que seja apreciado o agravo retido interposto contra a decisão que rejeitou a preliminar de falta de interesse processual superveniente. Para tanto alega em síntese que após o ajuizamento da ação foi realizada uma reforma na escola que atendeu a pretensão deduzida em juízo.

Alega-se em preliminar a nulidade da sentença, pois alterou a causa de pedir, eis que tomou como base outros fatos que são diversos daqueles que constavam na inicial.

Aduz-se que a sentença também ultrapassou os limites do pedido, pois determinou reformas na escola que não constavam do pedido condenatório de obrigação de fazer existente na inicial, quais sejam, fornecer material esportivo, reforma de salas de aula de modo genérico, adaptação do espaço para inclusão de salas destinadas a laboratório, construção de refeitórios, adaptação da sinalização de trânsito no entorno da escola, planejamento e construção de local adequado para acondicionamento do lixo;

No mérito, argumenta-se que no caso, não há omissão do apelante em proporcionar o direito fundamental de educação, já que a escola existe, não restando demonstrado que haja uma proteção insuficiente, pois que a escola está em pleno funcionamento, não estando os alunos impedidos de estudar ou que tenha a estrutura do prédio comprometido de modo grave o direito à educação.

Alega-se que não há cabimento para a invasão da esfera do administrador e a fixação de gastos públicos com reformas ideais.

Afirma-se que a realização de reformas amplas determinada na sentença coloca-se fora do razoável, já que visam transformar a escola em uma escola perfeita, o que não é razoável na atual conjuntura econômica.

Pugna-se pelo provimento do agravo retido, com a extinção da relação processual pela ausência de interesse processual superveniente, ou que seja o apelo provido para declarar a nulidade da sentença ou a nulidade parcial por julgamento *ultra petita,* ou no mérito que seja julgado improcedente o pedido inicial.

O apelado apresentou contra-razões às f. 484-491.

Em parecer a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do agravo retido e pelo não acolhimento das preliminares e desprovimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

O caso em questão trata-se de Ação Civil Pública em que o Ministério Público alegou a existência de várias irregularidades no prédio da Escola Estadual Professora Vânia Medeiros Lopes, localizada no Município de Glória de Dourados-MS, pedindo que o estado ora apelante fosse obrigado a fazer adequação das instalações físicas da referida escola.

Analiso, inicialmente, o agravo retido interposto da decisão de f. 384. que afastou a preliminar arguida na contestação de falta superveniente de interesse de agir.

O Estado argumenta que após o ajuizamento da ação foi realizada uma reforma na escola que atendeu a pretensão deduzida em juízo.

Ocorre que conforme o relatório de vistoria de f. 266-372 o apelado demonstrou que a reforma feita pelo apelante no prédio escolar não solucionou todas as irregularidades apontados na inicial.

Assim sendo, não há falar em falta superveniente do interesse de agir.

Nestes termos, nego provimento ao agravo retido.

No que tange a preliminar de nulidade da sentença, não se evidencia que tenha havido alteração da causa de pedir e do pedido e muito menos que ultrapassou os limites destes.

A um exame da sentença singular observa-se que todos os item da reforma que condenou o apelante a fazer, são decorrentes das irregularidades que foram apontadas na inicial da ação.

Por isso, rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte assiste ao apelante.

No caso em apreço, é bem verdade que a educação é dever do Estado (art. 205 da C.F) e importa em responsabilidade o não oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular (art. 208, § 2º da CF).

Entretanto, referidos preceitos constitucionais devem ser harmonizar com o artigo 2º da CF, cuja exegese conduz à premissa de que não é dado ao Poder Judiciário impor ao Chefe do Executivo Estadual a obrigação de reformar o prédio de uma Escola Estadual.

O Poder Judiciário exerce o controle judicial sobre atos administrativos do Poder Executivo, porém a sua competência restringe ao controle da legalidade e da legitimidade, o que não corresponde ao caso em questão, porquanto, ordenar a concretização da referida obra, estar-se-á adentrando no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato administrativo.

Além disso, a execução da obra pretendida pelo apelado, qual seja, a reforma nas instalações físicas da escola, não depende apenas da vontade do Chefe do Executivo.

Os obstáculos são os mais variados, o principal deles é de conhecimento público, a falta de recursos financeiros, o Estado de Mato Grosso do Sul possui várias escolas espalhadas em todos seus municípios que também necessitam de manutenção.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> DECISÃO: O Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil pública visando à imposição, ao Governo Estadual, de obrigação de fazer consubstanciada na construção de estabelecimento prisional adequado. 2. O Tribunal de Justiça local afirmou que o reconhecimento da pretensão deduzida pelo MP afrontaria ao princípio da "Separação dos Poderes", vez que "[n]o presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do Poder Executivo, na medida em que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra" [f. 216]. 3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RExtra n. 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.2005. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF." No mesmo sentido, monocraticamente, o RExtra n. 403.806, Rel. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007, e o RExtra n. 365.299, Rel Carlos Velloso, DJ 9.12.2005. Assim, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 22 de fevereiro de 2008. Rel. Min. Gilmar Mendes. (RExtra n. 401758/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes,Julgado em 22.2.2008).

> [...]. A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido: "[...]'Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adredemente aprovados pelo Legislativo. 'Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pelo saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades. 'Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas

> do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessários para tal desiderato. 'A permanecer hígida a decisão em comento, qual seja a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. 'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. [...]. (F. 205-206) É inviável, está-se a ver, o REsp, motivo por que lhe nego seguimento." (REsp n. 365299/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 9.122005, pp 00086).

Assim sendo, o artigo 3º, da Lei n. 7.347/85, estabelece que a ação civil poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, ao ser aplicado contra a Administração Pública há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem esta, especialmente, o que outorga ao Poder Executivo a liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E DE ACORDO COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. NO MÉRITO, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.031777-5 - Aquidauana
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA –APELAÇÃOCÍVEL–AÇÃOINDENIZATÓRIA–RESPONSABILIDADE DO GESTOR MUNICIPAL – LEI N. 8.429/92 – PRETENDIDA RESTITUIÇÃO DE VERBAS FEDERAIS – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE REPARABILIDADE – RECURSO PROVIDO.

O prefeito municipal, como agente público, possui responsabilidades perante a Administração do Município, de modo que, agindo com dolo ou culpa, deve responder pelos atos lesivos praticados contra o ente público, consoante determinam os artigos 4º e 5º da Lei n. 8.429/1992.

Portanto, para a condenação do agente público a ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade administrativa é imprescindível que fiquem configurados todos os pressupostos da responsabilidade civil, o que não é o caso dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Raul Martinez Freixes interpôs recurso de apelação (f. 62-74) contra a sentença de primeiro grau (f. 52-57), proferida na ação de reparação de danos, movida pelo município de Aquidauana-MS, que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, para o fim de condenar o requerido nos termos do artigo 18, da Lei Federal n. 8.429/92, a proceder ao recolhimento aos cofres do Município apelado, das importâncias referentes ao recurso federal recebido por este, destinado ao PETI e recebidas durante o seu mandato, acrescidos de correção monetária e juros de mora, nos termos do cálculo apresentado pela Secretaria de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, até a data do efetivo pagamento, a ser apurado em liquidação de sentença.

Alega, preliminarmente, ilegitimidade ativa do município apelado, argumentando que as verbas são federais, logo a legitimidade *ad causam* é da União.

No mérito, sustenta que os requisitos ensejadores do dever de indenizar não ficaram caracterizados, e que o dano hipotético não gera o dever de indenizar.

Requer a manifestação expressa aos dispositivos legais em que se fundamenta, para fins de recurso a superior instância.

Busca, ao final, o provimento do recurso nos termos alinhados em suas razões.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso às f. 83-88, pugnando pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Raul Martinez Freixes, contra a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial formulada na ação indenizatória, movida pelo Município de Aquidauana-MS.

Segundo consta do caderno processual, o recorrente foi prefeito do município apelado, e na vigência de seu mandato celebrou convênio com o Ministério da Previdência e Assistência Social, para fins de receber recursos destinados ao Programa de Erradicação de Trabalho Infantil – PETI.

Pelo Ofício n. 14357-DEFNAS/SNAS/MDS, enviado em 13 de novembro de 2008, o Diretor Executivo do Fundo Nacional de Assistência Social informou acerca da impossibilidade de aprovação da prestação de contas do Município de Aquidauana, e solicitou a devolução total dos recursos recebidos durante o convênio, período compreendido entre os anos de 2000 a 2001.

O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pleito indenizatório ajuizado pelo recorrido, condenando o recorrente à devolução aos cofres públicos do Município, dos valores recebidos em seu mandato, ou seja, recebidos no ano de 2000.

Por ser questão prejudicial de mérito, analiso a preliminar arguida pelo recorrente.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

O recorrente aduz que o Município recorrido é parte ilegítima para figurar no pólo ativo da presente ação, uma vez que a prestação de contas tida por irregular é referente a verbas repassadas pelo governo federal, a quem será devido eventual ressarcimento de danos.

Porém, tal preliminar deve ser afastada.

Legitimidade é a capacidade da parte de buscar a tutela jurisdicional para assegurar direito que lhe é próprio.

No caso dos autos, o Município apelado busca o ressarcimento de dano ao erário público, em decorrência da obrigação em devolver verbas federais, em razão da suposta má prestação de contas pela gestão anterior.

Na hipótese de restituição de valores ao governo federal, o Município terá que retirar verbas dos cofres públicos para pagar a dívida com a União, causando lesão ao erário municipal. Logo, resta configurada a legitimidade ativa do recorrido.

Ultrapassadas as preliminares, passo à análise do mérito.

O recorrente sustenta que não restaram caracterizados os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil.

Pois bem. Pelos documentos juntados aos autos, às f. 14-18, extrai-se que o convênio firmado entre o governo federal e o governo municipal previa o repasse de verbas em prestações mensais para o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, cuja prestação de contas se daria no final do recebimento das referidas verbas. Vejamos as informações prestadas no Ofício n. 14357/DEFNAS/SNAS/MDS:

> Cumprimentando-o cordialmente, reportamo-nos à documentação de prestação de contas encaminhada por meio do Ofício n. 161/07/SEFAD de 20.6.2007, e Ofício s/n. encaminhado pelo ex-gestor deste Município e protocolado neste Ministério dia 20.6.2007. Ambos referentes ao recurso federal recebido por esse Município para o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, conforme Termo de Responsabilidade n. 618/MPAS/SEAS/00 e processo n. 44005.000584/2000-95.
>
> Cumpre nos informar à Vossa Excelência que, após análise do setor competente deste FNAS, concluiu-se pela impossibilidade da referida Prestação de Contas ser aprovada, por estar em desacordo com a IN/STN/MF n. 01/97, incorrendo nas seguintes impropriedades:
>
> Não foram apresentados extratos bancários desde o recebimento da 1ª parcela, em 12.6.2000, até a quitação da última despesa;
>
> Os recursos foram movimentados em contas diversas;
>
> O somatório dos totais das Relações de Pagamentos e a Declaração do Ordenador de despesas quanto à Boa e Regular aplicação dos recursos transferidos não conferem com o demonstrado na Execução Físico-financeira e nem na Execução da Receita e Despesa;
>
> Não houve aplicação dos recursos recebidos;
>
> Não foi apresentada cópia autenticada do Despacho Adjudicatório e da Homologação, ou cópia autenticada da publicação do Termo de Reconhecimento de Dispensa ou de Inexigibilidade da Licitação (f. 14).

Ainda, segundo o demonstrativo de débito às f. 16, o Município foi condenado por Acórdão de 10.11.2001, apurado no processo n. TC 584/2000-95, ao pagamento do valor de R$ 43.100,00 (quarenta e três mil e cem reais) devidamente corrigido, dos quais R$ 13.950 (treze mil novecentos e cinquenta reais), foram repassados na administração do recorrente.

Ou seja, foram recebidos nos últimos seis meses do mandato do recorrente 32% (trinta e dois por cento) do total do valor repassado ao município.

Logo, os outros 68% (sessenta e oito por cento) dos repasses foram recebidos na administração seguinte, e competia ao Município a prestação de contas ao final, pelo prefeito sucessor.

Ora, a prestação de contas é dever do município, ente público que recebeu os recursos, e atribuição do prefeito como chefe do poder executivo.

Assim, o prefeito como agente público possui responsabilidades perante a Administração do Município, de modo que, agindo com dolo ou culpa, deve responder pelos atos lesivos praticados contra o ente público, consoante determinam os artigos 4º e 5º da Lei n. 8.429/1992, *in verbis*:

> Art. 4º. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.
>
> Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Pois bem. É sabido que o ônus da prova compete a quem alega, e ao autor incumbe-se a prova de fato constitutivo de seu direito.

No caso dos autos, o Município recorrido pretendeu a restituição da totalidade do valor requerido pelo Governo Federal, sendo que, na realidade, a maior parte dos recursos foram recebidos no mandato do prefeito que sucedeu o recorrente.

Como se nota também nas informações prestadas no ofício n. 14357/DEFNAS/SNAS/MDS, em nenhuma ocasião foram apresentados os extratos bancários, e tampouco houve aplicação dos recursos recebidos.

Ou seja, tanto em um mandato, quanto no outro, houve irregularidades não cabendo ao município atribuir toda a responsabilidade no prefeito sucedido, que em tese responderia apenas pelos recursos recebidos durante seu mandato.

Para tanto, necessário que fique comprovada a conduta dolosa ou culposa do agente público, o dano e o nexo causal.

Em análise detida dos autos, verifica-se que não há provas de que o recorrente, durante sua gestão, ou após, tenha extraviado os documentos referentes aos recursos recebidos em seu mandato.

Através dos documentos dos autos, não há, outrossim, como identificar quais valores foram considerados irregulares, ou quais documentos foram extraviados, já foram solicitadas a devolução de toda a verba recebida.

Dessa forma, descabe falar em ressarcimento de danos, se não há provas cabais da conduta dolosa ou culposa do recorrente.

O simples fato de o recorrente ser responsável pelos recursos recebidos durante seu mandato não gera o dever de indenizar o município por prestação de contas indevidas prestadas por esse, em que sequer há provas de que a irregularidade é oriunda de má gestão das verbas por aquele.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença *a quo* e julgar improcedente a ação indenizatória, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do réu, que pela natureza, lugar e tempo dispendido na causa, assim como pelo zelo do advogado, fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.033772-2 - Ribas do Rio Pardo
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIA – IMÓVEL RURAL – RECURSO DO RÉU – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR – AFASTADA – POSSE DE MÁ-FÉ – BENFEITORIAS NECESSÁRIAS – PASTAGEM – BENFEITORIA ÚTIL – PARCIAL PROVIMENTO.

Há dever de indenizar pelas benfeitorias necessárias ainda que a posse seja de má-fé, por expressa disposição do art. 1.220 do Código Civil.

Formação de pastagem não se enquadra como benfeitoria necessária, pois não tem a finalidade de conservar o bem, mas sim útil, pois aumentam o consumo da terra e a saúde do gado, que poderá ser substituída por sal ou outro alimento.

RECURSO DO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO COM BASE NO LAUDO DO PERITO PARTICULAR – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – RECURSO IMPROVIDO.

A perícia judicial foi realizada com a presença dos assistentes técnicos indicados pelas partes, obedecidos ao contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, correta a sentença que acolheu os valores encontrados no laudo, mormente quando a parte não demonstrou o desacerto do perito judicial, sendo que mera insatisfação não é suficiente para ilidir a presunção de veracidade do laudo judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade negar provimento ao recurso de Tiago Martinho e dar parcial provimento ao recurso do Espólio, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Espólio de Alexandre Chueri e Tiago Martinho Militão interpõem recursos de apelação, respectivamente às f. 404-411 e 417-421, contra a sentença de primeiro grau (f. 384-399), proferida na ação de indenização, que o segundo recorrente move em face do primeiro, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o primeiro recorrente a pagar indenização pelas benfeitorias necessárias no valor de R$ 200.841,39, a partir da citação e correção monetária a partir do ajuizamento da ação, e julgou improcedente a reconvenção apresentada pelo mesmo.

Espólio de Alexandre Chueri alega que o autor/recorrido é possuidor de má-fé, pois após o ajuizamento da ação de embargos de terceiro tomou conhecimento de que o imóvel estava sob litígio. Argumenta que as benfeitorias já existiam no imóvel antes da posse do autor/recorrido, e sustenta que pastagem não é benfeitoria necessária e sim útil, assim descabe a indenização pleiteada, e ainda que assim não se entenda, deve-se incluir pastagem como forma de acessão ao imóvel, e indevida a indenização em face da posse de má-fé do autor/recorrido.

Alega ainda, que é devida a indenização por lucros cessantes pelo uso por parte do autor/recorrido dos 115 meses que ocupou a terra, sendo entendida como indenização por fruição.

Busca o provimento do recurso, reformando-se a sentença singular nos termos acima apontados.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 427-430, pugnando pelo improvimento do recurso.

Tiago Martinho Militão aduz que o valor da indenização fixado pelo magistrado singular é irrisório e não foi proferida em desacordo com o laudo pericial juntado pelo recorrente.

Requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença singular a fim de que, sopesando os valores descritos no laudo pericial, em confronto com o laudo judicial, seja majorado o valor da condenação imposta ao apelado.

Contrarrazões às f. 435-436 requerendo o improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos por Espólio de Alexandre Chueri e Tiago Martinho Militão, contra a sentença singular que julgou parcialmente procedente a ação de indenização movida por Tiago Martinho Militão, e improcedente a reconvenção, formulada pelo Espólio de Alexandre Chueri.

Segundo consta nos autos, Tiago Martinho Militão ajuizou a presente ação indenizatória visando o ressarcimento pelas benfeitorias realizadas no imóvel rural, de propriedade do Espólio de Alexandre Chueri. O autor cumulou, também, pedido de retenção por benfeitorias, que foi indeferido em julgamento de agravo de instrumento (f. 121-214), em razão da alteração dada pela Lei n. 10.444/2002, ao artigo 621 do Código de Processo Civil.

O magistrado singular reconheceu a posse de má-fé do autor, a partir de 1992, quando o mesmo tomou conhecimento do litigio sobre a área possuída, ou seja, após o autor ajuizar embargos de terceiro na ação reintegratória movida pela parte ré. Por conseguinte, delimitou a indenização apenas com relação às benfeitorias necessárias, arroladas no laudo judicial, excluindo a construção de uma ponte, por ter sido constatada que se tratava de obra realizada pelo governo do Estado.

Com relação à reconvenção, apresentada pelo Espólio, na qual se pretende a condenação da parte autora em reparação de danos, o magistrado singular julgou improcedente por falta de provas do dano material e não configuração do dano moral.

Passo a analisar os recursos separadamente.

Do Recurso de Espólio de Alexandre Chueri.

O ora recorrente sustenta que não há dever de indenizar, em razão da posse de má-fé do recorrido e inexistência de benfeitorias necessárias. Busca ainda, a procedência da reconvenção, condenando o recorrido a indenização por fruição.

A questão acerca da posse de má-fé do recorrido já foi reconhecida por sentença, e nessa parte, o apelante não foi sucumbente. Porém, ainda assim persiste o dever de indenizar, pois o artigo 1.220 do Código Civil determina que ao possuidor de má-fé somente é devido o ressarcimento das benfeitorias necessárias, sem direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

Quanto à existência das benfeitorias, a prova testemunhal corrobora as afirmações do autor. Senão vejamos:

A testemunha Valter Cardoso de Moraes narrou:

> Na época em que trabalhou na propriedade rural do requerente, este não edificou nenhuma benfeitoria nova, mas apenas melhorou as já existentes, consertando cercas e porteiras, bem como um mangueiro da fazenda. [...] Melhor esclarecendo, o requerente colocou algumas porteiras no imóvel, entre elas porteiras no mangueiro, que não estava totalmente acabado. [...] Não se recorda quantos hectares estava formado quando chegou no imóvel, podendo dizer que na data de sua dispensa (1994), havia sido formado aproximadamente 250 hectares de pastagens a mais do existente. (f. 316)

Comprovadas a posse de má-fé e a realização de benfeitorias, faz-se necessário definir estas últimas.

O artigo 96 do Código Civil estabelece a classificação legal das benfeitorias. Vejamos:

> Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
>
> § 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.
>
> § 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.
>
> § 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

A doutrina e jurisprudência exemplificam os tipos de benfeitorias, considerando benfeitorias voluptuárias aquelas cujo escopo é tão-somente dar comodidade àquele que as fez, não tendo qualquer utilidade por serem obras para embelezar a coisa, como por exemplo, construção de piscina numa casa particular, revestimento em mármore de um piso de cerâmica em bom estado, decoração luxuosa de um aposento etc.; entende-se por benfeitorias úteis aquelas que visam aumentar ou facilitar o uso do bem, apesar de não serem necessárias (RT 516/157), a exemplo, as instalações de aparelhos sanitários modernos, construção de uma garagem; e como benfeitorias necessárias as obras indispensáveis à conservação do bem, para impedir a sua deterioração, como por exemplo, serviços realizados num alicerce da casa que cedeu, reconstrução de um assoalho que apodreceu, colocação de cerca de arame farpado para proteger a agricultura etc.[2]

No caso dos autos, a parte autora, ora recorrida, busca a indenização pela realização das seguintes benfeitorias:

2 Vários Autores . Novo código civil comentado. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

a) uma casa de alvenaria;

b) um barracão de madeira;

c) um mangueiro;

d) dez porteiras;

e) dois mata-burro;

f) uma ponte;

g) sistema de água;

h) cerca;

i) pastagem;

j) estrada.

O laudo judicial constatou a existência das citadas benfeitorias, à exceção de dois mata-burros, quantificando o valor das benfeitorias em R$ 232.475,65 (duzentos e trinta e dois mil quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), e considerou-as como necessárias, à exceção da ponte e da estrada interna.

Conforme acima relatado, a sentença singular afastou a indenização pela construção da ponte, por ter ficado constatado que se tratava de obra do governo estadual, os dois mata-burros, por não ficarem comprovados e a estrada interna que o laudo apontou como útil.

Contudo, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo divergir de suas conclusões com base em outros elementos, para formar sua livre convicção. Nesse sentido:

> O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, conforme o disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. (STJ, REsp n. 935.774/SP, DJ 9.2.2009).

Pois bem. O recorrente diverge da conclusão do laudo apenas com relação à classificação da pastagem como benfeitoria necessária.

Com razão o recorrente.

A formação de pastagem não deve ser entendida como benfeitoria necessária, mas sim útil, uma vez que se trata de obra que irá aumentar o uso do bem, proporcionando melhor acomodação para o gado, alimento de melhor qualidade, mas que não é imprescindível, de modo que, ante a sua ausência, irá deteriorar o bem, pois a formação pressupõe a existência de pastagem natural, além de que, o gado possui outras formas de alimentos, como o sal bovino.

Melhor sorte, entretanto, não assiste ao recorrente quanto à procedência da reconvenção.

Ora, o recorrente não se desincumbiu de provar fato constitutivo de seu direito, ou seja, não provou os danos materiais alegados, e meros aborrecimentos e lides judiciais não configuram danos morais. Nesse sentido:

> EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – DANO MATERIAL –AUSÊNCIA DE PROVA – DANO MORAL – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

> Não há falar em dano material simplesmente pelo fato de que o apelante, no impulso de ganhar os prêmios da promoção, comprou produtos nos supermercados a fim de auferir maior número de bilhetes.
>
> Não resta configurado o dano moral, visto que o requerente passou por um mero dissabor e não algo que mudasse psicologicamente seu estado de ânimo. (TJMS, AC n. 2002.009071-9, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Julgado em 10.1.2006).

Posto isso, julgo parcialmente procedente a apelação interposta pelo Espólio de Alexandre Chueri, para reformar em parte a sentença singular e excluir indenização o valor referente à realização de pastagem.

Do recurso de Tiago Martinho Militão.

O ora recorrente pretende a majoração do valor da indenização, com base na conclusão do laudo pericial apresentado pelo mesmo, às f. 37-41.

Contudo, a sentença não merece reparo.

Consoante acima decidido, o julgador não está adstrito ao laudo pericial, sendo livre para formar sua convicção com base nas demais provas dos autos.

No caso dos autos, o magistrado singular admitiu os valores apresentados pelo laudo do perito judicial, pois o mesmo foi confeccionado com a presença dos assistentes técnicos indicados pelas partes, obedecidos o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, o recorrente não demonstrou o desacerto do laudo judicial, sendo que mera insatisfação não é suficiente para ilidir a presunção de veracidade do laudo judicial.

Dessa forma, nego provimento ao recurso interposto por Tiago Martinho Militão.

Por todo exposto, conheço de ambos os recursos, e voto por dar parcial provimento à apelação interposta pelo Espólio de Alexandre Chueri, no sentido de afastar da indenização o valor referente à benfeitoria realizada nas pastagens. E voto por negar provimento ao recurso de apelação oposta por Tiago Martinho Militão. Mantêm-se no mais o decidido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE TIAGO MARTINHO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO ESPÓLIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.008029-4 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – VEÍCULO ARREMATADO EM LEILÃO – DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA NÃO ENTREGUE – DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BAIXA DE TODOS OS GRAVAMES QUE PESAM SOBRE O BEM – OBRIGAÇÃO NÃO CUMPRIDA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO DETRAN/MS – AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. O DETRAN-MS, na qualidade de órgão responsável pela arrecadação e gerenciamento da inserção de multa nos respectivos prontuários de veículos, o fazendo inclusive por convênio com outros estados da federação, está legitimado para figurar no polo passivo da demanda que visa obrigá-lo a excluir do prontuário as multas tidas por nulas ou irregulares.

2. Aquele que arremata veículo em leilão público o faz como se não tivesse ônus o automotor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN MS em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Maxiwillian Figueira.

Foi deferida a antecipação da tutela determinando a realização da transferência do veículo para a pessoa do autor, ora apelado, bem como a baixa das restrições judiciais constantes em seu cadastro (f. 55-58), havendo o seu cumprimento.

A sentença (f. 106-110) confirmou o provimento antecipatório e julgou procedente o pedido, condenando o requerido ao pagamento de honorários advocatícios, sem custas, ante a isenção legal.

Em suas razões recursais (f. 116-119) o apelante atém-se, apenas, a suscitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o argumento de que a baixa das restrições sobre o bem foi efetuada pelo Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Paraná, destinatário da ordem proferida às f. 14-15 pelo Juiz Auxiliar da Corregedoria deste Tribunal.

Assim considerando, requer o acolhimento da prejudicial.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por Maxiwillian Figueira em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN MS.

A sentença, ratificando a medida antecipatória de f. 55-58, consiste na procedência dos pedidos articulados na inicial, tornando, assim, definitiva a ordem para que o réu, ora apelante, mantenha a transferência de propriedade do veículo Fiat Uno Mille, IE, cor preta, ano 1995, placa AFP 8103, Toledo/PR, para o nome do autor.

Em suas razões recursais (f. 116-119) atém-se, tão somente, a suscitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o argumento de que a baixa das restrições sobre o bem foi efetuada pelo Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Paraná, destinatário da ordem proferida às f. 14-15 pelo Juiz Auxiliar da Corregedoria deste Tribunal.

Compulsando os autos, observa-se que houve apenas um pedido principal: a transferência de propriedade da aludida coisa junto ao DETRAN-MS, ora apelante. Tal pleito foi já cumprido através do deferimento da medida antecipatória de f. 55-58.

A amparar tal pleito, argumenta o apelante que a baixa das restrições sobre o bem foi efetuada pelo Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Paraná, destinatário da ordem proferida às f. 14-15 pelo Juiz Auxiliar da Corregedoria deste Tribunal.

Feita essa breve consideração, vê-se que a preliminar não merece acolhida.

Consoante leciona Humberto Theodoro Júnior, citando Arruda Alvim, "a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença[3].

No caso versando, somente a pessoa jurídica de direito público indicada na inicial, no caso o DETRAN-MS, é que pode suportar a sentença de procedência, no tocante ao pedido de transferência relativo à coisa. É ela, portanto, na qualidade de órgão responsável pela arrecadação, aplicação de penalidades e transferência de veículos que estão em sua jurisdição.

Portanto, o réu é, de fato, parte legítima para responder à demanda.

Nesse sentido:

3 **Curso de direito processual civil**, V. I, 39. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 53

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – REJEITADAS – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – OBRIGAÇÃO DE FAZER A TRANSFERÊNCIA DO BEM AO DETRAN, COM ASSUNÇÃO DOS ÔNUS FISCAIS A PARTIR DA AQUISIÇÃO – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA.

Não há cerceamento de defesa pelo julgamento no estado em que se encontra o processo se a produção de prova oral em audiência era desnecessária à vista do extrato probatório já constante dos autos, advindos com a inicial e com a defesa.

É sujeito passivo da ação cuja pretensão é a obrigação de fazer aquele que adquiriu o veículo do anterior proprietário, em nome de quem ainda o veículo se encontra registrado no DETRAN, para compeli-lo a promover o registro da referida aquisição e assumir os ônus fiscais a partir daí incidentes. (TJMS, AC n. 2009.003928-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, , julgado em 19.5.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM AFASTADA – DETRAN – EMISSÃO DE CERTIDÃO ACERCA DA REGULARIDADE DO VEÍCULO ANTERIORMENTE À SUA COMPRA – CAMINHÃO COM ANOTAÇÃO DE VÁRIAS MULTAS POR INFRAÇÕES COMETIDAS PELO ANTERIOR PROPRIETÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. O DETRAN-MS, na qualidade de órgão responsável pela arrecadação, aplicação de penalidade e inserção em seu sistema de dados fornecidos pela Polícia Rodoviária Federal, segundo o convênio celebrado entre as partes, é o único legitimado passivo a suportar os efeitos da sentença.

2. Responde objetivamente o DETRAN-MS pela veracidade das informações negativas de multa que emite, nas quais atesta a regularidade de veículos, a gerar nas pessoas a confiança de que estão realizando negócio seguro. Assim, não se responsabiliza o adquirente de veículo por multas existentes, se estas, quando da aquisição, não haviam sido inseridas no cadastro e prontuário do veículo por culpa do órgão de trânsito. (TJMS, AC n. 2008.028593-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 17.12.2009).

EMENTA – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – DEFENSORIA E DETRAN/MS – CONFUSÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I- Em sendo o Detran/MS órgão competente para cobrar multas de trânsito e enviar notificações ao endereço do suposto infrator, para comunicar-lhe sobre a prática de infração de trânsito, tem ele legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que pretender anular auto de infração. (TJMS, AC n. 2009.011892-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 14.9.2009).

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a r. sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.026293-7 - Ponta Porã
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FURTO DE MOTOCICLETA QUE SE ENCONTRAVA APREENDIDA E SOB A GUARDA DO DETRAN – RECURSO NÃO CONHECIDO NA PARTE QUE PUGNA PELA REDUÇÃO DO DANO MATERIAL – IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA PELO JUIZ *A QUO* – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

1 - Não há interesse recursal à parte que pugna pela reforma da sentença em pontos que terminaram por acolher a sua pretensão, o que impõe o reconhecimento parcial do recurso.

2 - O furto de motocicleta apreendida e que se encontrava sob a guarda do Detran não viola o direito à honra assegurado pela Constituição Federal, devendo tal conduta ser tratada como mero aborrecimento, o que torna indevida a indenização por danos morais. Possibilidade, apenas, da condenação em danos materiais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de março de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Departamento Estadual de Trânsito – Detran interpõe recurso contra a sentença do juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã que, nos autos da ação de indenização ajuizada por Faustino Rodrigues Espíndola, julgou procedente o pedido inicial nos seguintes termos:

> Posto isso, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial e, por conseguinte, CONDENO o Departamento Réu a pagar ao Autor, a título de dano materiais, a quantia de R$ 2.628,00 (dois mil, seiscentos e vinte e oito Reais), devidamente corrigida pelo IGPM/FGV a partir do prejuízo (STJ, Súm 43 e STF, Súm. 562), bem como acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do mesmo termo inicial (STJ, Súm. 54), ressaltando apenas, por oportuno, que o prejuízo do autor se verificou a partir do dia em que teria direito à restituição do bem apreendido, o que lhe foi obstado em razão do furto, sendo tal data a

> que consta do BO de f. 13, qual seja, 31.10.2005. CONDENO o DETRAN, ainda, a pagar ao Autor, a título de danos morais, a quantia de R$ 6.975,00 (seis mil novecentos e setenta e cinco Reais), devidamente corrigida pelo IGPM/FGV a partir desta data (STJ, Súm. 362), e acrescida de juros moratórios fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês (CC, art. 406 c/c CTN, art. 161, § 1º), também devidos a partir do mesmo termo inicial (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 18.6.1998, RSTJ 112/184). Em decorrência, julgo extinto o feito, com resolução do mérito (CPC, art. 269, I). [...] (f. 57).

O apelante, em suas razões (f. 64-68), alega que o valor da indenização dos danos materiais foi exorbitante, visto que o valor do veículo furtado não equivale ao valor da condenação.

Sustenta que o fato do apelado ter o seu veículo apreendido e depois furtado no pátio do Detran não é capaz de lhe causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal, devendo ser considerado mero aborrecimento.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 74-76) pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Departamento Estadual de Trânsito – Detran, contra a sentença do juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã que, nos autos da ação de indenização ajuizada por Faustino Rodrigues Espíndola, julgou procedente o pedido inicial para condenar o apelante a pagar ao apelado, a título de dano material, o valor de R$ 2.628,00 (dois mil seiscentos e vinte e oito reais) e, a título de dano moral, o valor de R$ 6.975,00 (seis mil novecentos e setenta e cinco reais).

O apelante, conforme relatado, alega que o valor da indenização dos danos materiais foi exorbitante, visto que o valor do veículo furtado não equivale ao valor da condenação.

Sustenta que o fato do apelado ter o seu veículo furtado no pátio do Detran não é capaz de lhe causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal, devendo ser considerado mero aborrecimento.

1- Da redução do dano material

Inicialmente cumpre ressaltar que, entre os requisitos de admissibilidade intrínsecos do recurso, encontra-se o interesse recursal.

Da mesma forma que o interesse de agir, como uma das condições de ação, o interesse recursal deve ser analisado sob dois aspectos, quais sejam, a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pleiteado e a adequabilidade do escolhido.

Nos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira,

> O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.[4]

4 **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 265, v.5.

Nesse contexto, dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil que o recurso somente pode ser interposto pela parte vencida. Assim, é vedada a interposição de recurso por aquele que não restou prejudicado com a decisão.

Essa é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Requisitos de admissibilidade: interesse em recorrer. Consubstancia-se na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável. É preciso, portanto, que tenha sucumbido, entendida a sucumbência aqui como a não obtenção, pelo recorrente, de tudo o que poderia ter obtido do processo[...][5]

Nesse sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] 'Tem interesse de recorrer a parte prejudicada pela decisão. O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença. Assim, o prejuízo resulta da sucumbência. Por sucumbente, ou vencido, e, pois, prejudicado, se considera a parte a quem a sentença não atribuiu o efeito prático a que se visava.' (Moacyr Amaral Santos, *in* **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil,** 3. Vol., 2 ed., Ed. Max Limonad, p. 93). [...]. 3. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg em REsp n. 308608/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25.2.2002).

No caso versando, o juiz *a quo* acolheu a impugnação do apelante (Detran), quanto ao valor do dano material sugerido pelo apelado. Vê-se dessa passagem da sentença que:

> Por fim, o réu trouxe não apenas decreto estadual com o preço do veículo furtado (f. 45), mas também tabela nacionalmente conhecida e utilizada para aferição do valor de veículos usados (Tabela FIPE – f. 46), comprovando, pois, que o bem valeria em torno de R$ 2.620,00/2.636,00.
>
> Assim, pela média, tenho que o valor dos danos materiais deve ser de R$ 2.628,00 (dois mil seiscentos e vinte e oito reais)[...] (f. 50).

Diante dessas considerações, não conheço da parte do recurso que pugna pela redução do valor do dano material, por não ser sucumbente a parte apelante, já que o juiz *a quo* acolheu os valores trazidos por ele, ou seja, pelo próprio demandado.

2- Do dano moral

O apelante sustenta que o fato do apelado ter o sua motocicleta apreendida e depois furtada no pátio do Detran não caracteriza dano moral, devendo ser reformada a sentença.

Vale esclarecer que o dano moral é uma lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Atinge a liberdade, igualdade, solidariedade ou psicofísica. Só existe dano moral quando a dignidade é atingida (art. 5º, V e X, CF).

Nem toda situação desagradável e incômoda gera dano moral a ser reparado. O que está sujeito à reparação é a dor profunda, mais precisamente aquela que atinge a liberdade, igualdade, solidariedade ou psicofísica, servindo a indenização apenas para trazer conforto à vítima.

Sobre o tema Sérgio Cavalieri Filho, assim leciona:

5 Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6. ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 818

> Só deve ser reputado 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 dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações jurídicas em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.[6]

A propósito, preleciona Guilherme Couto:

> Não é todo o sofrimento, dissabor ou chateação que geram a ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam decorrência do desdobramento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade, e estes são indiferentes ao plano jurídico. [7]

Nesse sentido, aliás, tem sido o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Mero receio ou dissabor não pode ser alcançado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias. (STJ, REsp n. 489.187/RO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 13.5.2003).

In casu, embora a motocicleta do apelado tenha sido furtada no pátio do Detran, após sua apreensão, tal fato não passou de mero aborrecimento e desgaste emocional, incapaz, por si só, de ensejar indenização por danos morais.

Se uma conduta não tem potencialidade de causar abalo moral, mas apenas mero aborrecimento, o que é comum, deveras, na vida em sociedade, não se há falar em dano moral. Se houve falha na segurança do Detran, que culminou com o furto da motocicleta do apelante, tudo se resolve em dano material, segundo, aliás, os precedentes desta Corte.

Como dito, em situação idêntica este Tribunal assim se pronunciou, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES – FURTO DE MOTOCICLETA NO PÁTIO DO DETRAN – OMISSÃO ESTATAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO E FORÇA MAIOR – AFASTADAS – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANOS MATERIAIS – VALOR DO VEÍCULO À ÉPOCA DOS FATOS – DANOS MORAIS INEXISTENTES – LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...] Constitui mero aborrecimento o furto de motocicleta ocorrido no pátio do Detran, não caracterizando dano moral indenizável, porquanto o fato não é capaz de causar sofrimento

6 **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

7 **Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22-23.

psíquico ou humilhação pessoal ao proprietário. [...] (TJMS, AC n. 2009.001919-2, Quarta Turma, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 24.3.2009).

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MOTOCICLETA APREENDIDA – MOTORISTA QUE DIRIGIA EMBRIGADO – FURTO NO PÁTIO DO DETRAN – DANO MORAL – INEXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O furto de motocicleta ocorrido no pátio do Detran não caracteriza dano moral indenizável, porquanto não foi capaz de causar sofrimento psíquico ou humilhação pessoal ao proprietário, constituindo mero aborrecimento. (TJMS, AC n. 2007.018294-9, Terceira Turma, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 13.8.2007).

Desta feita, por mais que se tenha demonstrado a má prestação do serviço público, ante a falha ocorrida, sem, contudo, haver comprovação do abalo ao direito subjetivo do autor, incabível a indenização por dano moral.

Conclusão

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e na parte conhecida dou-lhe provimento, apenas para afastar a condenação do apelante em danos morais, mantida a sentença no que se refere à condenação em danos materiais.

Em razão desta decisão, reconheço a existência de sucumbência recíproca. O autor apelado arcará com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e o apelante isento do pagamento do remanescente. Cada qual arcará com os honorários de seus respectivos patronos, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil. O pagamento das custas ficará suspenso em relação ao autor por ser ele beneficiário da gratuidade judicial, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NESTA EXTENSÃO, DERAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 4 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.032247-7 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – DANIFICAÇÃO DE VEÍCULO POR TERCEIROS EM ESTACIONAMENTO DE HIPERMERCADO – MERO ABORRECIMENTO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO NOS TERMOS DA LEI N. 1.060/50 – RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO – RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.

A danificação de veículo por terceiros em estacionamento de hipermercado não viola o direito à honra assegurado pela Constituição Federal, devendo tal conduta ser tratada como mero aborrecimento, o que torna indevida a indenização por danos morais, mormente quando o autor foi tratado com absoluto respeito pelos prepostos da ré. Seria pertinente, quando muito, o dano material, que não foi objeto da pretensão do autor.

A parte vencida, mesmo quando beneficiária da justiça gratuita, deve ser condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, ficando o seu pagamento suspenso, *ex vi* do art. 2 da Lei n. 1.060/50.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Wescley Leite Fernandes e dar provimento ao apelo da Companhia Brasileira de Distribuição Extra Hipermercados, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Wescley Leite Fernandes interpõe recurso contra a sentença do juízo da 7ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por dano moral ajuizada em desfavor da Companhia Brasileira de Distribuição – Extra Hipermercados, julgou improcedente o pedido contido na inicial. Esta também recorre da sentença pois o juiz de primeiro grau, mesmo julgando improcedente a demanda, deixou de condenar o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Wescley Leite Fernandes, em suas razões (f. 76-84), alega que o juiz singular equivocou-se quanto à causa de pedir, pois considerou esta como sendo a danificação de seu veículo, quando em verdade é o sentimento de agressão e afronta à sua segurança e possível incolumidade física.

Afirma que a sentença restou fundamentada na exigência de prova do dano moral, considerado impossível pela doutrina e jurisprudência.

Aduz que houve culpa da empresa-apelada, por ter segundo seu entendimento se descuidado do dever de vigilância, ao qual estava obrigada.

Companhia Brasileira de Distribuição – Extra Hipermercados em suas razões às f. 69-73 assevera que não poderia o juiz *a quo* ter deixado de condenar o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, apenas por ser beneficiário da justiça gratuita, conquanto o artigo 12 da Lei n. 1060/50 foi recepcionado pela Constituição Federal e prevê o prazo de até 5 anos para a cobrança desses valores, caso fique comprovado a ascensão econômica do sucumbente.

Contrarrazões às f. 88-93 e 95-101 pugnando pelo improvimento do recurso da parte *ex adversa*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta tanto por Wescley Leite Fernandes quanto por Companhia Brasileira de Distribuição – Extra Hipermercados contra a sentença do juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente a ação de indenização por dano moral que o primeiro ajuizou contra a segunda. O autor pugna pelo provimento do recurso, para que sua pretensão seja julgada procedente. Já a ré pede o reexame do *decisum*, por não ter sido o autor-apelante condenado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Dos danos morais

Colhe-se dos autos que no dia 18.5.2008 o apelante realizava compras no Hipermercado Extra, quando, num dado momento, foi chamado pelo serviço interno de som para que comparecesse no estacionamento da empresa.

Chegando ao local, visualizou seu veículo Gol Mil, verde, placas HRM 1487 sendo danificado por terceiro, o Sr. Alberto Carneiro Costa, que dizia ser proprietário do veículo e que estava nervoso por ter perdido as chaves e não conseguia abrir o automotor.

Afirma que a ré lhe tratou com descaso, não tomando nenhuma medida para amenizar ou socorrê-lo da situação que se encontrava. Alega, pois, ter sofrido lesão a sua honra, pleiteando reparação à título de danos morais.

O Juiz *a quo,* julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, considerando o ocorrido como aborrecimento cotidiano, típico da convivência humana.

O autor-apelante afirma que a negligência e a falta de respeito da empresa apelada gerou medo e constrangimento, tanto a ele quanto a seu filho de 5 anos de idade, que o acompanhava durante o episódio, fazendo jus, portanto, à reparação pela ofensa moral sofrida.

Tenho, no entanto, que tal argumento não procede.

Dano moral é uma lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Atinge a liberdade, igualdade, solidariedade ou psicofísica. Só existe dano moral quando a dignidade é atingida (art. 5º, V e X, CF).

Em relação aos danos morais, tanto a doutrina como a jurisprudência, têm se posicionado no sentido de que:

> Só deve ser reputado 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 dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações jurídicas em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.[8]

A propósito, preleciona Guilherme Couto:

> Não é todo o sofrimento, dissabor ou chateação que geram a ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam decorrência do desdobramento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade, e estes são indiferentes ao plano jurídico. [9]

In casu, incabível se mostra a reforma da sentença do Juízo de 1º grau que afastou a incidência do dano moral, porquanto a situação narrada se amolda perfeitamente ao chamado contratempo, maximizado pelo autor, mas sem o condão de gerar abalo extrapatrimonial, reparável pecuniariamente.

Nem toda situação desagradável e incômoda gera dano moral a ser reparado. O que está sujeito à reparação é a dor profunda, mais precisamente aquela que atinge a liberdade, igualdade, solidariedade ou psicofísica, servindo a indenização apenas para trazer conforto à vítima.

No caso, embora o veículo do autor tenha sido danificado, ao que penso, não passou tal fato de mero aborrecimento e desgaste emocional, incapaz, por si só, de ensejar indenização por danos morais.

Se uma conduta não tem potencialidade de causar abalo moral, mas apenas mero aborrecimento comum decorrente da vida em sociedade, em razão de falha ocorrida na segurança de estacionamento, não há que se falar em reparação moral.

Ademais, a indenização por dano moral se mostra incabível, vez que não restou demonstrado, nem comprovado, de que forma a honra, a dignidade ou a imagem do autor tenham ficado efetivamente afetadas junto à sociedade.

Frisa-se que em nenhum momento ficou comprovado que funcionários do hipermercado, responsáveis pela manutenção e guarda do estacionamento, teriam ofendido ou desrespeitado o recorrente.

8 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

9 **Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22-23.

Vale ressaltar que o pedido não versa sobre o recebimento de danos materiais devido à danificação de seu automóvel, mas tão somente quanto aos danos da personalidade, que não merecem acolhimento, pois não se vislumbra qualquer ofensa nesse sentido.

Desta feita, por mais que se tenha demonstrado a má prestação do serviço, ante a falha ocorrida na segurança do estacionamento da empresa, sem, contudo, haver comprovação do abalo ao direito subjetivo do autor, incabível a indenização por dano moral.

De igual modo, já se posicionou esta Corte de Justiça, *in verbis:*

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIOMENTO DE SUPERMERCADO – PRETENSÃO MANIFESTADA PELO AUTOR DE RECEBER DANOS MORAIS – FATO QUE CONFIGURA MERO ABORRECIMENTO OU DESGASTE EMOCIONAL – DANOS MATERIAIS – SUA REDUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS POR AMBAS AS PARTES – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PROVIDO.
>
> I- Para que o autor de ação de indenização seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, pois, o mero aborrecimento ou desgaste emocional não ensejam, por si só, a referida indenização.
>
> II- Os danos materiais devem corresponder ao prejuízo patrimonial sofrido pelo autor da ação. Se as parte demonstram haver sido menor o prejuízo sofrido pelo autor, deve a indenização ser reduzida.
>
> III- Havendo sucumbência recíproca, arbitra-se verba honorária em favor do advogado de ambas as partes. (TJMS, AC n. 2006.002465-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 18.4.2006).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO DANO – MERO DISSABOR – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em condenação por danos morais quando o ocorrido não ultrapassa à normalidade dos acontecimentos, sem ofender a reputação e honra do ofendido, tratando-se de mero dissabor.
>
> Para que o autor de ação de indenização seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, pois o mero aborrecimento não enseja, por si só, indenização a tal título**.** Recurso conhecido, mas improvido. (TJMS, AC n. 2005.018603-7, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 29.1.2009).

Dessa maneira, firme na premissa da ausência de situação que caracteriza lesão moral suficiente para reparação do dano, entendo que a sentença deva ser mantida neste ponto, não havendo se falar em responsabilidade da empresa-apelada.

Da sucumbência

A empresa-ré apela alegando que o autor deveria ter sido condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita.

De fato o autor é beneficiário da gratuidade processual. A concessão deste benefício, porém, não impede a sua condenação em honorários e custas; apenas suspende a sua exigência pelo período previsto no artigo 12 da Lei n. 1.060/50, *in verbis*:

> Art. 12. - A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Sobre a matéria, este Tribunal assim se posiciona:

> [...] A parte beneficiária da assistência judiciária gratuita pode ser condenada ao pagamento dos ônus de sucumbência, desde que sua cobrança fique sobrestada pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50. (TJMS, AC n 2008.033589-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 20.1.2009).

Nessa ordem de ideias, conclui-se pela possibilidade da condenação do apelante no pagamento das custas e honorários, porém suspensa a sua cobrança.

Assim, reformo a sentença neste ponto.

Conclusão

Ante o exposto, conheço dos recursos interpostos.

Nego provimento ao recurso do autor. Em contrapartida, dou provimento ao recurso da ré, para condenar o autor no pagamento das custas e em honorários advocatícios que, na forma do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, os fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais). Tanto as custas quanto o pagamento de honorários ficam suspensos, por ser o vencido beneficiário da assistência judiciária gratuita (art. 12 da Lei n. 1.060/50).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE WESCLEY LEITE FERNANDES E DERAM PROVIMENTO AO APELO DA COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO EXTRA HIPERMERCADOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.025337-5 - Cassilândia
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – LAUDO PERICIAL – VALOR – PRETENDIDA REDUÇÃO AO TEMPO DA OCUPAÇÃO – BENFEITORIAS PÚBLICAS – ASFALTO E ESGOTO – PRERROGATIVA DO MUNICÍPIO EM EXIGIR CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIAS – RECURSO IMPROVIDO.

Cuidando-se de indenização por desapropriação indireta, se a valorização do imóvel, no decorrer dos anos que sucederam à ocupação pública sem o devido processo legal de desapropriação, decorrer de benfeitorias implementadas pela municipalidade, deve prevalecer, no dever indenizatório, o valor do laudo pericial oficial, cabendo ao ente público exigir, na hipótese, a co-respectiva contribuição de melhorias pelos melhoramentos que comprovadamente realizou.

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – IPTU – ÁREA REMANESCENTE – COBRANÇA POSTERIOR À OCUPAÇÃO – TOTALIDADE DO IMÓVEL – COBRANÇA INDEVIDA – DEVER REPARATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

Nas desapropriações tanto diretas quanto indiretas, restando área remanescente, é sobre esta que deve incidir a exigência dos impostos devidos, como é o caso do IPTU.

APELAÇÃO CÍVEL – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – CORREÇÃO MONETÁRIA – JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS – DATA INICIAL DE INCIDÊNCIA.

Em se tratando de desapropriação pela via indireta, a correção monetária é devida a partir da data do laudo pericial, enquanto os juros compensatórios devem retroagir à data da ocupação do imóvel expropriado. Os juros moratórios, por sua vez, incidem a partir de 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 15 de março de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Contra a sentença que julgou procedente o pedido de indenização por desapropriação indireta, formulado por Alberto Queiroz dos Santos perante o Município de Cassilândia, este último interpôs recurso de apelação buscando sua parcial reforma.

Aduz, em suas razões (f. 214-218), que a sentença, louvando-se no laudo pericial fixou e indenização no valor de R$ 26.627,53 (vinte e seis mil, seiscentos e vinte e sete reais e cinquenta e três reais), sem atentar que essa Avaliação levou em consideração as benfeitorias existentes na área ocupada pela municipalidade para construção de uma avenida pública, com implantação de rede de energia elétrica e de esgoto, telefonia e outros melhoramentos que implicaram na valorização do imóvel, de modo que, se a avaliação fosse elaborada desprezando tais melhoramentos, o valor correto deveria ser de R$ 9.371,84 (nove mil, trezentos e setenta e um reais e oitenta e quatro centavos), importância esta que fora paga a outro proprietário, nas mesmas condições, mediante o acordo descrito às f. 142, celebrado em 26.11.2004.

Manifesta, por outro lado, inconformismo com a condenação ao pagamento do valor de R$ 654,00 (seiscentos e cinquenta e quatro reais), consubstanciado no pagamento a maior que o apelado fez em relação ao IPTU, que, mesmo depois da ocupação pública de parte do imóvel, permaneceu sendo exigido nos anos posteriores sobre sua totalidade. Alega, em síntese, que o aludido tributo, depois da ocupação daquela área, teve seu valor reduzido, circunstância que faz pressupor sua exigência somente da área remanescente, sendo, nestas condições, indevida a indenização.

Prossegue manifestando irresignação com *o dies a quo* consignado na sentença para incidência da correção monetária (7.7.2005 – data do laudo pericial) enquanto em relação aos juros compensatórios deduz que a sentença teria se equivocado ao determinar a data de sua incidência a partir da data ocupação do imóvel pelo apelante, quando o correto, no seu entender, deveria ser a partir da data da citação.

O juiz singular, diante da natureza da lide, recorreu de ofício.

Em contrarrazões (f. 223-229), o apelado pugna pelo improvimento de ambos os recursos, sustentando que a sentença não se afastou da justa indenização, merecendo subsistir, inclusive, no que diz respeito à condenação relativa às diferenças do Imposto Predial e Territorial Urbano.

VOTO

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

Cuida-se de pedido de indenização por desapropriação indireta, em que autor reclama que a municipalidade, sem tomar as medidas legais que essa espécie de expropriação exige, passou a ocupar parte de uma área de sua propriedade em meados de 1988, sendo que do total dessa área – 1.158,80m² – restaram-lhe apenas 311,75m², e o restante – 845,05m², o apelante usou na construção de uma avenida urbana na cidade de Cassilândia.

Depois da instrução probatória necessária, consistente na elaboração do indispensável laudo pericial, chegou a *expert* nomeada pelo juízo, à conclusão de que a área ocupada pelo Poder Público, para efeito de indenização, valia, em 7.7.2005, R$ 26.627,53.

Esse valor serviu de parâmetro para efeito de entrega da prestação jurisdicional (cf. sentença, f. 206).

No mesmo *decisum,* o apelante ainda foi condenado ao ressarcimento dos valores que o apelado pagara a maior referente ao IPTU, que continuou a ser cobrado sobre a totalidade do imóvel mesmo depois da ocupação de parte dele.

Pois bem. Embora o laudo pericial não faça menção à data em que os melhoramentos públicos passaram a fazer parte da região onde se situa o imóvel do apelado, as circunstâncias autorizam presumir que a pavimentação, esgoto, águas pluviais e meios-fios e sarjeta (cf. f. 100 do laudo pericial) advieram com a construção da avenida que invadiu o terreno particular.

Já com relação aos demais itens elencados pela perita (luz domiciliar, luz pública, telefone, água, arborização e gás), não existem nos autos elementos que indiquem a não presença deles antes da construção da indigitada avenida.

Nessa linha de raciocínio, cabe destacar que a experiência comum dá conta de que asfalto, esgoto, telefone, gás, arborização, etc, são comodidades pelas quais o munícipe sempre paga, seja através de contribuição de melhorias seja mediante contratação com as concessionárias de água, esgoto, energia e telefone, instituições alheias às atividades institucionais do Município, de sorte que, em relação ao asfaltamento, com inserção de guias, sarjetas e águas pluviais, é lícito à municipalidade exigir a correspondente retribuição do particular, mediante a cobrança da pré falada contribuição de melhorias.

Não está evidenciado, com segurança, que foi a construção da avenida com respectiva pavimentação, que deu causa à valorização sugerida pelo recorrente.

Além disso, há de se ter em mente, que ao Município incumbia, por força de suas prerrogativas, tomar as providências legais para as desapropriações das áreas afetadas, mediante contemporâneo procedimento judicial de desapropriação. Preferiu, segundo demonstrado nos autos, ocupar os terrenos particulares ***manu militari***, de sorte que deve arcar com sua irresponsabilidade no trato com a coisa privada.

Ressalte-se, a propósito que o apelado narrou na inicial que o município sempre lhe acenou com promessa de pagamento amigável, não cumprindo o prometido no decorrer de todos esses anos. Essa alegação não foi objeto de impugnação específica pela defesa, que se limitou a defender o menor preço.

De mais a mais, o STJ, em matéria análoga, teve oportunidade ementar o seguinte:

> [...]
>
> 9. No caso, a área remanescente não desapropriada valorizou em decorrência da construção de rodovia estadual. A valorização experimentada pelo imóvel não é especial, mas genérica, atingindo em patamares semelhantes todos os imóveis lindeiros à via pública construída. Assim, a mais valia deve ser cobrada por meio do instrumento legal próprio, que é a contribuição de melhoria, sendo indevido o abatimento proporcional do justo preço a ser pago pela desapropriação. (REsp n. 795580/SC, Segunda turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 1.12.2006, p. 448 e LEXSTJ 211/170 – *in site* do STJ).

Assim sendo, tenho que o valor arbitrado na sentença, consentâneo com o laudo oficial, deve prevalecer, por configurar a 'justa indenização' de que trata a Carta Magna (Arts. 5º, inciso XXIV e 182, § 3º), além de recompor o patrimônio do apelado, com abrangência de todos os eventuais prejuízo que possam ter decorridos da perda da posse de parte de sua propriedade.

Quanto à questão relacionada ao IPTU, também não merece reparos a douta sentença guerreada. É que na hipótese a prova documental existente nos autos, consistente nos carnês de cobranças do referido tributo (cf. f. 16-21), relativos, pela ordem, aos exercícios de 2001, 1998, 1999 e 2000, indica como área do imóvel a total de 1.156 m², ou seja, a metragem original, ainda que nesses anos a ocupação dos 845,05m² por parte do Município já estivesse consolidada desde 1988.

Essa prova documental, de produção do próprio apelante, não pode ser elidida agora por meras conjecturas e certidão unilateral produzida dizendo que a cobrança se deu somente em relação à área remanescente, não servindo de parâmetro os valores cobrados em cada exercício.

Mantenho, pois, a sentença também nesse tópico.

Por fim, no que tange à correção monetária e aos juros compensatórios e moratórios, melhor sorte não aguarda o ente público recorrente.

É de ciência comum que os juros compensatórios destinam-se a compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, ressarcir o impedimento do seu uso e gozo econômico, ou que deixou de lucrar, motivo pelo qual incidem os juros compensatórios a partir da ocupação do imóvel, que no caso caracterizou verdadeiro esbulho possessório.

A propósito, a pretensão do recorrente encontra óbice intransponível na Súmula 114 do STJ, que preconiza, *verbis:*

> Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

Cumpre anotar, por relevante, que relativamente ao juros moratórios, também se houve com acerto a r. sentença apelada.

Com efeito, a fixação desse juros (f. 206), em 0,5% (meio por cento) até a vigência do Código Civil de 2002 e, a partir de então, de 1% (um por cento) ao mês a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, tudo nos termos do artigo 100 da Carta Magna, ressaiu correta.

Esse entendimento se coaduna com a orientação do STJ. Confira-se:

> [...]
>
> 3. O termo inicial dos juros moratórios nas desapropriações indiretas é 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado, conforme determina o artigo 15-B do Decreto Lei n. 3.365/41, dispositivo aplicado às desapropriações [...]. (REsp n. 1109025/SC, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ 24.9.2009 – in site do STJ).

No que diz respeito à correção monetária, cuja incidência, segundo a sentença recorrida, deve ser calculada a partir da data do laudo pericial (7.7.2005), não existe dúvida de que a r. sentença objurgada mais uma vez não merece reparos.

De efeito, a decisão singular não destoa da jurisprudência predominante, que orienta no sentido de que:

> No processos de desapropriação, é devida a correção monetária a partir do laudo de avaliação [...]. (EDiv no REsp n. 114139-5, 19.4.2001, Pleno STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *in* RT 794/189).

Demais disso, cuida-se de matéria que deu ensejo à Súmula 75, do antigo TFR, segundo a qual "Na desapropriação, a correção monetária prevista no § 2º do art. 26 do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, incide a partir da data do laudo de avaliação[...] "

Nestas condições, a sentença deve se mantida igualmente no tanto em que fixou o *dies a quo* de incidência da atualização monetária.

Diante, pois, de tudo o quanto foi exposto, voto pelo integral improvimento dos recursos do Município de Cassilândia e *ex officio* mantendo, em consequência, inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 15 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.034611-3 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTRATO DE SEGURO – ESTABELECIMENTO COMERCIAL – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA E PROPRIEDADE DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS FURTADOS – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA VISTORIA – CLÁUSULA ABUSIVA – DEVER DE INDENIZAR DA SEGURADORA – RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da boa-fé, positivado nos dispositivos legais do Código Civil, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura, notadamente no que se refere aos contratos de seguro.

II - Inexistindo prévia vistoria para avaliação dos bens que guarneciam o estabelecimento comercial segurado, é desarrazoada a exigência de notas fiscais dos bens alegados como furtados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de março de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Strike Bar Boliche Ltda., irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível desta Capital, nos autos da Ação de Cobrança de Seguros c/c Reparação de Danos, que move em face de Real Seguros S.A., que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, interpôs a presente apelação cível.

Alega que houve violação aos arts. 765 e 759 do CC, pois é dever da seguradora realizar prévia vistoria no estabelecimento segurado, fazendo a constatação dos bens segurados.

Pleiteia a reforma da sentença proferida em relação à improcedência dos bens furtados, cuja constatação deveria ter sido feita previamente pela seguradora.

A recorrida apresentou contrarrazões (f. 198-206), pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Strike Bar Boliche Ltda., nos autos da Ação de Cobrança de Seguros c/c Reparação de Danos, movida em face de Real Seguros S.A., que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

A recorrente pleiteia a reforma da sentença proferida pelo juízo singular, relativamente à improcedência dos bens furtados, em face da insuficiência de prova da sua propriedade, pois argumenta que incumbia à seguradora recorrida a prévia vistoria no estabelecimento comercial segurado.

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos, em juízo de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise do mérito recursal.

A controvérsia a ser dirimida no presente apelo limita-se à apuração do dever de indenizar da seguradora recorrida, por equipamentos eletrônicos furtados do estabelecimento comercial da segurada recorrente, em razão da ausência de notas fiscais destes, tendo sido reconhecido em primeira instância a improcedência do referido pedido pela falta de prova da existência dos mencionados bens.

In casu, compulsando os autos, verifica-se que a recorrente é beneficiária de seguro empresarial firmado com a seguradora recorrida desde o ano de 2001 (f. 14-16), com cobertura para, dentre outros eventos, furto qualificado de valores no limite de R$ 4.000,00 e furto qualificado de bens no limite de R$ 7.500,00 (f. 14).

A ocorrência de furto qualificado ocorrido nas dependências do estabelecimento comercial da recorrente foi noticiada à seguradora em 1 de junho de 2005 (doc. de f. 21), data em que foi realizado o relatório preliminar de regulação.

Dispõem os arts. 422 e 765 do Código Civil:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
>
> Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

O princípio da boa-fé, positivado nos mencionados dispositivos legais, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura, notadamente no que se refere aos contratos de seguro.

Nelson Nery, citado por Cristiano Imhof[10], ensina que:

> A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar a demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte direito, regra jurígena criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar".

10 "**Código Civil e sua interpretação jurisprudencia**l. Anotado Artigo por Artigo e Leis Civis Vigentes". Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, pág. 508.

Segundo o Enunciado n. 26 da I Jornada de Direito Civil, "*A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes*".

Dessa forma, nota-se que no caso dos autos, não poderia a seguradora recorrida justificar sua recusa com base na classificação da atividade informada pela recorrente no momento da contratação.

Assim, demonstra-se indevida a recusa no pagamento da indenização pela recorrida, em favor da segurada, ora recorrente, uma vez que, inexistindo prévia vistoria para avaliação dos bens que guarneciam o estabelecimento comercial segurado, é desarrazoada a exigência de notas fiscais dos bens alegados como furtados.

Neste sentido, já se posicionou esta 3ª Turma Cível:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SEGURO RESIDENCIAL – FURTO QUALIFICADO POR ARROMBAMENTO – EXIGÊNCIA DE PROVA DA PROPRIEDADE DOS BENS FURTADOS – CLÁUSULA ABUSIVA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA VISTORIA NO IMÓVEL SEGURADO – DEVER DE INDENIZAR – BOLETIM DE OCORRÊNCIA SUFICIENTE PARA COMPROVAR O PREJUÍZO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Inexistindo vistoria prévia para avaliação dos bens que guarneciam o imóvel a ser segurado ou, no mínimo, a exigência de apresentação de uma listagem detalhada dos objetos conteúdo do imóvel segurado e de seus respectivos valores, é abusiva a cláusula que exige do segurado apresentação de notas fiscais de aquisição de todos os bens móveis atingidos pelo sinistro, mormente se não há nenhuma comprovação de que o segurado estava efetivamente cientificado a respeito desta exigência contratual.
>
> O Boletim de Ocorrência é suficiente para comprovar os prejuízos suportados pelo segurado, ainda mais quando não há prova nos autos capaz de ilidir seu conteúdo. (AC n. 2006.019777-2, Campo Grande, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 18.12.2006).

Até mesmo porque, consoante assentado na comunicação enviada pela própria seguradora (f. 172), restou comprovado que a recorrente entregou-lhe os manuais dos equipamentos eletrônicos, que servem, inclusive, como forte indício de prova de propriedade sobre os referidos bens.

Demais disso, conforme se verifica da apólice em questão (f. 14), a "Franquia" do contrato firmado entre as partes abrangia "EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS", sendo imperioso, portanto, o dever de indenização da seguradora em favor da recorrente pelos bens.

Assim, merece prosperar a irresignação da recorrente quanto à necessidade de prova da existência e propriedade dos equipamentos eletrônicos furtados em seu estabelecimento comercial, quais sejam, 7 (sete) vídeos *games Play Station* 1 e 7 (sete) cartões de memória, no valor total de R$ 5.915,00 (cinco mil, novecentos e quinze reais), porquanto a seguradora celebrou o contrato com a recorrente sem realizar prévia vistoria no estabelecimento comercial, assumindo, por isso, o risco de pagar a indenização avençada. Vale consignar que em nenhum momento a recorrida impugnou esses valores atribuídos aos bens furtados.

Não obstante inexistir controvérsia relativamente à correção monetária, pertinente é o voto exarado pela Ministra Massami Uyeda, no julgamento do REsp n. 900.573-PE, em 18.9.2007:

> A Lei n. 5.488/68, citada genericamente como violada, estabelece, em síntese, que a indenização de sinistros cobertos por contratos de seguros de pessoas, bens e responsabilidades, quando não efetuadas nos prazos e nas condições estabelecidas pelo Conselho Nacional

> de Seguros Privados, ficará sujeita à correção monetária, no todo ou na parte não paga. Já de acordo com a Resolução n. 5⁄85 do Conselho Nacional de Seguros Privados, a correção monetária incidirá a partir da data de aviso do sinistro até o efetivo pagamento do seguro, não havendo referência acerca da totalidade do capital segurado.

Assim, verifica-se que a correção monetária deve incidir a partir da data de aviso do sinistro, qual seja 1.6.2005, data em que foi realizado o relatório preliminar de regulação (f. 21), até o efetivo pagamento.

Em que pese o provimento deste recurso, as custas processuais e os honorários advocatícios deverão ser mantidos na forma arbitrada pela sentença recorrida ("a requerente arcará com 30% e a requerida 70%" – f. 173), uma vez que, ao que consta dos autos, a parte autora-apelante decaiu parcialmente dos pedidos formulados na inicial, posto que vencida quanto aos alegados lucros cessantes, no valor de R$ 3.343,90, mostrando-se correta a distribuição determinada em primeiro grau.

Por todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando parcialmente a sentença de primeira instância, condenar a recorrida a pagar à recorrente indenização no valor de R$ 5.915,00 (cinco mil, novecentos e quinze reais), pelo furto de equipamentos eletrônicos em seu estabelecimento comercial, acrescido de correção monetária pelo IGPM-FGV, a partir da data do aviso do sinistro (1.6.2005 – f. 21), além de juros de mora da citação.

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. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 15 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.014601-1 - Rio Negro
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO – TERMO *A QUO* – AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO JUIZ NO AUTO – NULIDADE SANÁVEL QUE NÃO IMPEDE O TRANSCURSO DO PRAZO – EMBARGOS REJEITADOS LIMINARMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O prazo para a propositura de embargos à arrematação é de cinco dias a contar da data da arrematação.

II – A ausência de assinatura do juiz no auto de arrematação não impede o decurso do prazo para interposição dos embargos.

III – Diante da inexistência de angularização da relação jurídica em face do embargado, ora recorrido, porquanto rejeitados liminarmente os embargos à arrematação ajuizados pelo recorrente, incabível o arbitramento de honorários advocatícios à parte *ex adversa*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de março de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Antonio Marques da Costa**,** qualificado nos autos**,** irresignado com a sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Rio Negro, MS, que julgou intempestivos os embargos à arrematação opostos em face de Cacemiro Guasso, interpôs o presente recurso de apelação.

Aduz que o atraso no andamento do feito não pode ser imputado ao embargante, ora recorrente, bem como que não houve decisão homologatória de nenhuma das avaliações feitas sobre o imóvel levado à hasta pública.

Sustenta haver necessidade de atualização da avaliação procedida sobre o imóvel arrematado, que a execução deve se dar do modo menos gravoso ao devedor e que é nula a penhora realizada sobre o imóvel rural de 32 hectares.

Alega como questão prejudicial, a existência de ação de usucapião sobre o imóvel arrematado.

Sobre a intempestividade reconhecida pelo juiz singular, o recorrente argumenta que por não existirem todas as assinaturas ao aperfeiçoamento do auto de arrematação, é defeso falar-se em extemporaneidade dos embargos interpostos.

Por fim, argumenta que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios (20% do valor da causa) não se mostra adequado.

Requer o recebimento do recurso, determinando a regular processamento do mesmo no juízo de origem.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Antonio Marques da Costa, nos autos dos embargos à arrematação julgados intempestivos pelo juízo da Vara Única da Comarca de Rio Negro, MS.

Por ordem de prejudicialidade, pertinente esclarecer que o presente voto analisará, primeiramente, a tempestividade dos embargos à arrematação ajuizado pelo recorrente.

Dispõe o art. 746 do CPC que:

> É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Na hipótese dos autos, a arrematação e a lavratura do respectivo auto ocorreram em 3 de março de 2009 (f. 662), data em que o apelante tomou conhecimento da arrematação, e a partir da qual começou a fluir o prazo para a apresentação de embargos.

Em que pese o apelante sustentar que o auto de arrematação não possui todas as assinaturas necessárias ao seu aperfeiçoamento, a ausência de assinatura do juiz singular constitui mera irregularidade, perfeitamente sanável, podendo o magistrado assiná-lo posteriormente.

Essa irregularidade, à toda evidência, não induz à prorrogação do prazo para o oferecimento dos embargos, impedindo sua fluência, considerando que não imputa nenhum prejuízo às partes, notadamente ao devedor, ora recorrente, que teve prévio conhecimento do dia e hora da realização da hasta pública, nos termos do artigo 687, § 5º, do CPC, conforme certidão de f. 588.

Nesse rumo, propício é o voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido no julgamento do REsp n. 944.451/SP, realizado em 6.12.2007:

> Não se pode tomar a assinatura do auto como termo inicial do prazo para oposição de embargos. A finalidade deste ato, previsto no artigo 694 do CPC, é outra. O executado não é intimado da assinatura do auto, apenas da arrematação. Desde então fica ele ciente de que as alegações de 'nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora' (Art. 746 do CPC), deverão ser tempestivamente argüidas em embargos. São quatro as assinaturas exigidas no auto de arrematação: juiz, escrivão, arrematante e porteiro ou leiloeiro. A condicionar-se o prazo dos embargos do Art. 746 do CPC à assinatura de todos os indicados no Art. 694, caput, do CPC, seria grande a possibilidade de ser postergado o início do prazo a meses depois da arrematação. Se é a arrematação que se discute nos embargos, a assinatura do auto nada tem a ver com o prazo de oposição da ação incidental. Intimado da arrematação, o executado tem 10 dias para questioná-la.

Verifica-se, pois, que a falta de qualquer das assinaturas necessárias ao aperfeiçoamento do auto de arrematação não gera nulidade ou obsta o decurso do prazo para a interposição dos embargos à arrematação.

Confira-se os seguintes julgados:

> EXECUÇÃO. ARREMATAÇÃO. AUTO NÃO LAVRADO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. MERA IRREGULARIDADE. REMIÇÃO. EMBARGOS. PRAZO. INÍCIO.
>
> - Normalmente, o direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação. O arrematante, contudo, não pode ser prejudicado pela omissão do serventuário em colher a firma do juiz, no auto de arrematação.
>
> - A falta de assinatura do auto de arrematação (Art. 694 do CPC) nada tem a ver com o prazo para oposição dos embargos. (REsp n. 944.451/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 6.12.2007, DJ 18.12.2007, p. 276).
>
> EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO. TERMO A QUO. LAVRATURA DO AUTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO MAGISTRADO. NULIDADE SANÁVEL QUE NÃO IMPEDE O TRANSCURSO DO PRAZO - O prazo para a oposição de embargos é de cinco dias, a contar da data da lavratura do auto de arrematação.- A ausência de uma das assinaturas exigidas pelo Art. 694 do CPC, não tem o condão de prorrogar o prazo para o oferecimento dos embargos ou de impedir a sua fluência (que é da lavratura do auto), mormente porque não traz nenhum prejuízo às partes, que tiveram conhecimento do dia e hora da realização da hasta pública. (TJ/MG, AC n. 1.0071.09.043143-9/001, Comarca de Boa Esperança, Rel. Des. Marcos Lincoln. DJ 17.8.2009).
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. AUTO DE ARREMATAÇÃO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO JUIZ. MERA IRREGULARIDADE. INTEMPESTIVIDADE. A inexistência de assinatura do juiz, do escrivão e do arrematante não tem o condão ampliar o prazo para a interposição dos embargos à arrematação. São intempestivos, portanto, os embargos opostos após o lapso temporal de cinco dias contados da data da arrematação. Inteligência dos artigos 694 e 746 do CPC. Precedentes jurisprudenciais. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 70021334263, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 20.2.2008).

Dessa forma, realizada a arrematação e a lavratura do respectivo auto em 3.3.2009 (f. 661), iniciou-se em 4.3.2009 o prazo para interposição dos embargos à arrematação, com o término em 9.3.2009.

Tendo o apelante interposto os referidos embargos em 10.3.2009, correta a sentença de primeiro grau que reconheceu sua intempestividade, restando prejudicada a análise das demais alegações recursais.

Outrossim, relativamente aos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 20% do valor da causa (R$ 150.000,00 – f. 693), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, merece prosperar o presente recurso.

Isso porque, diante da inexistência de angularização da relação jurídica em face do embargado, ora recorrido, porquanto rejeitados liminarmente os embargos à arrematação ajuizados pelo recorrente, incabível o arbitramento de honorários advocatícios à parte *ex adversa*.

Nem se diga que, em razão da apresentação de contrarrazões faria jus o recorrido aos honorários advocatícios, uma vez que esta faculdade processual decorre do princípio da ampla defesa, inerente ao ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. INCIDÊNCIA. REJEIÇÃO LIMINAR DOS EMBARGOS, PORQUE INTEMPESTIVOS. FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.
>
> I - A via estreita do recurso especial exige a demonstração cabal da violação ao art. 535 do CPC, explicitando-se as questões tidas por omissas pelo acórdão recorrido na apreciação dos aclaratórios e a importância de sua apreciação para o correto deslinde da controvérsia. Se o recorrente, em suas razões de recurso especial, limita-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido teria sido omisso em se pronunciar acerca das questões suscitadas nos aclaratórios, a fundamentação da alegada violação revela-se deficiente, ensejando a incidência da Súmula 284 do STF.
>
> II- Não obstante o posicionamento desta Corte seja no sentido de que há condenação em honorários advocatícios tanto na execução quanto nos embargos à execução de título judicial, tendo em vista que o art. 20, § 4º, do CPC prevê o seu cabimento nas execuções embargadas ou não, em se tratando de embargos liminarmente indeferidos, porque foram apresentados intempestivamente, é descabida tal condenação, visto que a relação processual é formalizada no momento em que há a intimação do embargado para responder aos embargos do devedor.
>
> Precedentes: REsp n. 506.423/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17.5.2004 e Ag n. 431.770/GO, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.5.2002.
>
> III- Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 923.554/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 19.6.2007, DJ 2.8.2007, p. 419).
>
> DECISÃO
>
> Portanto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento, a fim de afastar a condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 1º de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.033165-8 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – NULIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL – CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUPOSTO ADQUIRENTE – DESNECESSIDADE FRENTE ÀS PECULIARIDADES DOS AUTOS – AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO JUNTO À PREFEITURA E CRI – PROVA DE CONHECIMENTO DA DÍVIDA E DOS ATOS DE EXECUÇÃO – ORDEM DE GRADAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 6.830 – INAPLICABILIDADE – IPTU – PENHORA SOBRE O BEM GERADOR DO IMPOSTO – NULIDADE DOS AUTOS DE ARREMATAÇÃO – PREÇO VIL – ARREMATAÇÃO DO BEM POR VALOR INFERIOR A 60% DA AVALIAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Certo é que vige no ordenamento jurídico pátrio o entendimento de que a propriedade se prova mediante Registro Imobiliário, nos termos do artigo 1.227 e 1.245 do Código Civil, bem como, nos termos do art. 34 do CTN contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, razão pela qual desnecessária se faz a intimação do suposto adquirente nos autos de execução fiscal que não providenciou a averbação junto ao CRI, tampouco junto à prefeitura, porém demonstra pleno conhecimento da dívida exequenda e dos atos executórios.

2. Sabe-se que o processo de execução é programado para proporcionar ao credor a satisfação efetiva de seu direito subjetivo, mediante resultados práticos que correspondam à prestação descumprida pelo devedor, ou que a compensem por equivalentes econômicos. Outrossim, sendo o crédito exequendo proveniente de IPTU, escorreita é a penhora sobre o respectivo bem gerador do imposto. Assim, tendo em vista que a ordem de gradação prevista no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal visa ao credor, tratando-se de mera faculdade sua, não há que falar em nulidade da penhora por inobservância de tal ordem.

3 - Para tornar a execução menos onerosa ao devedor (CPC; Art. 620), o Juiz pode, de ofício, determinar nova avaliação do bem.

4 - É vil o preço oferecido pelo credor, quando o lance dado por ele for inferior a 60% do valor da avaliação, defasada em mais de um ano.

5 – Recurso parcialmente provido

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – *QUANTUM* – RECURSO PREJUDICADO.

Resta prejudicada a análise de recurso de apelação referente a modificação do *quantum* arbitrado a título de verba honorária de sucumbência, diante do provimento do recurso do *ex adverso* e procedência dos pedidos iniciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso interposto por Tele Vídeo Produções Ltda. - ME e julgar prejudicado o de Hermes Henrique Moreira Maciel e outros, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Tele Vídeo Produções Ltda.-ME irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico que propôs em face de Município de Dourados, Banco BCN Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil e André Leandro Pardi Franchi, interpõe recurso de apelação.

Nas razões recursais de f. 808-854 a recorrente sustenta a nulidade dos autos de execução fiscal em apenso, pela ausência de intimação, ainda que na qualidade de terceira interessada, sob o argumento de que somente tomou ciência do feito quando do cumprimento do mandado de imissão na posse pelo arrematante do imóvel penhorado.

Esclarece que jamais discutiu nos autos de execução em apenso questão relativa a substituição do pólo passivo daquela demanda, o que nele sustentou foi que por ser adquirente do imóvel gerador do IPTU cobrado deveria ter sido notificada ou intimada para se manifestar, o que não ocorreu, não podendo ser prejudicada por uma decisão proferida em processo do qual não participou.

Acrescenta que a presente ação visa à declaração de nulidade absoluta da arrematação de f. 145 por infringência do disposto nos artigos 619 a 694, § 1º, incisos I e VI e artigo 698, do CPC, bem como do artigo 5º, incisos XXXVI e LIV e LV da CF.

Informa que adquiriu o imóvel objeto dos autos do banco apelado mediante instrumento particular de compromisso de compra e venda irrevogável e irretratável em 1º.7.1997, passando imediatamente ao exercício de sua posse, com todos os direitos inerentes à propriedade.

Prossegue aduzindo que foram formulados três pedidos de notificação ou intimação da recorrente, na qualidade de terceira interessada, inclusive pelos próprios recorridos, contudo sem análise pelo magistrado de primeira instância, sendo nulos, portanto os atos praticados.

Defende que a penhora efetivada foi realizada em total inobservância a ordem de gradação estabelecida no artigo 11 da Lei n. 6.830, notadamente porque deveria, primeiro, ter-se optado pela penhora de dinheiro da instituição financeira executada e, segundo, porque o imóvel foi arrematada por preço vil, qual seja, R$ 177.000,00 quando seu valor de mercado é de R$ 440.000,00, em detrimento de uma dívida de R$ 3.532,51.

Alega que a imissão na posse em favor do arrematante foi irregular, já que condicionada à prévia posse do banco recorrido quando o bem estava na posse dos sócios proprietários da empresa recorrente.

Prequestiona o disposto no artigo 5º, XXXVI, LIV e LV, da CF; artigos 1.196 e 1.204, do CC; artigos 125, 130, 440, 619, 694 e 698 do CPC; artigo 11 da Lei 6.830/80; artigos 32 e 34 do CTN; e, artigo 183 do Código Tributário do Município de Dourados.

Remata pugnando pelo provimento do recurso de apelação, reconhecendo-se a nulidade de todos os atos processuais havidos na execução fiscal em apenso, a partir das f. 32 bem como do auto de arrematação de f. 145 e do mandado de imissão na posse do arrematante, restituindo-se à recorrente a posse e propriedade do bem arrematado.

Por sua vez, Hermes Henrique Moreira Maciel e outro também apelam (f. 861-870), aduzindo que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios de sucumbência se mostra insuficiente, frente a complexidade material e processual dos autos, que exigiu intensa dedicação e estudo na elaboração das peças processuais, bem como ao valor atribuído à causa.

Intimados os recorridos ofertaram contrarrazões, nas quais rebatem os fundamentos do apelo do *ex adverso,* pugnando pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Cuida-se de dois recursos de apelação interpostos por Tele Vídeo Produções Ltda.-ME e por Hermes Henrique Moreira Maciel e outros contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico que a primeira propôs em face de Município de Dourados, Banco BCN Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil e André Leandro Pardi Franchi.

Nas razões recursais de f. 808-854 a autora, ora recorrente, sustenta a nulidade dos autos de execução fiscal em apenso, pela ausência de intimação, ainda que na qualidade de terceira interessada, sob o argumento de que somente tomou ciência do feito quando do cumprimento do mandado de imissão na posse pelo arrematante do imóvel penhorado.

Esclarece que jamais discutiu nos autos de execução em apenso questão relativa a substituição do pólo passivo daquela demanda, o que nele sustentou foi que por ser adquirente do imóvel gerador do IPTU cobrado deveria ter sido notificada ou intimada para se manifestar, o que não ocorreu, não podendo ser prejudicada por uma decisão proferida em processo do qual não participou.

Acrescenta que a presente ação visa a declaração de nulidade absoluta da arrematação de f. 145 por infringência do disposto nos artigos 619 a 694, § 1º, incisos I e VI e artigo 698, do CPC, bem como do artigo 5º, incisos XXXVI e LIV e LV da CF.

Informa que adquiriu o imóvel objeto dos autos do banco apelado mediante instrumento particular de compromisso de compra e venda irrevogável e irretratável em 1º.7.1997, passando imediatamente ao exercício de sua posse, com todos os direitos inerentes à propriedade.

Prossegue aduzindo que foram formulados três pedidos de notificação ou intimação da recorrente, na qualidade de terceira interessada, inclusive pelos próprios recorridos, contudo sem análise pelo magistrado de primeira instância, sendo nulos, portanto os atos praticados.

Defende que a penhora efetivada foi realizada em total inobservância a ordem de gradação estabelecida no artigo 11 da Lei 6.830, notadamente porque deveria, primeiro, ter-se optado pela penhora de dinheiro da instituição financeira executada e, segundo, porque o imóvel foi arrematado por preço vil, qual seja, R$ 177.000,00 quando seu valor de mercado é de R$ 440.000,00, em detrimento de uma dívida de R$ 3.532,51.

Alega que a imissão na posse em favor do arrematante foi irregular, já que condicionada à prévia posse do banco recorrido quando o bem estava na posse dos sócios proprietários da empresa recorrente.

Prequestiona o disposto no artigo 5º, XXXVI, LIV e LV, da CF; artigos 1.196 e 1.204, do CC; artigos 125, 130, 440, 619, 694 e 698 do CPC; artigo 11 da Lei 6.830/80; artigos 32 e 34 do CTN; e, artigo 183 do Código Tributário do Município de Dourados.

Remata pugnando pelo provimento do recurso de apelação, reconhecendo-se a nulidade de todos os atos processuais havidos na execução fiscal em apenso, a partir das f. 32 bem como do auto de arrematação de f. 145 e do mandado de imissão na posse do arrematante, restituindo-se à recorrente a posse e propriedade do bem arrematado.

Já nas razões recursais de f. 861-870, Hermes Henrique Moreira Maciel e outro aduzem que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios de sucumbência se mostra insuficiente, frente a complexidade material e processual dos autos, que exigiu intensa dedicação e estudo na elaboração das peças processuais, bem como ao valor atribuído à causa.

Intimados os recorridos ofertaram contrarrazões, nas quais rebatem os fundamentos do apelo do *ex adverso,* pugnando pelo seu improvimento.

Por ordem de prejudicialidade, início pela análise do recurso de apelação interposto pela autora.

Do recurso de apelação interposto por Tele Video Produções Ltda.-ME

O caso reclama alguns esclarecimentos.

Do exame dos autos em apenso consta-se que o Município de Dourados ajuizou ação de execução fiscal (autos n. 002.04.013429-8) em face do Banco BCN S.A. referente aos IPTUs dos anos-exercícios 2001, 2002 e 2003 do imóvel objeto da matrícula n. 36.385 do CRI da cidade de Dourados.

Intimado o banco executado, este se quedou inerte, sendo o imóvel penhorado em 21.9.2005. Designada hasta, a instituição financeira em questão requereu, em 9.1.2006, sua substituição processual pelo então proprietário do imóvel, o que restou indeferido.

Extrai-se também que o município exequente requereu a suspensão do feito executivo tendo em vista pedido de parcelamento do débito exequendo pela Sra. Vera Lúcia Soares Gomes, na data de 16.1.2006 (f. 51-52 dos autos em apenso). No entanto, diante do não pagamento foi pleiteado o prosseguimento do feito.

Assim, o imóvel foi levado a hasta pública, sendo arrematado por R$ 177.000,00 (cento e setenta e sete mil reais) em 4 de março de 2008 (auto de arrematação – f. 145 dos autos em apenso), pelo Sr. André Leandro Pardi Franchi, imitido na posse em 16 de maio de 2008 (f. 166-167).

Ocorre que, segundo alega a recorrente, esta adquiriu referido imóvel em 1 de julho de 1997, conforme compromisso particular de compra e venda não registrado no cartório de Registro de Imóveis. No entanto, não foi promovida sua intimação ou notificação, quer para integrar a lide como executada, quer como terceira interessada, tampouco houve sua intimação acerca da designação das hastas públicas e demais atos processuais, sendo nula a execução, o auto de arrematação e o mandado de imissão na posse do arrematante.

Pois bem, feitos esses esclarecimentos, verifica-se que a primeira questão a ser dirimida com o presente recurso cinge-se em saber se deve ou não ser declarada a nulidade dos autos de execução fiscal em apenso pela ausência de intimação da recorrente, ainda que na qualidade de terceira interessada.

Certo é que vige no ordenamento jurídico pátrio o entendimento de que a propriedade se prova mediante Registro Imobiliário, nos termos do artigo 1.227 e 1.245 do Código Civil, *in verbis:*

> Art. 1227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.
>
> Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
>
> § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Sendo assim, considerando que a propriedade é adquirida mediante o registro do ato de transmissão no Cartório de Registro de Imóveis, ainda que se admita a ocupação do imóvel, objeto da incidência do IPTU, por terceiros com ânimo de dono, a propriedade continua sendo daquele que constar no registro do Cartório de Registro Imobiliário.

De outra feita, o artigo 34 do CTN também estabelece que:

> Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Nesse contexto, a propriedade do imóvel que gerou os créditos executados nos autos em apenso era do executado, já que a recorrente não logrou em providenciar os atos de transmissão do referido imóvel, tampouco de averbação junto à prefeitura municipal de Dourados, apesar de afirmar que o adquiriu em 1997.

Outrossim, cabe ao Fisco a escolha do sujeito passivo para satisfação de seu crédito, dentre os sujeitos elencados na Lei.

Ademais, muito embora tenha a recorrente alegado na exordial que não detinha conhecimento dos autos de execução em apenso proposta em 15 de dezembro 2004, avençou Termo de Confissão de Parcelamento de Dívida em 16 de janeiro de 2006, ou seja, muito tempo após proposta a ação executiva e muito tempo antes de procedida a praça, arrematação do bem penhorado e imissão do arrematante na posse do imóvel (fatos ocorridos em 2008).

Aliás, verifica-se que a renegociação da dívida exequenda deu-se em nome da instituição financeira recorrida, porém, assinada pela sócia majoritária da recorrente, denotando que esta tinha ciência da demanda executiva e dos atos processuais que afetariam o imóvel em questão.

Impõe-se reconhecer, portanto, que a recorrente tinha plena ciência do crédito fiscal pendente de pagamento antes mesmo do ajuizamento do feito executivo e, por conseguinte, da própria arrematação.

Logo, forçoso reconhecer não haver nenhum vício nos autos de execução em apenso, ao menos no que tange à necessidade de intimação da recorrente, pois esta somente não ingressou a lide, quer na qualidade de executada, quer na qualidade de terceira interessada, em decorrência de atos desidiosos seu, já que não providenciou a transmissão do imóvel (ato que lhe competia) e tampouco a averbação da compra junto à Prefeitura (ato que também lhe competia) e, ainda, ciente dos atos executivos (conforme demonstra o documento de f. 52) não requereu a tempo seu ingresso na lide ou mesmo opôs embargos de terceiro.

Ressalte-se que consta do contrato de compra e venda, acostado às f. 33-49 da ação de execução fiscal em apenso, em sua cláusula quinta, parágrafo único, que competia à apelante averbar junto à prefeitura municipal a compra e venda realizada para que pudesse assumir os compromissos e encargos tributários advindos.

Acrescente-se que essa questão, relativa à nulidade da execução pela ausência de intimação da recorrente, fora aduzida no próprio feito executivo, tendo sido afastada, decisão a qual restou mantida em sede de recurso de agravo de instrumento, por este Tribunal (f. 94-98).

Como é cediço, a coisa julgada pode ser revista, ou melhor, modificada, em quatro hipóteses, quais sejam, (a) mediante ação rescisória, no prazo de dois anos, em razão de questões formais (validade) e substanciais (de justiça); (b) mediante a ação de *querellas nulitatis,* ação pela qual se anula a coisa julgada por questão meramente formal, não havendo prazo para sua propositura; (c) correção de erro material, que pode se dar a qualquer momento; e, (d) revisão das sentenças fundadas em Lei, ato normativo ou interpretação havidos pelo STF como inconstitucionais, que também não possui prazo.

In casu, pretende a apelante a nulidade de ato processual, mais especificamente, execução e auto de arrematação.

A ação anulatória ou *querella nulitatis* conceitua-se como sendo a ação pela qual se busca anular o ato praticado pela parte dentro do processo, se dirigindo aos atos de disponibilidade das partes.

Vale dizer, essa ação anulatória tem como causa de anulação os defeitos dos atos processuais, inclusive vícios de vontade, embora estes considerados como elementos de menor importância. Dessa forma, os atos processuais suscetíveis de anulação pela ação do artigo 486 são os atos processuais que envolvem declaração de vontade, como a desistência, a transação o compromisso, a outorga de poderes, adjudicação, arrematação etc.

Portanto, só há que se falar em sua nulidade, nos casos de vícios que invalidam os atos jurídicos em geral, sob pena de ofensa à coisa julgada material.

Não bastasse isso, observa-se que nos termos do artigo 619 do CPC, *"A alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado".*

Ainda, dispõe o artigo 698 que *"Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução".*

Como bem asseverou o douto julgador de instância singela a recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses suso mencionadas, pois apesar de afirmar estar incluída na figura de possuidora e proprietária do referido bem não é o que restou demonstrado nos autos. Os dispositivos contidos no Instrumento Processual Civil suso transcritos referem-se a direito real de enfiteuse sobre o imóvel o que não é o caso em análise.

Vale dizer, as disposições dos arts. 619 e 698 do CPC não socorrem a recorrente, visto que objetivam disciplinar questão fática diversa daquela narrada nestes autos, uma vez que aqui não se verificam as figuras do senhorio direto, credor pignoratício, hipotecário, enticrético ou usufrutuário.

Logo, forçoso reconhecer não haver qualquer imposição legal para que a mesma fosse intimada dos atos do processo executivo.

Esclareça-se, somente por amor ao debate, que acaso fosse reconhecida ser a recorrente a proprietária do imóvel objeto dos autos de execução tal hipótese acarretaria sim na substituição processual e esta questão já fora decidida, naquele feito, estando acobertada pelo manto da preclusão.

No que tange a afirmação de que a penhora contida nos autos em apenso é nula por ter sido procedida sem a observância a ordem de gradação estabelecida no artigo 11 da Lei 6.830, notadamente porque deveria, primeiro, ter-se optado pela penhora de dinheiro da instituição financeira executada, tal alegação também não encontra respaldo jurídico. Explico.

O crédito executado refere-se a IPTU (imposto predial territorial urbano) referente ao próprio imóvel penhorado, sendo escorreito o entendimento de que em tais hipóteses a penhora deve recair sobre o bem que gerou o crédito tributário.

Sabe-se que o processo de execução é programado para proporcionar ao credor a satisfação efetiva de seu direito subjetivo, mediante resultados práticos que correspondam à prestação descumprida pelo devedor, ou que a compensem por equivalentes econômicos.

É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Dessa feita, a ordem de gradação prevista no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal visa à satisfação do credor-exequente, ou seja, é o próprio exequente quem indica bens para serem penhorados, tratando-se de mera faculdade sua, podendo preferir a penhora *on line* a penhora do imóvel.

Superadas essas questões, passo à análise da alegação de nulidade da arrematação por preço vil.

Esclareça-se, desde logo que em que pese restar reconhecido não ser exigível a intimação da recorrente dos atos do processo de execução, por não ser ela a executada, tampouco figurar como proprietária do imóvel quer no CRI quer junto à Prefeitura, certo é que a questão relativa à nulidade da arrematação por preço vil pode, inclusive, ser reconhecida de ofício.

A respeito, já decidiu o STJ, *in verbis:*

> PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO - PREÇO VIL - VALOR ATUALIZADO - DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA - SÚMULA 7 - NOVA AVALIAÇÃO - DETERMINAÇÃO DE OFICIO - POSSIBILIDADE - MENOR ONEROSIDADE DO DEVEDOR.
>
> [...]
>
> - Para tornar a execução menos onerosa ao devedor (CPC; Art. 620), o Juiz pode, de ofício, determinar nova avaliação do bem. Nada no Art. 683 do CPC veda tal possibilidade. (REsp n. 299.120/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barroa, julgado em 12.4.2005, DJ 9.5.2005, p. 388).

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. ALIENAÇÃO A PREÇO VIL. PREÇO INFERIOR A TRINTA POR CENTO DO VALOR DA AVALIAÇÃO. PRIMEIRA PRAÇA. POSSIBILIDADE DE SER DECLARADA A NULIDADE NOS EMBARGOS DE SEGUNDA FASE, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DO INTERESSADO. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE FUNDADA DÚVIDA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 12-VI E 267-I CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 398 - CPC. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO PROCESSUAL INDEMONSTRADO. INÉPCIA E EMENDA DA INICIAL. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. TEMAS NÃO ABORDADOS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I - Dada a inexistência de critérios legais objetivos para a conceituação do "preço vil", repudiado pelo sistema processual em vigor, por enriquecimento indevido em detrimento do executado, fica a sua aferição na dependência de circunstâncias peculiares do caso concreto.
>
> II - Caracteriza-se na espécie o preço vil em face do irrisório valor alcançado, acrescendo-se a circunstância de ter sido efetuada a arrematação logo na primeira praça.
>
> III - A nulidade da arrematação pode ser declarada de ofício pelo Juízo ou a requerimento do interessado, por simples petição, nos próprios autos da execução, dispensada a oposição dos embargos à arrematação.
>
> IV - Conquanto não seja caso de ajuizamento dos embargos de segunda fase, não deixará o Juízo de conhecer da nulidade decorrente da arrematação por preço vil e declará-la porque suscitada por esse meio.
>
> V - Se inocorre fundada dúvida sobre a regularidade da representação da pessoa jurídica, alegada pela parte contrária mas não demonstrada, não está o juiz obrigado a exigir em Juízo a apresentação dos respectivos atos constitutivos da sociedade.
>
> VI - Não se anula o julgamento, com base em alegado cerceamento de defesa, pela juntada de procuração pela embargante sem ser aberta vista ao embargado, tendo este tido oportunidade de ver examinada sua impugnação ao documento no acórdão da apelação, sem, contudo comprovar qualquer irregularidade na representação da parte contrária.
>
> VII - A alegação de violação a dispositivos legais, cujos temas não foram examinados pelo acórdão recorrido, não pode ser analisada em sede de recurso especial, à míngua de prequestionamento, pressuposto específico dos recursos de natureza extraordinária. (REsp n. 100.706/RO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 29.10.1998, DJ 1.3.1999, p. 319).

Impende consignar que a venda de bens penhorados em hasta pública deve respeitar os valores encontrados quando da avaliação dos bens leiloados.

Como é cediço, a legislação pertinente (art. 692 do CPC) não fornece critério objetivo em termos percentuais para a configuração do preço vil em se tratando de arrematação ou adjudicação de bens submetidos à hasta pública, cabendo, portanto, ao julgador, utilizando-se do bom senso e das regras de experiência comum, extrair da situação concreta um valor que coíba a possibilidade de enriquecimento sem causa do credor arrematante ou adjudicante.

Nesse sentido leciona Celso Neves:

> A noção de preço vil, sem embargo da sua aparente objetividade, é perplexiva, em razão da subjetividade de que depende. Que será preço vil? Relaciona-se à apreciação com o valor da execução. Assim, deverá ser considerado vil o preço que, em face dos valores dos bens penhorados, seja exorbitantemente inferior ao da sua avaliação e, em face da pretensão executória, se mostre insuficiente para atender, como parte ponderável dela, à satisfação do exeqüente.[1]

Na hipótese *sub judice*, observa-se que a arrematação, feita em segunda praça pelo recorrido André Leandro Pardin Franchi, alcançou apenas 50,18% do valor da avaliação e 40% do valor de mercado do bem, cujo montante, considerando a natureza do imóvel e as particularidades do caso, se me afigura vil, até porque a disparidade entre o valor imobiliário e o de mercado dos bens é algo incontestável.

Vale destacar que o bem imóvel objeto dos autos foi avaliado em R$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) – f. 22, que corrigidos monetariamente em 30 de julho de 2007 atingiu a quantia de R$ 352.726,84 (trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos) – f. 124, sendo que a arrematação em segundo leilão se deu pelo valor de R$ 177.000,00 (cento e setenta e sete mil reais) em 4 de março de 2008.

Cumpre esclarecer que comungo do entendimento segundo o qual será considerado vil o preço oferecido pelo credor ou arrematante, quando o lance por ele dado for inferior a 60% do valor da avaliação, defasada em mais de um ano, tal qual é o caso dos autos.

Em casos assemelhados, confiram-se:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – CONTRADIÇÃO E ERRO DE JULGAMENTO – INOCORRÊNCIA – REFERÊNCIA A INEXISTÊNCIA DE OUTROS LICITANTES COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO – AFIRMAÇÀO QUE ENCONTRA RESPALDO NOS AUTOS – ARREMATAÇÀO PELO CREDOR, COMO ÚNICO LICITANTE, EM SEGUNDA PRAÇA, POR PREÇO IGUAL OU INFERIOR A 60% DA AVALIAÇÃO – CARACTERIZAÇÀO DE PREÇO VIL – AVALIAÇÃO DEFASADA – SITUAÇÀO CONCRETA DOS AUTOS DIVERSA DAS QUE CONSTAM NOS PARADIGMAS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> IV. É vil o preço oferecido pelo credor, quando o lance dado por ele for inferior a 60% do valor da avaliação, defasada em mais de um ano.
>
> V. Recurso improvido (TJMS, EmbDcl em Ag n. 2007.001687-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.4.2007).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – IMPENHORABILIDADE DO BEM POR SER OBJETO DE TRABALHO – MATÉRIA PRECLUSA – ARREMATAÇÃO POR PREÇO VIL – NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, consoante o art. 330 do CPC.

1 **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 105, v.6.

> A impenhorabilidade do bem deve ser argüida na própria execução, ocorrendo o instituto da preclusão com a inércia do devedor no tempo hábil, não sendo tema adequado aos embargos à arrematação.
>
> Não se considera preço vil se os bens, objeto da arrematação, alcançarem lance não inferior a 60% da avaliação. O crédito dado como lanço, corresponde mais que sessenta por cento do valor da avaliação, descaracterizando a incidência do preço vil. (TJMS, AC n. 2006.003777-5, Aquidauana, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 8.5.2006)" (grifo nosso).

Acrescente-se ainda que demonstrou a recorrente que o valor médio de mercado do bem, na data da arrematação circundava a quantia de R$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais), o que leva à conclusão de que a arrematação se deu por quantia muito inferior a 60% do valor do bem.

Ademais, não se pode descurar do fato que a dívida exequenda perfazia a quantia de R$ 3.521,24 (três mil, quinhentos e vinte e um reais e vinte e quatro centavos), mostrando-se o imensurável prejuízo pela discrepância de valores.

Comentando o disposto no artigo 692 do CPC, Nelson Néry Júnior explicita que *"o conceito de preço vil não decorre apenas da comparação entre o preço ofertado e o valor da dívida a ser satisfeita, mas igualmente cumpre confrontar a oferta com o valor real do bem, evitando assim que o executado sofra prejuízo vultoso e desproporcional. A prestação jurisdicional é instrumento de Justiça, mas não de Justiça cega, propiciadora de iniquidade"*[2].

A propósito como reiteradamente vem decidindo o STJ, pode o imóvel penhorado ser arrematado por preço inferior ao da avaliação, desde que esse não seja vil, assim considerado aquele muito aquém da avaliação atualizada do bem, nos termos preconizados pelo artigo 692 do Código de Processo Civil. Nesse sentido são os seguintes precedentes: REsp n. 243880-SC (JBCC 186/452), REsp n. 41359-SP (RSTJ 72/310), REsp n. 130351-MT (RSTJ 109/218).

Cumpre destacar, que em que pese a execução visar a satisfação do direito do credor, cujo adimplemento deveria ter sido feito, voluntariamente, pelo devedor, ou mesmo pela recorrente administrativamente, tal fato não pode implicar em enriquecimento sem causa de qualquer das partes ou mesmo do arrematante do bem.

Assim, tenho que o presente recurso merece ser provido em parte, reconhecendo-se a nulidade dos autos de execução a contar do ato de arrematação do bem penhorado.

Do recurso de apelação interposto por Hermes Henrique Moreira Maciel e outro

A questão devolvida com o presente recurso cinge-se em saber se devem ou não ser majorados os honorários de sucumbência arbitrados pelo magistrado sentenciante em R$ 6.000,00 (seis mil reais) para cada um dos requeridos, tendo em vista a complexidade da causa e o valor a ela atribuído (R$ 440.000,00).

Ocorre que tendo em vista o resultado obtido no recurso de apelação interposto pela autora Tele Vídeo Produções Ltda.-ME, entendo que o presente recurso restou prejudicado, fazendo-se desnecessária sua análise nessa oportunidade.

Conclusão:

Ante todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Tele Vídeo Produções Ltda.-ME e dou-lhe parcial provimento para, em reformando a sentença recorrida, julgar parcialmente procedentes os pedidos contidos na petição inicial, declarando a nulidade do auto de arrematação efetivado nos autos n. 002.04.013429-8, bem como dos atos subsequentes.

2 *In* Código de processo civil comentado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p. 1055

Ainda, julgo prejudicado o recurso interposto por Hermes Leandro Moreira Maciel.

Alcançado este desiderato, inverto os ônus da sucumbência.

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

1. Vício por ausência de intimação

Tenho que não houve qualquer vício nos autos de execução em relação à intimação, pois ninguém pode alegar a própria torpeza para seu benefício, sendo que a apelante somente não ingressou na lide porque não cumpriu com sua obrigação de fazer a transmissão do imóvel e a averbação da compra na Prefeitura, e, ainda, há de consignar que ela estava ciente dos atos executivos (f. 52) e mesmo assim não ingressou com embargos de terceiro.

Ademais, tal matéria já foi afastada no próprio feito executivo, decisão que restou corroborada no agravo de instrumento n. 2006.019473-8 (f. 94-98).

2. Anulação da penhora por violação de ordem

Trata-se de execução em face do não pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano, sendo penhorado o próprio imóvel em débito, sendo assim não há de se falar em ordem de gradação prevista no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal.

3. Nulidade da arrematação por preço vil.

O imóvel foi avaliado, valor atualizado em 30.7.2007, em R$ 352.726,84 (f. 124), sendo que a arrematação foi no valor de R$ 177.000,00 (cento e setenta e sete mil reais) em 4 de março de 2008; e o valor médio de mercado na data da arrematação, demonstrado pela apelante, era de R$ 440.000,00.

A dívida exequenda, referente ao IPTU do bem em questão, era de R$ 3.521,24 (três mil, quinhentos e vinte e um reais e vinte e quatro centavos).

No caso em apreço, verifica-se o imóvel foi arrematado por um valor que corresponde a 50% do valor da avaliação e 40% do valor de mercado.

Portanto, acompanho o ilustre relator, em seus termos, quanto ao parcial provimento ao recurso interposto por Tele Vídeo Produções Ltda.-ME.

Apelação de Hermes Henrique Moreira Maciel e outro

Acompanho o nobre relator pela prejudicialidade do presente recurso, em razão do resultado do julgamento do recurso anterior.

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

Parece-me que o terceiro interessado, o adquirente, deveria ter ingressado com embargos de terceiro ao tomar conhecimento de que seu imóvel tinha sido objeto de ordem judicial de apreensão, alterando o status da posse.

Mas entendo também que a melhor saída para proporcionar agora a rediscussão da matéria, inclusive, para que quando ocorrer o novo praceamento do bem para que ele possa se insurgir no prazo e na forma legal.

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR TELE VIDEO PRODUÇÕES LTDA - ME E JULGARAM PREJUDICADO O DE HERMES HENRIQUE MOREIRA MACIEL E OUTROS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.000623-0 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FINANCIAMENTO DE VEÍCULO EFETIVADO COM DOCUMENTOS FURTADOS DO TITULAR – INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – FALTA DE DILIGÊNCIA QUANTO A VERIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES APRESENTADAS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVER DE CAUTELA – DANO MORAL PURO – PROVA DO PREJUÍZO – DESNECESSIDADE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Age de forma negligente a instituição financeira que, sem tomar as cautelas necessárias, concede financiamento de veículo com documentos utilizados por terceiro, devendo, em razão disso, responder por danos causados à vítima que teve seu nome inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito.

Ainda que fosse afastada a responsabilidade objetiva, a instituição financeira tem que assumir o risco do negócio não podendo se valer da escusa de fraude praticada por terceiro, haja vista a vulnerabilidade do seu sistema de abertura de crédito e conta corrente.

Presentes os requisitos delineados no artigo 186 do Código Civil surge o dever de indenizar.

Não é necessária a realização de prova do efetivo dano causado ao consumidor, tendo em vista que a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito de forma indevida ou o protesto indevido de títulos de crédito caracteriza o dano moral puro.

Deve o julgador, ao arbitrar o dano moral, encontrar um meio termo para a sua determinação, vale dizer, estipular um valor que seja capaz de amparar e diminuir a dor sofrida pela vítima, porém, sem que lhe sirva de fonte de enriquecimento sem causa. Assim, se o valor arbitrado pelo magistrado preenche tais requisitos, mostrando-se justo e razoável às peculiaridades da causa, deve ser mantido.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Banco Finasa S.A., irresignado com a sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por dano moral contra si proposta por Eunice Jacinta Marcolin, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Aduz que não pode ser penalizado pelos supostos danos que a recorrida alega ter sofrido se não concorreu com culpa ou dolo pelo evento.

Afirma não ser justa sua condenação a qualquer indenização, haja vista a flagrante excludente de responsabilidade civil, não estando presentes os requisitos ensejadores de reparação por danos morais, porquanto não há provas de que a recorrida tenha sofrido qualquer constrangimento público capaz de gerar indenização e se houve qualquer lesão, essa se restringe a direito patrimoniais.

Acrescenta que deve ser minorado o valor arbitrado a título de indenização, porquanto mostra-se exacerbado já que fixado em R$ 15.000,00, devendo ser observado o grau de culpa, a extensão do dano, ou seja, as peculiaridades da lide.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais. Caso assim não se entenda, pugna pela redução da quantia fixada a título de indenização por danos morais.

A apelada, em contra-razões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando por seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Finasa S.A. contra a sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por dano moral contra si proposta por Eunice Jacinta Marcolin.

Aduz que não pode ser penalizado pelos supostos danos que a recorrida alega ter sofrido se não concorreu com culpa ou dolo pelo evento.

Afirma não ser justa sua condenação a qualquer indenização, haja vista a flagrante excludente de responsabilidade civil, não estando presentes os requisitos ensejadores de reparação por danos morais, porquanto não há provas de que a recorrida tenha sofrido qualquer constrangimento público capaz de gerar indenização e se houve qualquer lesão, essa se restringe a direito patrimoniais.

Acrescenta que deve ser minorado o valor arbitrado a título de indenização, porquanto se mostra exacerbado já que fixado em R$ 15.000,00, devendo ser observado o grau de culpa, a extensão do dano, ou seja, as peculiaridades da lide.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais. Caso assim não se entenda, pugna pela redução da quantia fixada a título de indenização por danos morais.

A apelada, em contrarrazões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando por seu improvimento.

Consoante relatado, o ponto nodal do presente recurso cinge-se em saber se estão presentes os requisitos para o reconhecimento do dever de indenizar por responsabilidade civil, notadamente frente a alegação de culpa de terceiro.

Não se pode olvidar que o caso em tela trata-se de uma relação de consumo, e que o dano moral afirmado na inicial é decorrente da má prestação de um serviço e da conduta imprudente e precipitada dos prepostos da instituição financeira recorrente. Conseqüentemente, deve ser aplicada a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:
>
> I – o modo de seu fornecimento;
>
> II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi fornecido.

Assim, o CDC, atento aos novos rumos da responsabilidade civil, consagrou a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar, tendo em vista, especialmente, o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um pólo, e compradores e usuários do serviço, no outro. [3]

Cumpre ressaltar que, conforme entendimento jurisprudencial, a responsabilidade do banco é objetiva, não importando que a abertura de empréstimo tenha ocorrido com base em documentos utilizados por terceiro estelionatário, devendo o banco assumir o risco da atividade que desempenha, sendo desnecessário se discutir possível omissão ou culpa da referida instituição financeira.

Atendendo o mandamento trazido pelo dispositivo legal supra transcrito, temos que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

A obrigação de prestar o serviço, adequadamente, é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança. Assim, a recorrente tem a obrigação de zelar por uma prestação de serviço boa, eficiente e que não gere riscos ou prejuízos aos seus clientes.

Por outro vértice, no que tange ao dano moral, conforme adverte o artigo 186 do CC/2002: *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Merece destaque a lição proferida pelo Jurista Carvalho Santos:

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: Doutrina, Jurisprudência**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 389.

> Determinando o Código que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigado a reparar o dano, deixa esboçados os lineamentos gerais da doutrina a aplicar. E o juiz, em seu prudente arbítrio, verificará em cada caso até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a força maior[4].

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, razão pela qual, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Assim, na eventualidade de não restarem provados esses pressupostos, indevida será a obrigação reparatória. No entanto, haverá casos em que se dispensa o elemento culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva, tal como o caso dos autos.

Dessa forma, verifica-se que o evento danoso, *in casu,* tem origem na indevida inclusão do nome e CPF da recorrida no órgão de restrição ao crédito, fato este que teria denegrido sua imagem e honra. Assim, o fato não se relaciona com terceiros, mas sim com a imprudência da empresa recorrente em proceder à inscrição sem cercar-se das devidas cautelas para garantir que seu ato não seria ilícito.

Manuseando os autos, verifica-se que a apelada promoveu a ação indenizatória por danos morais, sob a fundamentação de que teve seus documentos furtados em 13 de março de 2006, por volta das 11h50min, momento no qual dirigiu-se à Delegacia de Polícia e lavrou o competente Boletim de Ocorrência (f. 18-19). No entanto, em 8 de junho do mesmo ano recebeu telefonema de um funcionário da recorrente questionando acerca de um financiamento em seu nome, oportunidade a qual informou a ocorrência do furto de seus documentos.

Ocorre que mesmo assim teve seu nome incluído nos cadastros de proteção ao crédito pelo débito no valor de R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) não adquirido pela recorrida.

Deflui-se, ainda, que a apelante em nenhum momento demonstrou que se cercou de cautela ao conceder financiamento de um veículo em nome da recorrida.

Isso porque, é fato incontroverso nos autos que a autora, ora apelada, não é de fato a devedora dos débitos que originaram o protesto de títulos em seu nome ou mesmo a restrição de seu crédito, haja vista que teve seus documentos furtados, tendo inclusive lavrado Boletim de Ocorrência, fato que deveria ter sido previamente apurado pela recorrente.

Conforme destacou o magistrado de primeira instância, a empresa ré, ora apelante, agiu negligentemente, sem o dever de cautela exigido para relações como as da espécie.

Repita-se o fato narrado na inicial, a bem da verdade, foi causado pela falta de cuidado e desídia da empresa-requerida, ora apelante, em não fiscalizar e analisar com mais acuidade os pedidos de financiamento, o que possibilitou que terceiros de má-fé pudessem fazê-lo em nome da recorrida, que nunca solicitou esse serviço da apelante.

A fornecedora de serviços tem o dever e a obrigação de confirmar as informações que lhes são enviadas e apresentadas, notadamente no caso dos autos em que havia sido lavrado Boletim de Ocorrência dando ciência a quem quer que seja sobre o furto dos documentos da recorrida, que poderiam ser utilizados por terceiros. Ou seja, deve assumir o risco advindo das contratações de seus serviços, já que não teve a cautela de averiguar a veracidade das informações que lhe foram dadas, mediante a comprovação dos documentos e do nome.

4 **Código civil brasileiro interpretado**. p. 321, v.3.

Nesse sentido:

> CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA, ORIUNDA DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE COM DOCUMENTOS FURTADOS AO TITULAR. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANO MORAL. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. VALOR DO RESSARCIMENTO. FIXAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA.
>
> A inscrição indevida do nome do autor em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária, desinfluente a circunstância de que a abertura de conta se deu com base em documentos furtados e para tanto utilizados por terceiro. [...] IV. Recurso especial parcialmente conhecido e em parte provido. (REsp n. 432.177/SC (2002/0050630-3), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

Este Tribunal também já se manifestou sobre o assunto, *in verbis*:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABERTURA DE CONTA CORRENTE COM DOCUMENTOS FURTADOS – BANCO QUE NÃO AGE COM DILIGÊNCIA NA VERIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA VÍTIMA EM BANCOS DE DADOS DO SPC E DA SERASA – DANOS MORAIS COMPROVADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NA SENTENÇA – RAZOÁVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO. A instituição financeira, ao permitir a abertura de conta corrente, com uso de documento furtado, responde por danos causados à vítima que, em razão disso, teve seu nome inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito. […] (TJMS, AC n. 2005.014780-8, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 21.11.2006).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FRAUDE EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO – BANCO QUE NÃO AGE COM DILIGÊNCIA NA VERIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA VÍTIMA NOS CADASTROS RESTRITIVOS – DANOS MORAIS COMPROVADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL DEVENDO SER MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUZIDOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Age de forma negligente a instituição financeira que, sem tomar as cautelas necessárias, permite empréstimo com documentos utilizados por terceiro, devendo, em razão disso, responder por danos causados à vítima que teve seu nome inscrito indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito.
>
> Em relação à fixação do quantum indenizatório, deve o julgador pautar-se nos princípios da proporcionalidade/razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, assegurando ao lesado a justa reparação, evitando o enriquecimento indevido e, ao mesmo tempo, punindo o causador do dano.
>
> Considerando a natureza da causa, a sua baixa complexidade e o trabalho despendido pelo patrono do autor, em atenção aos princípios da razoabilidade e da eqüidade, impõe-se a redução da verba honorária arbitrada pela instância singular (TJMS, AC n. 2007.017903-8, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado 19.2.2008).

Demonstrada a responsabilidade da apelante, passo a discorrer sobre os danos morais propriamente ditos.

Não se pode esquecer que o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominados dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre do simples lançamento indevido do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, independentemente de comprovação de prejuízo material, dado que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa a honra subjetiva.

É cediço que a indevida inclusão de uma pessoa nos cadastros de inadimplentes causa-lhe vários constrangimentos e a perda da credibilidade pessoal e negocial, tudo com sérios reflexos em sua honra e respeitabilidade, danos estes que, nos casos de inscrição indevida em cadastro oficial, restam provados com a simples demonstração do próprio fato da inscrição, o que foi feito nos autos (f. 12-15).

Nesse caminho, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação. Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe 'in re ipsa'. Trata-se de presunção absoluta[...][5].

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

> Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJMS, AC n. 1000.064522-5, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 23.6.2003).

Com relação à discussão sobre a sua quantificação, onde a apelante pretende a redução do montante fixado pelo magistrado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), como é cediço, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva[6].

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor,

5 **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552.

6 **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.270.

o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. Considerando tais parâmetros bem como o valor das anotações feitas pela recorrente e o potencial financeiro da apelante, entendo que a importância fixada pelo douto juiz sentenciante em R$ 15.000,00 se mostra justa e razoável, proporcional ao dano sofrido bem como em consonância com as peculiaridades dos autos.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006130-8 - Ribas do Rio Pardo
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE POR ACIDENTE DE TRABALHO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – PENSÃO DEVIDA ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS – FIXAÇÃO EM 2/3 DO SALÁRIO – REDUÇÃO PARA 1/3 DO SALÁRIO QUANDO A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de ser desnecessária a comprovação de dependência econômica para a fixação de indenização por prejuízos materiais, quando a família da vítima for considerada de baixa renda.

A pensão mensal deve ser paga aos familiares da vítima até a data em que esta completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

A pensão mensal alimentícia decorrente da morte de filho deve ser fixada em 2/3 da remuneração da vítima, com sua redução para 1/3 a partir da data em que esta completaria 25 (vinte e cinco) anos, considerando o aumento de suas despesas com a nova família que constituiria.

Para a quantificação dos danos morais deve-se considerar o critério da razoabilidade, por meio do qual se pondera as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Comprovado que a vítima exercia atividade para a qual não estava qualificada, por ordem de seu superior, fica afastada a possibilidade de reconhecimento de culpa concorrente para reduzir o montante indenizatório.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

APELAÇÃO ADESIVA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA – ARTIGO 20, § 3º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

Nas causas em que haja condenação, a fixação dos honorários de sucumbência deve respeitar a regra contida no artigo 20, § 3º, do CPC. A fixação de verba honorária em quantia simbólica e irrisória desatende ao preceito contido no referido dispositivo, pois eles devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo, grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, valorizando, assim, o trabalho realizado pelo profissional.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de março de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Frigo-Ribas Ltda., irresignada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de indenização ajuizada por Josias Sabino de Oliveira e Nadir Angélica de Oliveira, interpõe recurso de apelação.

No apelo de f. 277-283, a requerida afirma que a dependência econômica dos requerentes com relação ao filho falecido não ficou evidenciada nos autos.

Assevera que a fixação de pensão até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos contraria as orientações jurisprudenciais.

Menciona que nos casos da mesma espécie o STJ vem fixando a pensão mensal, até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, no valor correspondente a 2/3 do salário e, a partir daí, em 1/3 do salário, até que completasse 65 (sessenta e cinco) anos.

Argumenta ser excessiva a indenização por danos morais fixada em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), notadamente considerando que a ação foi ajuizada após 5 (cinco) anos da data do óbito.

Justifica que deve ser reconhecida a existência de culpa concorrente, com a redução do montante indenizatório.

Remata pugnando o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

Intimados, os requerentes apresentaram contra-razões (f. 296-298) pedindo o não provimento do apelo.

Os autores, Josias Sabino de Oliveira e Nadir Angelica de Oliveira, apelaram adesivamente (f. 301-303) pretendendo a majoração dos honorários de sucumbência.

Alegam que, em se tratando de demanda de natureza indenizatória, os honorários devem ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

Finalizam, pleiteando o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar em parte a sentença recorrida, com a majoração do valor dos honorários de sucumbência.

Intimada (f. 304-306), a recorrida deixou de contra-arrazoar (f. 307).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Frigo-Ribas Ltda e de apelo adesivo manejado por Josias Sabino de Oliveira e Nadir Angélica de Oliveira em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que os últimos ajuizaram em face da primeira.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise do recurso manejado pela requerida.

DO RECURSO MANEJADO PELA REQUERIDA

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, a requerida afirma que a dependência econômica dos requerentes com relação ao filho falecido não ficou evidenciada nos autos.

Assevera que a fixação de pensão até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos contraria as orientações jurisprudenciais.

Menciona que nos casos da mesma espécie o STJ vem fixando a pensão mensal, até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, no valor correspondente a 2/3 do salário e, a partir daí, em 1/3 do salário, até que completasse 65 (sessenta e cinco) anos.

Argumenta ser excessiva a indenização por danos morais fixada em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), notadamente considerando que a ação foi ajuizada após 5 (cinco) anos da data do óbito.

Justifica que deve ser reconhecida a existência de culpa concorrente, com a redução do montante indenizatório.

Em contrarrazões, os autores pedem o não provimento do recurso.

Inicialmente, faz-se mister tecer determinados esclarecimentos sobre os fatos contidos nos autos.

O Sr. Valdeni Sabino de Oliveira, filho dos requerentes, trabalhava nas dependências da empresa-requerida, sendo registrado para o exercício da atividade de encanador (f. 16-17). Em 9 de dezembro de 1997, ao inspecionar a máquina denominada "serra de peito", o funcionário resolveu verificar a fiação. Neste momento, o trabalhador recebeu uma descarga elétrica e, com o susto, caiu ao solo de uma altura de aproximadamente 4m (quatro metros), sobrevindo o seu óbito (f. 22).

Em razão do falecimento do filho, seus genitores ajuizaram a presente ação indenizatória objetivando o recebimento de indenização por danos morais e materiais. Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, nos seguintes termos (f. 267):

> [...]
>
> Posto isso, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial da Ação de Indenização ajuizada por Josias Sabino de Oliveira e Nadir Angelica de Oliveira, qualificados nos autos, em desfavor de Frigo-Ribas Ltda, também qualificada, para condenar a requerida a:
>
> a) pagar pensão mensal no montante equivalente a 2/3 do último salário percebido pela vítima, incluído 2/3 do décimo terceiro salário desde a morte até a data em que a vítima completaria 65 anos;

> b) pagar as prestações vencidas de uma só vez, corrigidas pela variação do salário mínimo, a partir do evento e acrescidas de juros simples, incidentes desde a data do fato até o efetivo pagamento;
>
> c) constituir capital, na forma do artigo 602, do Código de Processo Civil para assegurar o pagamento das prestações vincendas;
>
> d) pagar a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais, valor que será dividido igualmente entre os autores.
>
> Com fundamento no artigo 269, inciso I, do CPC, julgo extinto o processo, com resolução de mérito. Condeno a parte vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência que fixo em R$ 6.000,00 (seis mil reais), com fundamento no artigo 20 do Código de Processo Civil.
>
> [...]

Pois bem, o cerne das questões postas em discussão cinge-se em saber: (1) se deve ser reduzido o valor fixado a título de pensão mensal bem como o período para o seu pagamento, e; (2) se deve ser reduzido o valor fixado R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais, com o reconhecimento da culpa concorrente da vítima.

Nota-se, então, que o recurso não versa sobre a existência ou não do dever de indenizar, limitando-se ao debate da matéria relacionada aos valores indenizatórios.

Não merece guarida a pretensão de exclusão da condenação ao pagamento de pensão mensal por ausência de comprovação da dependência financeira dos autores com relação ao filho falecido. O entendimento jurisprudencial a respeito do tema é no sentido de ser desnecessária a comprovação da dependência nos casos em que a família for de baixa renda.

A propósito, o enunciado da Súmula 491, do STF reza que "é indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Tecendo comentários a respeito da súmula retro transcrita, Roberval Rocha Ferreira Filho, Albino Carlos M. Vieira e Mauro José Gomes da Costa lecionam o seguinte:

> A jurisprudência brasileira é sedimentada na aceitação de que, se os pais perdem um filho, serão devidos danos morais, cumulados, todavia, com danos materiais apenas se o caso envolver família de baixa renda, ou se for produzida prova da existência de dependência econômica. Se a família for de baixa renda, os pais poderão pleitear danos materiais, desde que provem a perda havida. Não existirá, nesse caso, presunção jurisprudencial, como se impõe em relação às famílias de baixa renda.
>
> É que, quanto à baixa renda, o STJ entende devidos danos materiais na presunção de que o filho contribui para o sustento da família. Registre-se que essa presunção permanece ainda que o menor não exerça atividade alguma à época de seu falecimento[7]

No mesmo sentido, transcrevo o seguinte julgado:

7 Súmulas do Supremo Tribunal Federal Organizadas por Assunto, Anotadas e Comentadas. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 110.

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE MENOR EM DECORRÊNCIA DE INFECÇÃO GENERALIZADA. ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ENTIDADE HOSPITALAR MUNICIPAL. ONUS PROBANDI.
>
> [...]
>
> 11. A indenização devida a título de danos materiais, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula 491, implica no reconhecimento do direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos. Precedente do STJ, REsp n. 514384/CE, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 10.5.2004.
>
> [...] (STJ, REsp n. 674.586/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 253).

No caso *sub judice*, não se pode negar que os autores podem ser enquadrados no conceito de família de baixa renda. Tanto é que foram agraciados com os benefícios da justiça gratuita (f. 76).

Logo, a indenização pelos prejuízos materiais mostra-se devida independentemente de comprovação da dependência econômica entre os autores e a vítima falecida.

Ademais, é firme na jurisprudência o entendimento de que a pensão mensal deve ser paga aos familiares até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou até a morte dos titulares do direito.

Em contrapartida, assiste razão à recorrente ao afirmar que deve ser reduzido o valor da pensão mensal, fixado em primeira instância em 2/3 do último salário percebido pela vítima até a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos. Na verdade, os Tribunais vêm adotando uma forma de calcular o valor da pensão, considerando que a vítima, quando completasse 25 (vinte e cinco) anos, constituiria sua própria família, o que reduziria o valor de contribuição no auxílio aos pais.

É o que se depreende da leitura dos seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE MENOR EM DECORRÊNCIA DE INFECÇÃO GENERALIZADA. ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ENTIDADE HOSPITALAR MUNICIPAL. *ONUS PROBANDI.*
>
> [...]
>
> 13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência (STJ, REsp n. 674.586/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.4.2006, DJ 2.5.2006, p. 253).

> REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PENSÃO MENSAL DECORRENTE DE MORTE DE FILHO – VERBA DEVIDA ATÉ A DATA EM QUE O FILHO COMPLETASSE 65 ANOS OU A MORTE DO BENEFICIÁRIO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Correta a fixação da pensão alimentícia decorrente da morte de filho em 2/3 da remuneração ou do salário que a vítima percebia ao tempo do evento, incidindo a partir da data em que ela completaria 16 anos até os seus 65 anos. De igual forma, reduz-se a pensão para 1/3 a partir da data em que a vítima completaria 25 anos, considerando o aumento de suas despesas pessoais com a nova família que constituiria (TJMS, ReexSent n. 2007.035279-7, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Designado Hildebrando Coelho Neto, julgado em 11.3.2008).

Diante destas considerações, é devida a reforma da sentença para o fim de reduzir o valor da pensão mensal para 1/3 do salário recebido pela vítima a partir da data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos.

Por fim, resta saber se é devida a redução do valor fixado a título de danos morais.

No caso dos autos, trata-se de pedido de indenização em razão da morte de um familiar. Sobre o tema considerou Antônio Jeová Santos:

> [...] raro o pedido de ressarcimento por dano decorrente do evento morte, que não venha acompanhado de pedido de indenização por dano moral. Isso é assim, porque além daquelas possibilidades perdidas, a morte do ser humano diminui, menoscaba as afeiçoes íntimas dos parentes. É fonte de angústia. A dor da ausência deixa malferidos os vivos que privaram da amizade e do conviver com o ociso. O danos moral, de par ao patrimonial, é da essência mesmo do ato que provoca a morte.
>
> A jurisprudência brasileira, ao considerar que prejuízo material sofrido pelos parentes advém somente do fato morte, adere à doutrina que entende ter a vida conteúdo econômico. A vida, em si mesma considerada, é um valor imponderável e a existência do prejuízo é presumida. Por isso não é necessária prova exaustiva do prejuízo[8].

É notório que a avaliação dessa modalidade de prejuízo, para efeito de indenização, é uma das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, tendo em vista que inexistem parâmetros e limites certos indicados na legislação em vigor, o que implica necessidade de se proceder a um prudente arbítrio, levando-se em conta a dupla finalidade da condenação, quais sejam: a) a de desestimular o responsável pelo dano, de forma a motivá-lo a tomar atitudes que previnam a ocorrência futura de atos semelhantes; b) a de compensar a vítima pela dor indevidamente imposta, evitando, sempre, que o ressarcimento transforme-se numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa.

Como dito, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do quantum a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina. A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva[9].

8 **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejuz, 1999. p. 233.

9 **Responsabilidade Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve considerar o critério da razoabilidade, por meio do qual se pondera as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Dessa forma, levando-se em consideração a finalidade da indenização moral, qual seja, a de amparar e diminuir a dor sofrida pelos familiares da vítima, porém, sem que lhe sirva de fonte de enriquecimento sem causa, entendo que a importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para ambos os autores, não se apresenta excessiva nem irrisória.

Nem se diga que é o caso de reconhecimento da culpa concorrente da vítima como forma de reduzir o montante indenizatório.

Isto porque, ficou evidenciado nos autos que vítima (que era contratada para a prestação de serviços como encanador), no momento do acidente, realizava tarefa que deveria ser executada por um profissional eletricista. No entanto, a vítima não realizava a tarefa por sua livre vontade, mas sim em razão de uma ordem dada por outro preposto.

É o que se verifica da análise das informações trazidas pela testemunha compromissada, Sr. Debrair da Silva Lima (f. 106):

> [...] que na época dos fatos o depoente trabalha na empresa requerida; que presenciou o acidente; que Valdeni estava consertando um fio de uma serra elétrica de uma altura de aproximadamente dez metros; que Valdeni colocou o alicate no fio, que acabou dando um choque; [...] Valdeni era encanador; que Valdeni não tinha curso de eletricista; que Valdeni recebeu ordens do Sr. Valdevino, encarregado do abate, para que fizesse o reparo no fio; que Valdeni disse que não poderia mexer, mas Valdevino disse que era rápido; [...].

Resta estreme de dúvida que se a vítima praticava atividades para as quais não possuía treinamento e por ordem de um de seus superiores, ficando afastada a possibilidade de reconhecimento da culpa concorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para, em reformando em parte a sentença recorrida, somente para determinar a redução do valor da pensão mensal para 1/3 do salário recebido pela vítima, a partir da data em que esta completaria 25 (vinte e cinco) anos.

Passo, então, à análise do recurso adesivo interposto pelos autores.

DO RECURSO ADESIVO MANEJADO PELOS AUTORES

Os autores recorreram adesivamente pretendendo a majoração dos honorários de sucumbência.

Alegam que, em se tratando de demanda de natureza indenizatória, os honorários devem ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

Sabe-se bem que nas causas em que haja condenação, a fixação do *quantum* devido à título de honorários de sucumbência deve observar a regra do artigo 20, § 3º, do CPC, razão pela qual o magistrado está adstrito aos parâmetros máximo e mínimo do supracitado dispositivo legal.

Soma-se ao fato, outrossim, que o supracitado dispositivo legal, expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Dessa forma, a fixação de verba honorária em quantia simbólica e irrisória desatende ao preceito contido no artigo 20, § 3º, pois eles devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo, grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, valorizando, assim, o trabalho realizado pelo profissional.

Conforme se extrai dos autos, a ação apresentou certa complexidade. Inclusive, o feito foi inicialmente processado na justiça estadual, posteriormente remetido à justiça trabalhista, onde foi sentenciado (f. 132-142). No entanto, a sentença foi tornada nula em razão da incompetência da justiça do trabalho sendo os autos novamente remetidos à justiça estadual para regular julgamento. Aliás, o feito encontrava-se em trâmite no Poder Judiciário, quando da prolação da sentença, há mais de 7 (sete) anos.

Dessa forma, sopesada a dedicação profissional ao atendimento dos interesses de seus clientes, que demonstrou zelo e eficiência profissional, e os fatos anteriormente articulados, entendo que a importância equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação melhor atende aos parâmetros já delineados.

Ante o exposto, conheço do recurso adesivo e dou-lhe parcial provimento para o fim de reformar em parte a sentença recorrida, fixando os honorários advocatícios de sucumbência em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 22 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.020119-4 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – REFÉM EM REBELIÃO PRISIONAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGEPEN – RECONHECIDA DE OFÍCIO – VOTO DIVERGENTE PELO AFASTAMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CARACTERIZADO – CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTENTE – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – AUSÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA ESTATAL – IMPROVIMENTO.

Em voto divergente, afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva da Autarquia Estadual, reconhecida de ofício, ao fundamento de que ocorre litisconsórcio facultativo entre o Estado e a AGEPEN.

Não resta caracterizada ofensa ao princípio da dialeticidade quando é perfeitamente possível extrair da peça recursal as razões do inconformismo da parte recorrente.

Não há cerceamento de defesa quando o conjunto probatório acostado aos autos dispensa realização de audiência instrutória, estando presente, pois a hipótese do Art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Malgrado o Estado ter o dever de zelar pela integridade física do seu servidor, no caso em exame, não há como aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que os danos sofridos pela apelante foram causados por ato "tresloucado" de presos – terceiros –, e não por uma conduta comissiva daquele.

O Estado não tem sido omisso em relação aos problemas penitenciários, eis que tem propiciado ações no sentido de melhorar o tratamento dispensado aos presos, bem como tem em andamento várias obras, sendo que, somente no ano de 2004, foram assinados nove convênios, com finalidades diversas, mas todas no sentido de melhorar e reestruturar o sistema carcerário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, afastar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada de ofício pelo relator e, por unanimidade, rejeitar as demais preliminares. No mérito, por maioria, vencido o revisor, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Neuza Marques interpõe apelação cível contra sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos da Ação de Indenização n. 002.07.017770-0, que julgou improcedente o pedido formulado em face da AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, condenando-a ao pagamento dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), e das custas processuais.

Em suas razões de f. 185-194, alega a apelante, em síntese, que houve cerceamento de defesa, por ter o magistrado *a quo* procedido ao julgamento antecipado da lide sem que tenha sido oportunizada a "competente e indispensável dilação probatória" (f. 183-184).

Meritoriamente, sustenta que, como o Estado foi negligente por não ter tomado providências em relação às notórias irregularidades carcerárias, como a superlotação e as condições subumanas em que vivem os presos, e como foi omisso por não ter se precavido ao ser avisado pelo Sindicato dos Agentes Penitenciários de que os presos planejavam um motim no Dia das Mães (f. 188), este é responsável pelos danos causados à apelante, que está afastada de seu trabalho por ordem médica, tendo insônia, pânico, pesadelos constantes, etc, não sendo cabível, ainda, o Juiz singular afirmar que a rebelião foi fato imprevisível e inevitável.

Afirma, ainda, que o adicional de periculosidade "por risco de vida" não supre o dever de indenizar, tratando-se de um *plus* salarial, devido em razão do *stress* vivido pelo servidor que trabalha na penitenciária.

Por fim, reforça que os danos e o nexo de causalidade encontram-se fartamente comprovados.

Requer:

> […] pela preliminar suscitada, seja a r. sentença anulada para se determinar que outra seja proferida, após a observância da ampla produção de prova (art. 5º, LV, da CF), ou, superada a preliminar, no mérito seja considerado a farta prova documental, além de fato público e notório o evento danoso, e provado o nexo de causalidade e o dano físico e moral, seja o presente apelo conhecido e provido para julgar procedente a presente ação ordinária de indenização, condenando o apelado a pagar o valor de R$ 228.000,00 (duzentos e vinte e oito mil reais), correspondente a 600 (seiscentos) salários mínimos, conforme consta do pedido inicial, invertendo-se os honorários de sucumbência, para os quais, requer, o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (f. 193-194).

Em sede de contraminuta (f. 200-217), pugna a AGEPEN pelo não-conhecimento da apelação interposta, "*em razão de transgressão ao princípio da dialeticidade*" (f. 216) e/ou pelo seu improvimento, "*ante a inexistência de responsabilidade estatal da apelada*" (f. 217), ou, caso provida, para se "*fixar um quantum razoável indenizatório em desfavor da apelada*" (f. 217)

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Neuza Marques contra sentença proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos da Ação de Indenização n. 002.07.017770-0, que julgou improcedente

o pedido formulado em face da AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, condenando-a ao pagamento dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), e das custas processuais.

Como relatado, em suas razões de f. 185-194, alega a apelante, em síntese, que houve cerceamento de defesa, por ter o magistrado a quo procedido ao julgamento antecipado da lide sem que tenha sido oportunizada a "competente e indispensável dilação probatória" (f. 183-184).

Meritoriamente sustenta que o Estado é responsável pelos danos causados à apelante, que está afastada do trabalho por ordem médica, tendo insônia, pânico, pesadelos constantes, etc, não sendo cabível, ainda, o Juiz singular afirmar que a rebelião foi fato imprevisível e inevitável.

Aduz que o adicional de periculosidade "por risco de vida" não supre o dever de indenizar, tratando-se de um plus salarial, devido em razão do stress vivido pelo servidor que trabalha na penitenciária.

Por fim, reforça que os danos e o nexo de causalidade encontram-se fartamente comprovados.

Requer, "[...] pela preliminar suscitada, seja a r. sentença anulada para se determinar que outra seja proferida, após a observância da ampla produção de prova (art. 5º, LV, da CF), ou, superada a preliminar, no mérito seja considerado a farta prova documental, além de fato público e notório o evento danoso, e provado o nexo de causalidade e o dano físico e moral, seja o presente apelo conhecido e provido para julgar procedente a presente ação ordinária de indenização, condenando o apelado a pagar o valor de R$ 228.000,00 (duzentos e vinte e oito mil reais), correspondente a 600 (seiscentos) salários mínimos, conforme consta do pedido inicial, invertendo-se os honorários de sucumbência, para os quais, requer, o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação" (f. 193-194)

Questão de ordem

Tendo-se em vista que a legitimidade das partes é matéria incluída naquelas denominadas de ordem pública, as quais comportam enfrentamento em qualquer fase ou instância em que o processo esteja tramitando, vislumbro que a AGEPEN não possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Aliás, importante mencionar que a própria apelante atribui ao Estado, e não à AGEPEN, a responsabilidade pelo dano moral a ela causado, o que se constata da leitura atenta da fundamentação de sua apelação.

O sofrimento suportado pela recorrente ocorreu em virtude da rebelião prisional que, por sua vez, teve como fato gerador a alegada omissão estatal quanto à superlotação carcerária e às precárias condições a que são submetidos os presos, a par de outras deficiências (f. 188), que são notórias não só no Estado de Mato Grosso do Sul, mas em todo o país (TJMS, AC n. 2007.006448-3).

A propósito, controvérsias análogas a ora analisada já foram julgadas neste Sodalício, conforme se denota do seguinte excerto:

> [...] Se a omissão estatal (se houver, está relacionada com o mérito) geradora de danos morais é a causa de pedir (relação jurídica posta em juízo) da autora, a parte legítima passiva ad causam é a pessoa jurídica titular dos deveres constantes nessa mesma relação jurídica, e, como visto acima, a AGEPEN não é titular passiva da relação jurídica designada pela seguinte fórmula: dano causado pelo sofrimento e descaso, ou seja, omissão estatal (omissão estatal consubstanciada em construir, reformar e dotar os estabelecimentos prisionais de estruturas mínimas); atribuição do Estado, e não da AGEPEN, que é autarquia, com funções diversas das citadas anteriormente.

> Estando fora da estrutura lógica acima, portanto não sendo titular da relação jurídica discutida nos autos, não há falar em legitimidade passiva da AGEPEN.
>
> [...]
>
> Conforme ressalvado anteriormente, a autonomia administrativa e a economia própria da autarquia destinam-se apenas às atribuições que lhe foram conferidas pela lei que as instituiu. No caso em apreço, a omissão imputada ao recorrente é de espectro bastante superior que as simples faltas na administração do sistema penitenciário, mas na própria definição e execução da política penitenciária.
>
> [...]
>
> Assim, não cabe à AGEPEN responder ao pedido, visto que o fundamento jurídico não tem relação com fato comissivo ou omissivo a ela pertinente, mas a outro, de esfera superior na administração estadual.
>
> Logo, entendo não ser parte legítima para figurar no pólo passivo a AGEPEN, porquanto a regra de conduta omissiva é do Estado, que não constrói novos estabelecimentos penitenciários para evitar a superpopulação e não realiza as devidas reformas para adequar os presídios existentes nos moldes estabelecidos pela Lei de Execução Penal e pela Constituição Federal, assegurando, assim, as condições mínimas de existência do ser humano, consagrado na Carta Magna de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.
>
> Portanto, é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda única e exclusivamente o Estado de Mato Grosso do Sul. [...]'
>
> Pelas razões acima, suscito de ofício a preliminar de ilegitimidade passiva da AGEPEN, excluindo-a do pólo passivo da ação.
>
> Pelo exposto, conheço do recurso e acolho a preliminar suscitada de ofício para excluir do pólo passivo da ação a AGEPEN. (TJMS, AC n. 2006.014221-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay) [destaquei]

Ainda, no mesmo sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AGEPEN – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA LIMITADA À ADMINISTRAÇÃO DOS PRESÍDIOS – PRELIMINAR REJEITADA, PERSISTINDO SOMENTE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO – MÉRITO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSO PROVIDO.
>
> Não cabe à Agepen responder ao pedido de indenização, visto que o fundamento jurídico não tem relação com fato comissivo ou omissivo a ela pertinente, mas a outro, de esfera superior na administração estadual.
>
> O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano a particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo [...] (TJMS, AC n. 2007.003405-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

Diante do exposto, não há dúvida acerca da carência de legitimidade da AGEPEN para figurar como parte em litígios dessa natureza, diante da verificação de que, dentre as atribuições conferidas ao antigo DSP,

hoje AGEPEN, não está incluída a responsabilidade pelos eventuais danos sofridos pela apelada, decorrentes do motim prisional, não havendo nenhuma correlação entre a competência da AGEPEN para gerir os estabelecimentos penais do Estado e dano alegado pela autora, ora recorrente.

Isto porque, a autonomia administrativa e a economia própria da autarquia destinam-se, por força do princípio da legalidade, apenas às atribuições que lhe foram conferidas pela Lei (art. 7º do Decreto-Lei n. 11, de 1º de janeiro de 1979), e, no caso, a omissão imputada ao Estado abrange a execução da política penitenciária no seu todo, e não apenas a eventuais ocorrências danosas na administração de um determinado sistema.

Tanto é assim que, recentemente, tornou-se pública e notória a mobilização da sociedade civil do Estado, contra a transferência de internos que estavam cumprindo pena em estabelecimentos prisionais de outra Unidade Federada, motivada pela atuação da política penitenciária no seu todo.

Assim, não cabe à AGEPEN responder ao pedido, já que o evento causador da alegado dano não tem relação com fato comissivo ou omissivo a ela pertinente, mas a outro, de esfera superior, conforme já dito, afeito à administração estatal.

Consequentemente, por conta da constatada ilegitimidade, de nada adianta avançar na pretensão alternativa, calcada no reconhecimento de eventual cerceamento de defesa, uma vez que resta evidenciadamente prejudicado o direito apontado como violado.

Posto isso, *ex officio,* reconheço a ilegitimidade passiva da AGEPEN, e, via de consequência, extingo o processo sem resolução do mérito, consoante o disposto no art. 267, VI, CPC, mantendo os ônus sucumbenciais consignados na sentença primeva.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. DORIVAL RENATO PAVAN), APÓS O RELATOR SUSCITAR DE OFÍCIO PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA EM RELAÇÃO À AGEPEN. O VOGAL AGUARDA.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

Na sessão do dia 24.11.2009, pedi vista dos autos para melhor examinar a hipótese sob exame, depois de o eminente relator, Des. Paschoal Carmello Leandro, ter proferido voto no sentido de reconhecer a ilegitimidade da AGEPEN para figurar no pólo passivo da presente demanda, extinguindo, por conseguinte, o processo sem resolução do mérito, consoante o disposto no art. 267, VI, do CPC.

Em resumo, Neuza Marques ajuizou a presente Ação Indenizatória em face da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul – AGEPEN, em razão dos danos morais que sofreu, em virtude de ter permanecido como refém, sob o domínio e ameaça de reclusos e detentos armados, durante uma rebelião na penitenciária Harry Amorim Costa, onde exercia a função de técnica de enfermagem.

O juízo sentenciante julgou improcedente o pedido inicial, dando ensejo à interposição do recurso de apelação cível pela parte autora.

O eminente relator, Des. Paschoal Carmello Leandro entendeu que, por se tratar de matéria de ordem pública, deve ser conhecida de ofício a ilegitimidade da AGEPEN para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Pois bem.

Depois de analisar os fundamentos do referido voto, peço vênia ao eminente Revisor, Des. Paschoal Carmello Leandro, para dele divergir e fazer prevalecer a legitimidade passiva da AGEPEN no caso em apreço, em razão dos seguintes fundamentos, que passo a expor.

Entendo que na presente hipótese ocorre um litisconsórcio facultativo passivo entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a AGEPEN, podendo o pólo passivo da demanda ser formado por qualquer um desses entes, por opção exclusiva de quem ajuiza a ação.

Logo, a ação poderia sim ter sido proposta tão-somente em face da AGEPEN, como assim o foi, tendo em vista o fato de que uma das características marcantes do litisconsórcio facultativo é a existência de uma pluralidade de sujeitos que se vinculam entre si por qualquer das causas elencadas no artigo 46, do CPC.

Segundo iterativa jurisprudência, "a facultatividade do litisconsórcio dá liberdade ao autor para instituí-lo, independentemente da vontade dos réus, se preenchidos os requisitos e pressupostos legais respectivos."RT 589/155 e RP 47/283), de sorte que ao réu não cabe impor a formação de um litisconsórcio que foi desfeito por determinação do juízo.

Assim, a AGEPEN é legitimada, assim como o Estado, para responder à presente ação, possuindo ambos legitimidade autônoma em relação ao pedido aqui postulado, pelo que deve ser reconhecida a legitimidade do AGEPEN, rejeitando-se, consequentemente, a preliminar acolhida pelo relator.

Assinalo que esse entendimento já foi adotado por esta Quarta Turma Cível ao julgar a Apelação Cível n. 2008.005423-4, oportunidade em que foi reconhecida a legitimidade, tanto da AGEPEN, quanto do Estado, conforme ementa que transcrevo a seguir:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS–MORTEDEDETENTOEMUNIDADEPENAL–INDENIZAÇÃOASPIRADA PELA GENITORA DO PRESIDIÁRIO ASSASSINADO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO QUE POSSUI RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO RESGUARDO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA AGEPEN PELA REPARAÇÃO DOS INQUESTIONÁVEIS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELA OFENDIDA – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DE FORMA APTA A OBSTAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA OFENDIDA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (norma contida no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988).
>
> Não pairam dúvidas quanto à responsabilidade estatal de garantir ao presidiário a sua integridade física e moral, conjuntura que termina por tornar indubitável a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação indenizatória ajuizada pela mãe do detento assassinado em uma unidade penal.
>
> Em virtude da responsabilidade objetiva que ostentam, o Estado e a AGEPEN devem ressarcir os danos de ordem moral suportados pela genitora de um presidiário assassinado quando estava sob custódia estatal.
>
> O quantum fixado a título de danos morais deve se mostrar apto a ressarcir os prejuízos suportados pelo ofendido e a impor uma pena ao ofensor de forma hábil a obstar que atos

da mesma espécie voltem a ser praticados, sem, contudo, originar o enriquecimento ilícito do primeiro", grifei. (AC n. 2008.005423-4, Dourados, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 1.4.2008).

Tecidas essas considerações, divirjo do eminente relator, respeitosamente, para declarar a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul - AGEPEN parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, prosseguindo-se, portanto, quanto ao exame do mérito do presente recurso.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Vogal)

Acompanho o revisor.

POR MAIORIA, AFASTARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO RELATOR.

VOTO

Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Rejeitada, por maioria, a preliminar argüida de ofício, de ilegitimidade passiva, passo ao exame do recurso interposto por Neuza Marques, apreciando, inicialmente, a preliminar suscitada pela AGEPEM em sede de contraminuta (f. 200-217), pretendendo o não conhecimento da apelação por ofensa do princípio da dialeticidade.

Tenho que a preliminar não deve subsistir, eis que é perfeitamente possível extrair da peça recursal as razões do inconformismo do Instituto-apelante pelas quais pretende a reforma da sentença.

Sobre o tema, como bem consignou o Des. Joenildo de Souza Chaves (na apelação cível n. 2003.008942-0, julgada em 23.5.2006), "[…] estando o recurso suficientemente motivado, dele extraindo os fundamentos pelos quais se contrapõe a conclusão da sentença profligada, não pode ser considerado ofensivo ao princípio da dialeticidade".

Em suas razões recursais, Neuza Marques sustenta, como preliminar, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ao argumento de que o magistrado de 1º grau julgou antecipadamente a lide, sem que tenha sido oportunizada a "competente e indispensável dilação probatória" (f. 183-184).

A irresignação da apelante não merece prosperar, haja vista que o julgador de 1º grau – destinatário das provas produzidas – entendeu que o conjunto probatório constante dos autos dispensava a realização de audiência instrutória, estando presente, pois, a hipótese do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ora, consoante o princípio da persuasão racional, cabe ao magistrado, além de excluir e indeferir as provas que considerar protelatórias, limitar sua produção.

In casu, as provas produzidas foram suficientes para formar a convicção do magistrado.

Sobre o assunto, colaciono a seguinte Jurisprudência pátria:

PROCESSO CIVIL.PROVA. FINALIDADE E DESTINATÁRIO DA PROVA.

> A prova tem por finalidade formar a convicção do juiz. É o juiz o destinatário da prova. É ele quem precisa ter conhecimento da verdade quanto aos fatos. Se o juiz afirma que a prova já produzida é suficiente para o deslinde da questão, é porque sua convicção já estava formada. (TRF, Ag n. 9476 MG 2008.01.00.009476-3, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, julgado em 23.6.2008).

Inclusive, importante ressaltar que, em suas razões recursais, alega a própria apelante que "*Pelas provas documentais dos autos, resta inconteste a culpa do Estado e via de consequência, do apelado [...]*" (f. 188) e que "*os danos e o nexo de causalidade encontram-se fartamente documentado nos autos [...]*" (f. 193), reconhecendo dessa forma que não há necessidade de produção de mais provas.

Em assim sendo, afastada a preliminar de cerceamento de defesa, passo ao exame do mérito.

Conforme extrai-se da exordial de f. 2-13, no dia 14 de maio de 2006, ocorreu uma rebelião na penitenciária Harry Amorim Costa, na cidade de Dourados, ocasião em que a recorrente, funcionária pública, que estava trabalhando como técnica de enfermagem, foi tomada como refém "por mais ou menos 10 bandidos de alta periculosidade, ficando sob ameaça dos mesmos por mais de 30 horas, efetuadas com armas de barras de ferro e chuchos (faca artesanal)" (f. 4).

Diante de tal fato, a recorrente ajuizou a presente ação, pretendendo, basicamente, a condenação da AGEPEN ao pagamento de danos morais, no valor de R$ 228.000,00 (duzentos e vinte e oito mil reais), correspondente a 600 (seiscentos) salários- mínimos.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido formulado, condenando-a ao pagamento dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), e das custas processuais.

Meritoriamente, em suas razões recursais, sustenta a apelante que o Estado foi negligente por não ter tomado providências em relação às notórias irregularidades carcerárias, como a superlotação e as condições subumanas em que vivem os presos, e que, como foi omisso por não ter se precavido ao ser avisado pelo Sindicato dos Agentes Penitenciários de que os presos planejavam um motim no Dia das Mães (f. 188), esse é responsável pelos danos que lhe foram causados, danos estes consistentes em insônia, pânico, pesadelos constantes, etc, que, inclusive, afastaram-na de seu trabalho por ordem médica.

Preceitua o § 6º do art. 37 do Texto Constitucional, *in verbis*:

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

Da leitura do preceito acima transcrito, extrai-se que a responsabilidade civil prevista na Carta de 1988, em princípio, é objetiva, ou seja, prescinde da idéia de culpa, a qual é requisito para a obrigação de indenizar.

Extrai-se, ainda, que a responsabilidade civil do Estado somente será objetiva quando os danos suportados por terceiros forem "causados" por seus agentes públicos, isto é, engloba apenas a conduta comissiva, pois o dispositivo constitucional em exame é expresso nesse sentido, ao consignar: "causarem a terceiros".

Diante disso, em caso de conduta omissiva do Estado, deverá incidir a responsabilidade subjetiva, que supõe culpa em sentido amplo, já que é inadmissível responsabilizá-lo de forma objetiva, quando, por sua omissão, advir um evento danoso causado por um terceiro, visto que nessa hipótese ele não foi o "causador" do evento.

Desse modo, malgrado o Estado ter o dever de zelar pela integridade física dos seus servidores, no caso em exame, não há como aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que os danos sofridos pela apelante foram causados por ato "tresloucado" (f. 174; RT 682/71) de presos – terceiros –, e não por uma conduta comissiva daquele.

Sobre a responsabilidade civil do Estado em casos como este, colaciono a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> 54024641 - DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REBELIÃO DESENVOLVIDA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. GUARDA PENITENCIÁRIO TOMADO COMO REFÉM. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO ANALISADA SOB A ÓTICA SUBJETIVA. ELEMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. [...] Em se cuidando de pleito de indenização, a título de reparação por danos morais, direcionado por guarda penitenciário, tomado como refém em rebelião, contra o Estado, a responsabilidade desse deve ser examinada sob a ótica subjetiva, exigindo-se, pois, a comprovação de conduta omissiva do ente público qualificada pelo dolo ou culpa de um de seus agentes, e seu nexo com o dano alegado, de tal sorte que, não se produzindo a mencionada atividade probatória, inviável a imposição da obrigação de indenizar. [...]. (TJMG, AC-RN n. 1.0024.02.726668-3/001, Belo Horizonte, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, julgado em 3.11.2005, DJMG 22.11.2005).

Assim, resta evidente que a responsabilidade do Estado, *in casu*, é subjetiva. Portanto, consoante a jurisprudência transcrita, faz-se necessária a comprovação da conduta omissiva do ente público, qualificada pelo dolo ou culpa de um de seus agentes, e seu nexo com o dano alegado, requisitos sem os quais não resta configurada a mencionada responsabilidade subjetiva do Estado.

Em análise à alegada conduta omissiva do ente público, vê-se que a apelante sustentou que o Estado foi negligente por não ter tomado providências em relação às notórias irregularidades carcerárias, como a superlotação e as condições sub-humanas em que vivem os presos.

Não obstante tais afirmações, entendo que o Estado não apresenta uma conduta omissiva em relação aos problemas penitenciários, conforme demonstrado na decisão da Apelação Cível n. 2006.015033-4, prolatada por esta turma em 16.1.2007, de minha relatoria, da qual extraio o seguinte excerto:

> [...] verifica-se que o Estado, no que concerne ao sistema penitenciário estadual, tem em andamento várias obras, sendo que, somente no ano de 2004, foram assinados nove convênios, com finalidades diversas, mas todas no sentido de melhorar e reestruturar o sistema carcerário.
>
> Some-se a isso a planilha que trata dos valores empenhados em obras de construção civil na Segurança Pública do Estado, alcançando vultosas quantias.
>
> É evidente que tais ações não são suficientes para sanar os problemas existentes em curto espaço de tempo, – problemas estes que se arrastam ao longo de vários anos – mas, demonstra que o Poder Público Estadual não permanece inerte em relação a isto, propiciando ações no sentido de melhorar o tratamento dispensado aos presos.
>
> Diante disso, não pode o Poder Judiciário, por força do princípio da razoabilidade, determinar ao Estado (Poder Executivo) que altere, de forma substancial, a Lei Orçamentária, estabelecendo rubrica com numerário considerável, para que a crise penitenciária seja resolvida ao longo de um ou dois exercícios.

Assim, vejo que razão não assiste à recorrente.

Quanto à afirmação de que a rebelião foi fato previsível e evitável, pelo fato de que "*O Sindicato dos Agentes Penitenciários teria avisado a direção da Penitenciária de Segurança Máxima Harry Amorim Costa (PHAC) que os presos planejavam um motim para [o] Dia das Mães*" (f. 37), conforme noticiado pela mídia, no *site* www.douradoragora.com.br, a meu juízo, ela não merece prosperar.

Com efeito, cumpre consignar que notícias midiáticas não têm o condão de comprovar que tal evento realmente ocorreria, isso porque é cediço que frequentemente ocorrem ameaças de rebeliões por parte dos presos, que as fazem com o intuito de coagir o Estado a implantar melhorias no sistema penitenciário, mas que raramente são concretizadas, pois, na maioria das vezes, elas não passam de meras ameaças.

Diante de todo o exposto, não vislumbrando a alegada conduta omissiva do ente público, qualificada pelo dolo ou culpa de um de seus agentes, entendo que a sentença recorrida não merece qualquer reparo, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos, restando prejudicada a matéria referente ao adicional de periculosidade arguida pela recorrente em suas razões recursais.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Peço vênia para divergir do eminente relator.

Trata-se de recurso tirado contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado em face da AGEPEN, creditando-lhe a responsabilidade pelos danos causados à apelante, a qual estava nomeada para exercer o cargo de assistente de administração, no quadro permanente do Estado de Mato Grosso do Sul, na Secretaria de Saúde, exercendo as funções junto ao setor de saúde da Unidade Penal/AGEPEN, ali tendo sido vítima de uma rebelião, na Penitenciária Harry Amorim Costa, que foi totalmente dominada e grande parte destruída por detentos rebelados.

Na qualidade de técnica de enfermagem, trabalhava normalmente no dia do evento, quando houve a rebelião, ficando sob ameaça dos detentos por mais de trinta horas, que lhe cerceavam a liberdade apontando-lhe armas de barra de ferro e faca artesanal (chucho). Nesse dia, enquanto esteve sob a custódia dos presidiários, para quem servia de escudo, vários tiros foram disparados, aumentando as tensões e também as ameaças de morte, quando temeu por sua vida.

Os rebeldes, sempre tomando a requerente como refém, arrombaram a farmácia da penitenciária, apossaram-se de vários litros de álcool e pacotes de ki-suco, ingerindo tais ingredientes, aumentando ainda mais o terror da autora.

Houve a tortura, na frente da autora, de um carcereiro (Benites), e ameaçaram fazer o mesmo com a autora, chegando ao cúmulo de fazerem uma fogueira com materiais da própria penitenciária, ameaçando queimá-lo, o que só não ocorreu face a insistência e súplicas da requerente e, sob ameaças, ajudou, na qualidade de enfermeira, comparsas feridos e familiares que ali se encontravam.

Tais fatos, alega, causaram-lhe danos morais, a respeito dos quais quer se indenizar através da ação intentada, julgada improcedente em primeiro grau e, agora, mantida pelo eminente relator.

Dele, respeitosamente, divirjo, por entender que, no caso, subsiste a responsabilidade estatal, aqui através da autarquia estadual AGEPEN, de indenizar os danos que a autora sofreu em decorrência dos fatos narrados.

Venho sistematicamente entendendo, em casos tais, até mesmo em face de morte de preso dentro do presídio, que existe responsabilidade objetiva do Estado, e não subjetiva, como entendeu S. Exa. o douto relator, o que se avulta quando a vítima é tomada como refém em rebelião de presidiários, sendo que a autora

não participava do sistema penitenciário como agente encarregada da segurança, mas como enfermeira, dentro da farmácia e vinculada à Secretaria de Saúde do Estado, surgindo daí, de forma induvidosa, ao menos a meu modo de ver, a responsabilidade de indenizar pelos danos morais experimentados pela autora durante as quase trinta horas a que foi submetida a uma tortura psicológica incomparável, que certamente lhe causaram sérios transtornos e abalos psíquicos, passíveis, portanto, de indenização.

Em se tratando de danos morais quanto à morte de presos - o que não se dirá, então, quanto aos fatos descritos na inicial e devidamente documentado nos autos - verifico que a matéria já foi apreciada em outras oportunidades por este colegiado, quando foi reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado pela morte de detento em seus estabelecimentos:

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE PRESO – RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA.
>
> O Estado deve zelar pela integridade física daquele que é mantido sob a sua guarda e custódia, de sorte a protegê-lo de eventual violência; no caso em análise, o réu deve responder pela morte do filho da autora, ocorrida nas dependências do estabelecimento penal de Ponta Porã-MS, independentemente da culpa de seus agentes públicos.
>
> DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO.
>
> O valor da indenização por dano moral fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz que, segundo o caso concreto, fixará de modo a prestigiar o aspecto compensatório que essa verba deve produzir em relação ao lesado, aliada ao caráter sancionatório ao lesante, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (AC Ordinário n**.** 2008.028104-4, Campo Grande, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins**,** julgado em 25.11.2008).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – MORTE DE DETENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – EXCLUDENTES NÃO VERIFICADAS – RECURSO IMPROVIDO. O Estado, diante da responsabilidade objetiva, tem o dever de zelar pela integridade física daquele que é mantido sob a sua guarda, protegendo-o da prática de eventual violência que possa ser praticada, respondendo pelo assassinato de detento, ocorrido nas dependências de delegacia policial, independentemente da culpa do agente público". (TJMS, AC n. 2005.003652-9, Aquidauana, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 3.10.2006).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MORTE DE PRESO DENTRO DO PRESÍDIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – CARACTERIZADA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ARBITRADA EM R$ 40.000,00 A CADA UM DOS FILHOS – DANO EMERGENTE – NÃO COMPROVADO – LUCROS CESSANTES – PRESUMÍVEIS – PENSÃO EQUIVALENTE A 2/3 DO SALÁRIO-MÍNIMO – PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Segundo precedentes desta Corte e do STJ, é objetiva a responsabilidade do Estado decorrente da morte de pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais, tendo em vista a obrigação constitucional de garantir-lhes a incolumidade física. 2. Verificados os requisitos da responsabilidade civil, é devida a indenização pelo dano moral aos entes queridos do falecido (filhos), arbitrada em R$ 40.000,00 para cada, conforme parâmetros jurisprudenciais. 3. O dano emergente, conquanto não comprovado, não é devido. 4. Os lucros cessantes, quando não provados, presumem-se no mínimo possível (2/3 do salário-mínimo). (AC Ordinário n. 2008.024543-3, Campo Grande, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel**,** julgado em 28.5.2009).

Neste último voto, da lavra do eminente Des. Sideni Soncini Pimentel, colhe-se o seguinte e importante fragmento do voto:

> Rui Stocco traz conclusiva lição sobre o tema:
>
> Portanto, o Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.
>
> O confinamento de pessoa condenada pelo Estado-juiz por parte do Poder Executivo pressupõe a entrega dessa pessoa à guarda e vigilância da Administração Carcerária.
>
> Desse modo, qualquer lesão que esses presos sofram por ação dos agentes públicos, por ação de outros reclusos ou de terceiros, leva à presunção absoluta (*jure et jure*) da responsabilidade do Estado, não admitindo a alegação de ausência de culpa. Mostra-se, então despiciendo indagar se a Administração falhou, se houve (ou não) omissão, falta ou falha do servidor ou culpa anônima do serviço.
>
> A responsabilidade nasce tão-só da existência de um dano e da existência de nexo causal entre o fato e o resultado. Isto porque o preso fica sob o poder, proteção e vigilância do Estado. Quando preso, não tem escolha quanto ao local em que deve ficar, nem opção quanto aos próprios meios de sua proteção". (**Tratado de Responsabilidade Civil**, 7. ed., RT, 2007, p. 1.167).
>
> A jurisprudência dos tribunais superiores é uníssona quanto à questão. Já decidiu o STF:
>
> O assassinato de preso na prisão por outro detento gera ao Poder Público o dever de indenizar, pois cumpre ao Estado tomar as medidas necessárias para assegurar a integridade física de seus custodiados, o que efetivamente não ocorre quando o agente público, além de recolher o encarcerado à cela com excesso de lotação, não toma as medidas necessárias para evitar a introdução de arma no recinto. (REsp n. 170.014/9-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 31.10.1997).

E mais:

> Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. (REsp n. 272.839, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1.2.2005, DJU 8.4.2005).

No âmbito do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO MORTO APÓS SER RECOLHIDO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. SOBREVIDA PROVÁVEL (65 ANOS). PRECEDENTES.
>
> [...] No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. 3. A orientação desta Corte fixa em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida. 4. Precedentes jurisprudenciais do STF, do STJ

e de Tribunais Estaduais prestigiando a fixação da responsabilidade civil quando presente o panorama fático e jurídico acima descrito.

5. Doutrina de Rui Stoco, Yussef Cahali, Cretela Júnior e Celso Antônio Bandeira de Melo no mesmo sentido do acima exposto (ver "**Tratado de Responsabilidade Civil**", de Rui Stoco, 6. Ed. RT, 2004, pp. 1.124-1.125).

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para fixar em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida. (REsp n. 847687/GO, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 25.6.2007, p. 221)."

Esse entendimento pode ser aplicado também ao caso em tela, se bem que não se trata da morte de preso, mas de ofensas – e graves – à incolumidade física e psíquica de quem trabalhava regularmente no interior do presídio, onde veio a eclodir a rebelião, tendo sido a autora tomada como refém.

Assim, em que pese o entendimento do eminente relator, venho me posicionando pela fixação da responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul, ou, como no caso, da AGEPEN, na qualidade de autarquia estadual encarregada de zelar pelo estabelecimento penal de Mato Grosso do Sul e pela segurança de todos quantos ali se encontrem custodiados ou que ali têm que obrigatoriamente trabalhar, como a autora, é objetiva neste caso, independente de culpa de seus agentes, pois é seu dever zelar pela integridade física tanto dos detentos que estão sob sua custódia, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, quanto, principalmente daqueles que ali prestam serviços, como no caso da autora, que era enfermeira prestando serviços na farmácia do estabelecimento penal em que eclodiu a rebelião.

Outro não é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente reconhece ser objetiva a responsabilidade estatal neste caso.

Ao decidir o Recurso Especial n. 944.884/RS[10], a Corte Superior ressaltou que a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

Desta forma, em sendo reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado, não há que se falar em culpa da vítima que poderia, por suposição, ter evitado o mal cometido contra sua pessoa, física e psicologicamente, já que a responsabilidade objetiva se configura independentemente de culpa.

É objetiva a responsabilidade do Estado decorrente tanto da morte quando de danos físicos e psíquicos às pessoas que se encontram no interior de estabelecimentos prisionais, tendo em vista a obrigação constitucional de lhes garantir a incolumidade física.

Outrossim, ainda que se passasse a reconhecer a responsabilidade subjetiva do Estado, *ad argumentandum tantum* e por amor à dialética, por ato de seus agentes dentro do estabelecimento prisional, é de se ver que a autora foi tomada como refém dos presos rebelados, o que somente se deu, penso ser fato inequívoco, tendo em vista a realização do motim, um dos mais sérios do Estado, que somente ocorreu por falha no sistema de segurança interna, que estava sob o encargo dos agentes penitenciários pertencentes aos quadros da ré.

Ora, o simples fato de ter sido a requerente tomada como refém e ficar sob mira de armas, servindo como escudo humano, totalmente dominada e sem qualquer condição de reagir, sob risco de morte, já evidenciam que o Estado falhou em sua missão de proteger todos os integrantes do estabelecimento penal que ali obrigatoriamente prestam serviços, entre eles a autora, que passou por momentos de absoluto terror em face das ameaças sofridas e do comportamento dos presidiários, que reputa-se não ser nada amistoso ou amigável.

10 REsp n. 944.884/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 18.10.2007, DJ 17.4.2008.

A meu modo de ver, está configurada a falta de cuidado objetivo exigível na espécie, ou mais propriamente, a culpa in vigiliando e a negligência nas revistas que haveria de serem procedidas com maior rigorismo, impedindo a existência de armas com as quais a autora foi ameaçada no interior do presídio.

Logo, em casos desta natureza, parece-me mais do que evidente que houve omissão do Estado por parte de seus agentes, deles sendo de se esperar que diante da iminência de eclodir uma rebelião, promovessem a segurança necessária das pessoas que trabalham no local, como foi o caso da autora.

Assim, há induvidosamente presente a responsabilidade objetiva do Estado de Mato Grosso do Sul pelos sofrimentos impingidos à autora quando da rebelião, pelo que entendo que o pedido contido na inicial tem franca procedência, devendo ser reformada a sentença.

No que se refere ao aspecto de que a autora sabia dos riscos da função, tanto que recebia auxilio periculosidade, e que o motim dos presos, em caso tal, não exacerba a naturalidade dos fatos da vida diária, causando aflições ou angústia no espírito a quem ela se dirige, com o máximo respeito e reverência à S. Exa. e ao eminente relator, não me parece que a relação jurídica de direito material, consistente no fato de trabalhar no interior do presídio, possa servir de amparo para que o dano moral seja negado. A meu modo de pensar, o fato de receber adicional de periculosidade porque trabalhava no interior do presídio, é uma exigência da lei para a espécie como a dos presentes autos, que não afasta, entrementes, a responsabilidade estatal que, no caso, é objetiva.

O fato de pagar adicional de periculosidade não o exonera da cláusula do dever de indenizar impressa no artigo 37, § 6º, da Magna Carta, porque o Estado continua a ter o dever de guarda e segurança de todos quantos trabalhem no presídio, em especial quando não são, como a autora, agentes penitenciários que lidam diretamente com os presos enquanto na cela, mas enfermeira que tratava não só dos presos, como do pessoal de serviço, em casos que necessitavam sua intervenção. Quanto aos presos, é evidente que não se moviam à vontade no presídio para chegar até a enfermaria, mas certamente eram escoltados para tanto, daí o adicional de periculosidade.

Situação distinta é se ocorre a deflagração de um motim e quem trabalha no local é tomado como refém pela ineficiência do serviço de proteção que deveria ser dado pelos agentes penitenciários àqueles que ali trabalhavam regularmente.

O pagamento de adicional periculosidade, nesse caso, não funciona como um seguro contra as omissões estatais e as falhas estruturais no seu sistema de segurança, principalmente no interior de presídios e tampouco pode se constituir em carta branca para negligenciar na proteção da vida das pessoas, dever seu.

Assim, esse argumento não afasta, segundo penso, o dever de indenizar o dano moral suportado pela autora, razão pela qual dou provimento ao recurso.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Não deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe, nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada. Ademais, o Poder Judiciário ao fixar o valor devido deve sempre observar estes critérios com razoabilidade.

Inicialmente, cumpre salientar que a dor experimentada pela autora, a angústia de estar na iminência de perder a vida pela perda do controle emocional dos presos, foram imensos, bastando ver o relato de sua inicial, que traduz os momentos tensos vivenciados, quando esteve ameaçada de morte com armas apontadas contra si.

O relatório psiquiátrico de f. 65 atesta que a autora tem um "quadro atual de Transtorno de Adaptação aos serviços e que tem nexo de causa e efeito com o fato de ter sido refém", o que evidencia a consequência dos danos pelos quais passo, no campo psíquico.

O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante para assim atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil, como se vê deste aresto:

> O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.
>
> Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. (REsp n. 210.101/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), julgado em 20.11.2008, DJ 9.12.2008).

Para o presidente da Terceira Turma do STJ, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. "Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo", avalia. De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais freqüentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física, deformidade), o padecimento para a própria pessoa e familiares, circunstâncias de fato, como a divulgação maior ou menor e consequências psicológicas duráveis para a vítima, conforme se vê de informativo daquela E. Corte Superior, sob o título STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais, publicado no seu endereço eletrônico (www.stj.jus.br)

Assim, diante da presença dos elementos que configuram o dever da autarquia estadual ré indenizar a autora, considerando o sofrimento por qual ela passou, a extensão do dano que a omissiva relativa à segurança interna provocou em sua vida, com reflexos no campo psicológico, entendo como valor adequado a quantia de R$ 10.000,00 (quarenta mil reais), suficiente para reparar o dano moral, que não se constitui em enriquecimento sem causa e, tampouco, onera em demasia o Estado, que se descurou do seu cuidado objetivo exigível, de dar proteção à autora, mormente por trabalhar no sistema prisional.

Posto isso, divergindo do eminente relator, conheço do recurso da autora Neuza Marques e lhe dou provimento, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido contido na inicial, condenando a AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul, a pagar à autora dano moral no valor que fixo em R$ 10.000,00 (dez mil reais), monetariamente corrigidos pelo IGPM-FGV a contar deste acórdão e com juros moratórios incidentes desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa prevista no artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.[11] Declaro a resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, do CPC.

Condeno a autarquia ré a pagar os honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (hum mil reais), o que faço com observação do artigo 20, § 4º, do CPC, levando em consideração a orientação traçada nas alíneas "a" a "c", do parágrafo anterior, do mesmo dispositivo legal.

---

11 Por se tratar de indenização por danos morais, o valor da condenação deve ser corrigido monetariamente, pelo IGPM-FGV, a partir da data de publicação desta decisão que a fixou.
Nesse sentido: [...] 4. Para as hipóteses de condenação responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem desde a data do evento danoso. Incidência da Súmula n. 54 desta Corte. Precedentes. 5. No que tange à correção monetária da indenização por danos morais, o termo inicial é a data da prolação da decisão que estipulou as indenizações. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente provido". (REsp n. 703.194/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19.8.2008, DJ 16.9.2008). REsp n. 1077371/RN, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 25.11.2008, DJ 16.12.2008).
Súmula 54 do STJ: OS JUROS MORATORIOS FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO, EM CASO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL.

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Acompanho o relator.

Entendo que o dano moral, nesse caso, não se justifica, pois quem trabalha numa penitenciária tem ciência do risco do exercício de sua profissão, como por exemplo ser mantido como refém numa rebelião.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, AFASTARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR E, POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS DEMAIS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 19 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.028946-9 - Naviraí
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – DILAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – AFASTADA – MÉRITO – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA RECONHECIDO PELO MEC – HABILITAÇÃO PROFISSIONAL EXIGIDA PELO EDITAL NÃO DEMONSTRADA – POSSE OBSTADA – RAZOABILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não se cogita de nulidade de sentença por cerceamento de defesa em decorrência de eventual defeito na produção de prova requerida pela impetrante, porquanto incabível dilação probatória em sede de ação mandamental.

Não há falar em direito líquido e certo do impetrante ingressar na rede pública de ensino como professor aprovado em concurso público se não cursou a graduação em faculdade reconhecida pelo MEC, notadamente quando o diploma registrado constitui requisito elencado no edital do certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Maria de Lourdes Oliveira irresignada com a sentença que denegou a ordem reclamada no mandado de segurança que impetrou contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Naviraí, interpõe apelação, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, haja vista que a requisição de informações ao MEC a respeito do reconhecimento do curso concluído pela impetrante não foi cumprida com eficácia e eficiência.

No mérito, afirma que os argumentos considerados pelo magistrado singular não encontram amparo no conjunto probatório produzido nos autos, uma vez que busca este alicerce em um julgamento diverso, que sequer encontra-se registrado nestes autos.

Sustenta que o curso que freqüentara fora reconhecido pela Secretaria de Educação do Estado do Paraná, conjuntura que o torna válido para todos os efeitos legais.

Ao final, requer provimento ao recurso, a fim de que seja reformada a sentença, concedendo-se a ordem reclamada na inicial.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

O representante ministerial de primeira instância e a Procuradoria-Geral de Justiça opinam pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que denegou a segurança reclamada por Maria de Lourdes Oliveira no mandado de segurança que impetrou contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Naviraí.

Alega a recorrente, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, haja vista que a requisição de informações ao MEC a respeito do reconhecimento do curso concluído pela impetrante não foi cumprida com eficácia e eficiência.

A prefacial não merece guarida.

Com efeito, é cediço que em sede de ação mandamental a produção de prova se revela incabível, cabendo ao impetrante demonstrar de plano, isto é, imediatamente, o direito líquido e certo que alega possuir.

Em outras palavras, como bem expôs o douto representante do *parquet*, *"na angusta via do mandado de segurança, cabe ao impetrante demonstrar, de plano, seu direito líquido e certo, não havendo que se cogitar de nulidade do decisum em razão da ausência de apreciação do pedido de produção de provas efetuado pela apelante, o que contraria as regras que norteiam a ação mandamental."*

Nesse mesmo sentido, tem se manifestado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *"O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória."* (MS n. 283.36/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Destarte, não há falar em cerceamento de defesa em decorrência de eventual defeito na produção de prova requerida pela impetrante, razão pela qual afasto a preliminar.

No mérito, entendo que melhor sorte não assiste à recorrente.

Compulsando-se os autos, extrai-se que a apelante fora aprovada em 4° lugar para o Concurso Público de Provas e Títulos para o Quadro de Servidores da Prefeitura Municipal de Naviraí, para o cargo de Professora de 1ª a 5ª Séries Iniciais, tendo, entretanto, sido obstada sua posse no cargo em razão da ausência de apresentação do diploma devidamente reconhecido pelo MEC – Ministério da Educação e Cultura.

Em suas razões recursais alega a apelante que foram apresentados todos os documentos exigidos no edital do certame, pois, seu Histórico Escolar e a sua Certidão de Conclusão de Curso se qualificam como documentos passíveis de comprovar a escolaridade necessária.

Assim, sustenta que houve violação ao seu direito líquido e certo de ser empossada no cargo para o qual fora aprovada em concurso público, considerando que o curso que freqüentara fora reconhecido pela Secretaria de Educação do Estado do Paraná, conjuntura que o torna válido para todos os efeitos legais.

Com efeito, o Anexo I do Edital de abertura do certame em questão é claro ao exigir o diploma reconhecido pelo MEC como requisito específico de escolaridade para tomar posse no cargo para o qual fora aprovada a apelante, senão vejamos (f. 20):

"Habilitação específica em educação infantil, com licenciatura plena em pedagogia ou normal superior e curso adicional na área".

Ora, é evidente que ao se exigir habilitação específica para determinada função está o edital estabelecendo a necessidade de reconhecimento do curso junto aos órgãos competentes.

Diante disso, não se pode alegar que houve surpresa no impedimento à posse no cargo, já que desde a inscrição no certame a impetrante tinha conhecimento de que seria exigido o diploma registrado, o que somente seria possível com o reconhecimento do curso pelo MEC, órgão competente para tal finalidade, nos termos do Decreto n. 5.773/2006.

De qualquer modo, o que não se pode perder de vista é que o edital é a lei do concurso. É onde são traçadas todas as diretrizes para aqueles que pretendem ingressar no serviço público, os quais ficam vinculados aos seus ditames. Sendo assim, deveria a recorrente atentar-se às regras do concurso para que não sofresse a frustração de não poder tomar posse após a aprovação.

Em assim sendo, não há falar em violação de direito líquido e certo da impetrante, uma vez que a ausência de apresentação de diploma devidamente registrado constituiu requisito previamente previsto para ingresso na rede pública de ensino como professor concursado.

Nesse sentido, em caso análogo, já decidiu este Tribunal:

> MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE DIPLOMA PARA A POSSE – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO EXIGIDO – POSSE IMPEDIDA – AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL OU ABUSIVO IMPUTÁVEL AOS IMPETRADOS – AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE CURSO JURÍDICO – ARTIGO 37 DO DECRETO FEDERAL N. 3.860/2001 – INAPLICÁVEL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA ELEITA – DENEGAÇÃO DA ORDEM.
>
> A hipótese prevista no artigo 37 do Decreto Federal n. 3.860/2001 aludido pela impetrante, só tem aplicação nos casos de suspensão do reconhecimento de curso de instituições que, por óbvio, previamente já haviam sido reconhecidas pelo MEC, o que não é o ocorrido no caso dos autos.
>
> Não há falar em violação de direito líquido e certo da impetrante, uma vez que a ausência de apresentação de diploma, devidamente registrado, tem como causa a falta de reconhecimento do próprio curso de Pedagogia, o que impossibilita o fornecimento, pela Universidade, do documento exigido pelo Edital. (MS n. 2006.002668-6, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay).

Por derradeiro, cumpre-me salientar que o fato de inexistir nos autos a cópia dos documentos relativos ao mandado de segurança que serviu de amparo para a formação da convicção do magistrado singular não tem

o condão de macular a correção da decisão, já que incumbia à impetrante a demonstração de que o curso que freqüentara fora devidamente reconhecido pelo MEC, sendo ineficaz para o fim almejado o seu reconhecimento pela Secretaria de Educação do Estado do Paraná, vez que seus efeitos ficam restritos tão somente àquela unidade da federação, exigindo-se o reconhecimento do curso pelo órgão federal competente para extensão e validação de seus efeitos em âmbito nacional.

Desta feita, não tendo a recorrente logrado êxito em comprovar sua habilitação profissional, conforme exigido pelo edital do certame, não possui direito líquido e certo de tomar posse no cargo de Professora para o qual fora aprovada.

Nesta esteira, aliás, esta 4ª Turma Cível se pronunciou recentemente, ao analisar situação idêntica:

> MANDADO DE SEGURANÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA ADSTRITO AO CAMPO HIPOTÉTICO – IMPETRANTE QUE NÃO TEVE A CAPACIDADE DE DEMONSTRAR QUE O CURSO QUE FREQUENTARA FORA RECONHECIDO PELO MEC – HABILITAÇÃO PROFISSIONAL EXIGIDA PELO EDITAL NÃO DEMONSTRADA – POSSE OBSTADA – RAZOABILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Restando indubitável o fato de que, em sede de ação mandamental, a produção de prova se revela incabível, cabendo ao autor demonstrar de imediato o direito líquido e certo que sustenta ostentar, não se mostra crível a alegação da autora de que fora imposto óbice ao pleno exercício de seu direito de defesa em virtude da ausência de oportunidade para que comprovasse o direito que ostenta.
>
> Não tendo a impetrante comprovado a sua habilitação profissional, em virtude da ausência de prova apta a ilustrar que o Curso que frequentara fora reconhecido pelo MEC, não pairam dúvidas quanto à inexistência de direito líquido e certo de tomar posse no cargo de Professora. (AC n. 2009.028838-8, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 17.11.2009).

Assentadas essas premissas, a manutenção do *decisum* vergastado é medida que se impõe.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006267-8 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CITAÇÃO POR EDITAL – NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS TENTATIVAS DE LOCALIZAR O RÉU – NÃO REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA TAL FIM – IMPOSSIBILIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Ausentes os requisitos do art. 231 do CPC, considera-se nula a citação editalícia realizada antes de esgotadas as diligências necessárias para a localização do endereço do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Tradição Representações Artísticas Ltda., irresignada com a sentença que acolheu a preliminar de nulidade da citação editalícia formulada em embargos monitórios opostos por Nova Era Promoções e Eventos, interpõe apelação, alegando, em síntese, que as formalidades legalmente previstas para a realização do ato de citação por edital foram devidamente cumpridas, tendo havido a publicação do edital, no prazo e forma correta, não sendo considerada nula a falta de observação pretendida pelo apelado.

Sustenta que o art. 231 do CPC não exige que se esgotem todas as fontes possíveis de informação a respeito do paradeiro do réu para que se faça a citação pessoalmente, ante se de proceder à citação por edital.

Afirma que se aplica ao caso o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se o ato processual, mesmo que produzido com vícios, atingir sua finalidade e não sobrevier prejuízo à parte a que foi dirigido, deve prevalecer, até mesmo em vista da economia processual.

Ao final, requer provimento ao recurso, a fim de que seja reformada a sentença, reconhecendo-se a validade da citação editalícia.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que acolheu a preliminar de nulidade da citação editalícia formulada em embargos opostos por Nova Era Promoções e Eventos à ação monitória que lhe move Tradição Representações Artísticas Ltda.

Em seu arrazoado sustenta a empresa recorrente, em síntese, que as formalidades legalmente previstas para a realização do ato de citação por edital foram devidamente cumpridas, tendo havido a publicação do edital, no prazo e forma correta, não sendo considerada nula a falta de observação pretendida pelo apelado.

A irresignação recursal não merece guarida.

Extrai-se dos autos que a citação da empresa apelada foi realizada mediante edital, após a carta com aviso de recebimento (AR) enviada ao endereço declinado na inicial, ter sido devolvida sem cumprimento ante a informação de mudança de logradouro.

Nos termos do que prescreve o artigo 231 do Código de Processo Civil, a citação editalícia tem lugar nas hipóteses em que: I – for desconhecido ou incerto o réu; II – for ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; III – nos casos expressos em Lei.

Conforme lição doutrinária do sempre citado mestre Nelson Nery Junior, além do rol trazido pelo referido dispositivo legal, é requisito básico e imprescindível a tentativa de "localização pessoal do réu por todas as formas. Somente depois de resultar infrutífera é que estará aberta a oportunidade para a citação por edital." (*in* "**Código de Processo Civil Comentado**", 9. ed., RT, p. 418).

No caso dos autos, como bem anotou o douto magistrado singular, *"O retorno do AR de citação pelo simples fato de ter se mudado de endereço o destinatário, tal como se sucedeu às f. 24 pelas informações prestadas pela ECT, não guarda subsunção ao inciso I do art. 231 do CPC",* já que a apelante não demonstrou ter imprimido qualquer diligência a fim de localizar o real paradeiro da empresa apelada, para que fosse citada em seu endereço.

Destarte, ausentes os requisitos do art. 231 do CPC, considera-se nula a citação editalícia realizada antes de esgotadas as diligências necessárias para a localização do endereço do réu. Nesse sentido, colha-se os seguintes precedentes deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – REQUERIDO QUE TEM ENDEREÇO CERTO – CITAÇÃO POR EDITAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.
>
> A citação por edital tem lugar nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 231 do Código de Processo Civil.
>
> Nos casos em que o requerido possui endereço certo, ou em que há indícios de que possa ser localizado em determinado local, é imprescindível a realização de diligência para a realização de citação pessoal, sendo possível a citação por edital somente após restarem infrutíferas todas as tentativas de localização." (AC n. 2007.027807-5, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 9.7.2009).

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - PRETENDIDA CITAÇÃO POR EDITAL - INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE QUE O REQUERIDO ESTÁ EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO - NÃO ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA SUA LOCALIZAÇÃO - INDEFERIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a decisão que indefere pedido de citação editalícia, se não foram adotadas as precauções necessárias antes de ser procedida, haja vista a inexistência de certidão de que estaria o requerido em local incerto e não sabido e se não foram previamente efetuadas diligências, no sentido de esgotar os meios de que dispunha o autor para encontrá-lo. (Ag n. 2005.015630-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio H. C. Martins, julgado 13.12.2005).

Na mesma esteira, seguem os arestos:

CITAÇÃO - Decisão que entende precipitada a citação editalícia da ré, determinando providências da autora no sentindo de serem expedidos ofícios a órgãos que prestem informações sobre a localização de pessoas físicas ou jurídicas - Admissibilidade - Recurso não provido. É nula a citação edital se previamente não foram esgotados todos os meios possíveis para a localização do réu. (Ag n. 276.685-1, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Clímaco de Godoy, julgado em 7.3.96 - V.U.).

CITAÇÃO - EDITAL - MEIOS POSSÍVEIS PARA LOCALIZAÇÃO DO RÉU NÃO ESGOTADOS – NULIDADE.

É ineficaz a citação editalícia quando não esgotados todos os meios possíveis e necessários para sua regularidade. (AC n. 235.919, Sexta Câmara, Rel. Juiz Soares Lima, julgado em 24.5.89, *in* JTA -RT 121⁄354).

Acrescente-se, por derradeiro, que não se aplica ao caso em comento o princípio da instrumentalidade das formas, o qual preceitua pelo máximo aproveitamento dos atos processuais, na medida em que este só tem cabimento quando não sobrevier prejuízo à parte a que foi dirigido, o que não é o caso *sub judice*, onde emerge evidente a lesão aos interesses da parte apelada.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 23 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.029592-9 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DEDUZIDA CONTRA CÔNJUGES – CONTAGEM DIFERENCIADA DE PRAZO INICIADO SOMENTE APÓS A JUNTADA DO MANDADO RELATIVO À ÚLTIMA CITAÇÃO – SENTENÇA QUE REPUTA INCORRETAMENTE INTEMPESTIVA A DEFESA DE UM DOS CASADOS SEM QUE TENHA SE EXAURIDO O CICLO DE CIENTIFICAÇÃO – REFORMA QUE SE IMPÕE.

Figurando como executados cônjuges, o prazo para embargos contra título extrajudicial só deflagrará com a juntada do mandado relativo à última citação (CPC, art. 738, § 1º).

Não exaurido o ciclo de cientificação, desponta como incorreta a sentença que extingue por intempestividade a defesa de um dos casados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Inês Valim dos Santos Maldonado e Inês Valim dos Santos Maldonado- ME interpõem recurso de apelação (f. 83-94), irresignadas com a sentença (f. 77-78), que indeferiu liminarmente o processamento dos embargos do devedor ajuizados em desfavor do Banco Bradesco S.A., reputando intempestivo o ingresso.

Suscitam a incorreção e pugnam pela reforma, tendo em vista trata-se de execução promovida contra cônjuges, afastando a contagem autônoma do prazo impugnativo.

O apelado bate-se pelo improvimento, em contrarrazões de f. 123-125.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de apelo tirado por Inês Valim dos Santos Maldonado e Inês Valim dos Santos Maldonado - ME (f. 83-94), irresignadas com a sentença (f. 77-78) que indeferiu liminarmente o processamento dos embargos do devedor ajuizados em desfavor do Banco Bradesco S.A., reputando intempestivo o ingresso. Suscitam a incorreção e pugnam pela reforma, tendo em vista trata-se de execução promovida contra cônjuges, afastando a contagem autônoma do prazo impugnativo.

A súplica prospera.

Conforme o preceito 738 caput c.c. § 1º, quando houver mais de um devedor, o prazo para a interposição de embargos contra execução de título extrajudicial conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, de forma autônoma, salvo tratando-se de cônjuges. Bem por isso, versando a controvérsia sobre execução oposta contra a recorrente e seu esposo João Carlos Maldonado (f. 99), o ciclo temporal só terá início com a cientificação de ambos, ainda não consumada, a teor do documento de f. 113.

Em suma, figurando como executados cônjuges, o prazo para embargos só deflagrará com a juntada do mandado relativo à última citação (Araken de Assis, Manual da Execução. **RT**: SP 11. ed., p. 1128. Rios Gonçalves. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** SP: Saraiva, vol. 3, p. 180). Ponderada a solidariedade específica do caso concreto, é perfeitamente tempestiva a insurgência distribuída pelas recorrentes, implicando na reforma da decisão objurgada.

Em face do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para tornar insubsistente a sentença recorrida, determinando o regular processamento dos embargos do devedor aviados pelas apelantes.

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. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.031587-4 - Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – QUEIMADA EM PROPRIEDADE VIZINHA QUE CAUSA PREJUÍZOS EM ATIVIDADE DE APICULTURA – RESPONSABILIDADE CONFIGURADA – VALORES DAS CAIXAS DE ABELHAS DEMONSTRADOS POR DOCUMENTO TRAZIDO PELO PRÓPRIO RECORRENTE – QUILO DO PRODUTO MANTIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O proprietário de imóvel que tem suas terras tomadas por incêndio, responde civilmente por prejuízos causados em propriedade vizinha, se constatada a ausência de cautela e fiscalização para que o fogo fosse evitado.

Não há que modificar na sentença os valores atribuídos às caixas de abelhas e quilo do produto (mel), se os documentos trazidos no feito demonstram que o preço está em acordo com a realidade comercial.

Nos termos do art. 21, caput, do CPC, "Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Lourival Pegorari da Silva, inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização que lhe move Elizeu Pereira da Silva, interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que não contribuiu para que o autor sofresse qualquer dano.

Assim, deve ser reformada a sentença para que não ocorra enriquecimento ilícito no vertente caso.

Aduz que as colméias do apelado eram bem desgastadas, devendo haver redução de 50% dos valores em que foi condenado.

Salienta que a produção de cada um das colméias não ultrapassava 10 kg por ano. Diz que o valor do quilo do mel deve ser reduzido.

Requer, por fim, a inversão do ônus da sucumbência.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente em parte o pedido formulado nos autos da ação de indenização ajuizada por Elizeu Pereira da Silva, em desfavor de Lourival Pegorari da Silva.

Extrai-se dos autos, que o autor/recorrido busca indenização por danos materiais, em virtude de o réu/apelante, ao promover queimadas em suas terras, ocasionou prejuízos de grande monta, haja vista que o fogo alastrou-se na propriedade em que possui apicultura, destruindo várias colméias.

Inicialmente, o apelante sustenta que não contribuiu para que o autor sofresse qualquer dano. Assim, deve ser reformada a sentença para que não ocorra enriquecimento ilícito no vertente caso.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana encontra sua regulamentação no art. 186 do Código Civil. Para que reste configurado o dever de indenizar é necessária a presença dos seguintes elementos: ação ou omissão do agente, relação de causalidade, existência de dano, dolo ou culpa do agente.

In casu, se encontra bem configurada a responsabilidade do recorrente.

Independentemente de as testemunhas declararem em seus depoimentos de que não viram quem foi que ateou fogo, causando prejuízos ao apiário do apelado, observa-se que restou comprovado que o incêndio veio da propriedade do recorrente (f.144-149).

Colhe-se do depoimento de Erminio Picoli (f.145): "[...] *não sei quem ateou fogo na propriedade de Lourival que prejudicou o apiário do Elizeu. O fogo foi colocado perto do apiário para prejudicar o Elizeu [...]*".

Do mesmo modo, José Carlos Batista afirma às f.146, *"[...] não sei quem ateou fogo na propriedade vizinha ao apiário...o apiário foi parcialmente destruído [...]"*.

Ademais, verifica-se pelo documento de f.118, que não foi a primeira vez que ocorreu incêndio na propriedade do apelante. Assim, ficou evidente que a parte ré deixou no caso em concreto de evitar o incêndio no imóvel confrontante, uma vez que não tomou as cautelas necessárias para que não ocorresse o incêndio.

Em situação semelhante a jurisprudência pátria já se manifestou:

> INDENIZAÇÃO. QUEIMADA EM PROPRIEDADE RURAL. CULPA. DEMONSTRAÇÃO. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DEVER DE REPARAR. Demonstrado que o fogo ateado no terreno do requerido produziu uma queimada que se alastrou até a propriedade rural do autor, destruindo plantações e equipamentos, não há como se afastar o dever de indenizar. Comprovados os danos materiais sofridos pelo autor, através de laudo elaborado por perito oficial, tem o responsável pelo evento danoso o dever de reparálos. (TJMG, AC n. 1.0433.04.121268-2/0012, Montes Claros, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 4.2.2009; DJ 16.3.2009).

Pugna, ainda, o apelante, pela redução no valor das caixas para abelhas (R$ 270,00 cada), uma vez que estas já estavam desgastadas antes de serem destruídas pelo fogo. Assim, mostra-se exacerbada a quantia arbitrada pelo sentenciante, devendo haver abatimento no percentual de 50%.

Impertinente a alegação supra, uma vez que o magistrado, ao consignar sobre os valores das caixas de abelhas, considerou justamente o documento de f.76, juntado pelo recorrente, onde consta que uma caixa completa gira em torno de R$ 270,00.

De outro vértice, o apelante/réu não provou que referidas caixas encontravam-se desgastadas, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC. Aliás, ressalto que tal alegação somente fora feita neste recurso de apelação.

Ressalta, também, que o valor atribuído na sentença para o quilo do mel, R$ 10,00, deve ser desconsiderado.

Mais uma vez não assiste razão ao recorrente.

Ao decidir pelo montante para o quilo do mel, o magistrado pautou-se em critério de razoabilidade, levando em consideração o depoimento de f. 146, no qual José Carlos Batista afirma que paga de dez a doze reais pelo quilo do mel, valores que se aproximam do trazido no documento de f. 77, "Apiário Flor Selvagem, qual seja, R$ 12,50.

Ora, em nenhum momento dos autos existem documentos demonstrando que o valor do quilo do mel gira em torno de R$ 3,50 ou R$ 6,00, conforme pretensão recorrente.

Assim, deve ser mantida a quantia fixada pelo magistrado de primeiro grau.

No tocante à sucumbência, tenho que deve ser acolhida a irresignação recursal.

Noto que o autor/recorrido, buscou indenização de danos materiais no valor de R$ 9.440,50; no entanto, o Juiz *a quo*, acolheu em parte o pedido inicial, condenando o réu no pagamento de R$ 2.122,00.

Aplica-se no vertente caso o dispositivo contido no art.21, *caput,* do CPC, *verbis:* "Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

Destarte, deve ser reconhecida a sucumbência recíproca das partes, determinando que as custas processuais e a verba honorária, que mantenho no exato valor arbitrado em 1º Grau, sejam distribuídas no percentual de 30% (trinta por cento) para a autora e 70% (setenta por cento) para o réu.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento tão-somente para reconhecer a sucumbência recíproca das partes, determinando que as custas processuais e a verba honorária, que mantenho no exato valor arbitrado em 1º Grau, sejam distribuídas no percentual de 30% (trinta por cento) para a autora e 70% (setenta por cento) para o réu, imprimindo a compensação da verba honorária. No que diz respeito ao requerente, ressalto a imperatividade da norma contida no artigo 12 da Lei n. 1.060/50 (pagamento postergado enquanto perdurar o estado de pobreza do beneficiário, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita).

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. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2010.000272-0 - Maracaju
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – QUITAÇÃO DO CONTRATO – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – VALIDADE COM RELAÇÃO AO CUMPRIMENTO DO CONTRATO – RECURSO CONHECIDO – IMPROVIDO.

A prova exclusivamente testemunhal não é válida, tão-somente, para comprovar a existência de contrato com valor superior a dez vezes o salário-mínimo vigente no país. No entanto, quando visa a comprovar as circunstâncias do contrato, como o adimplemento da obrigação, não subsiste a restrição imposta pelos artigos 227 do Código Civil e 401 do Código de Processo Civil, devendo ser admitida a critério do juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Agropecuária Madre de Dios Ltda., irresignada com a sentença, proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maracaju-MS, que acolheu os embargos à execução que lhe movem Hildebrando Braz Hochmuller e Jurema dos Santos Hochmuller, interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que, *in casu*, o depoimento testemunhal, por si só, não pode ser aceito como prova de pagamento, por vedação expressa dos artigos 227, CC e 401, CPC.

Aduz, ademais, que as testemunhas, nitidamente, combinaram seus depoimentos, bem assim que tais depoimentos são eivados de subterfúgios e evasivas, o que torna evidente que não houve a entrega das reses e, consequentemente, a quitação do contrato de parceria.

Por fim, prequestiona matérias discutidas no presente recurso e requer a inversão do ônus sucumbencial.

A apelada, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agropecuária Madre de Dios Ltda. contra a sentença que acolheu os embargos à execução que lhe movem Hildebrando Braz Hochmuller e Jurema dos Santos Hochmuller.

Consta dos autos que fora firmado um contrato de parceria rural (f. 12-13 dos autos em apenso), com início em 22.2.1994 e término em 30.9.1998, tendo como objeto 30 (trinta) vacas criadeiras, de três anos acima, raça anelorada, que foram entregues aos recorridos, parceiros criadores, mediante entrega ao parceiro proprietário de 6 (seis) bezerros machos de um ano de idade em 30.9.1994, 30.9.1995 e 30.9.1996 e 7 (sete) bezerros machos de um ano de idade em 30.9.1997 e 30.9.1998, sendo que, nesta última data, também deveriam ser entregues 30 (trinta) vacas criadeiras de 3 a 8 anos de idade.

Tal contrato fora avençado entre os recorridos e Germano Francisco Bellan, que cedeu os direitos do contrato à recorrente.

Entretanto, a recorrente intentou com ação de execução para entrega de coisa incerta alegando que os recorridos pagaram todas as rendas, mas, no termo final do contrato, deixaram de entregar as 30 (trinta) vacas criadeiras. Para tanto, pugnou pelo recebimento das 30 (trinta) vacas, mais a renda correspondente ao tempo de inadimplência, ou seja, 7 (sete) bezerros machos de um ano de idade para cada ano de atraso na entrega das matrizes.

No transcorrer da demanda executiva, apesar de devidamente citados, os apelados não efetuaram a entrega das reses, o que ensejou na conversão da ação de execução para entrega de coisa incerta para ação de execução para pagamento de quantia certa (f. 52 dos autos em apenso).

Após serem novamente citados para a demanda executiva, os recorrentes opuseram embargos à execução alegando que o referido contrato, objeto da execução, fora devidamente quitado em julho de 1994, antes do vencimento da primeira parcela de renda. Para comprovar suas alegações juntaram declarações (f. 8-9) e requereram a oitiva de testemunhas.

Após a oitiva das testemunhas e o transcurso normal dos embargos o juízo sentenciou acolhendo-os para desconstituir o título que embasa a execução, ante o reconhecimento de que houve a quitação integral do contrato com a entrega das reses ao parceiro proprietário.

Irresignada, a recorrente apela sustentando, em síntese, que a prova exclusivamente testemunhal não pode ser aceita como comprovação de pagamento, por vedação expressa dos artigos 227, CC e 401, CPC. Aduz, ainda, que as testemunhas arroladas, nitidamente, combinaram seus depoimentos, bem assim que tais depoimentos são eivados de subterfúgios e evasivas, o que torna evidente que não houve a entrega das reses e, consequentemente, a quitação do contrato de parceria rural.

Não lhe assiste razão.

Insta salientar que o ponto nodal posto *sub judice* através dos embargos à execução e devolvido a esta instância através deste apelo refere-se à quitação ou não do contrato de parceria rural firmado entre as partes, bem assim à validade ou não da prova exclusivamente testemunhal para o caso telado.

É cediço que, por força dos artigos 227 do CC e 401 do CPC, a prova exclusivamente testemunhal não tem o condão de provar a existência do contrato, quando seu valor exceda ao décuplo do salário-mínimo

vigente no país. No entanto, a recorrente vale-se de tais dispositivos legais interpretando-os equivocadamente, posto que, no caso *sub judice*, a prova testemunhal não visa a comprovar a existência do contrato, mas sim o adimplemento da obrigação contratual por parte dos parceiros criadores.

Nesse passo, tal meio de prova deve ser aceito, conforme entendimento sedimentado pela corte superior, *in verbis*:

> CORRETAGEM. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 401 DO CPC.
>
> É admissível a prova exclusivamente testemunhal, quando não se tenha por objetivo provar a existência do contrato em si, mas a demonstração dos efeitos de fato dele decorrentes em que se envolveram os litigantes. Precedentes. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 187461/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 23.2.1999, DJ 28.6.1999, p. 119).
>
> PROCESSUAL CIVIL. CORRETAGEM DE IMÓVEIS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. CABIMENTO. ART. 401 DO CÓD. PROC. CIVIL.
>
> Em interpretação edificante e evolutiva do artigo 401 do Código de Processo Civil, este Tribunal tem entendido que só não se permite a prova exclusivamente por depoimentos no que concerne à existência do contrato em si, não encontrando óbice legal, inclusive para evitar o enriquecimento sem causa, a demonstração, por testemunhas, dos fatos que envolveram os litigantes, bem como das obrigações e dos efeitos decorrentes desses fatos.
>
> Embargos rejeitados. (REsp n. 263.387/PE, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, julgado em 14.8.2002, DJ 17.3.2003, p. 174).

No mesmo sentido lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

> 2. Prova exclusivamente testemunhal. [...] O que se veda é a exclusividade da prova testemunhal, quanto à existência do contrato. As circunstâncias que respeitam ao seu cumprimento, sua inexecução etc. Não são atingidas pela restrição. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 558)

Ademais, sabe-se que o Decreto n. 59.566 de 1966, que regulamenta o Estatuto da Terra, admite a prova exclusivamente testemunhal nos contratos agrários, independentemente do seu valor. Essa é a inteligência do artigo 14, do referido decreto, veja-se:"Art 14. Os contratos agrários, qualquer que seja o seu valor e sua forma poderão ser provados por testemunhas (artigo 92, § 8º, do Estatuto da Terra)."

De igual teor é o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in verbis:

> 3. Exceção. Prova exclusivamente testemunhal. Admite-se, qualquer que seja o valor do contrato, no caso de arrendamento e parceria rural, pecuária, agroindustrial e extrativa, não podendo a ausência do contrato impedir a aplicação dos princípios estabelecidos para o uso e posse temporária da terra (ET 92 § 8º e D 59566/66 14). (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 9. Ed., São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2006 – pág. 558)

Por outro lado, a alegação de que os depoimentos são contraditórios e eivados de subterfúgios e evasivas não merece amparo, eis que os três depoentes asseveraram a entrega das 30 (trinta) reses, em três viagens, em julho de 1994, inexistindo, portanto, qualquer contradição nos depoimentos.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações a respeito.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.028953-1 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE – OBJETIVA – RESPONSABILIDADE DO MÉDICO – SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE COMPROVAÇÃO DO USO DO PRODUTO E O DANO CAUSADO – DEVER DE INDENIZAR – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade civil dos fabricantes de cosméticos é objetiva, não exigindo do consumidor a comprovação da culpa pelos danos causados por defeitos decorrentes das fórmulas ou manipulação, mas tão-somente a prova do dano e do nexo de causalidade.

Não havendo a comprovação de que a utilização do produto foi o agente causador do dano, falta nexo de causalidade a autorizar a indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Marcio Pedroso da Silva, Joelma Alves de Lima e Julia Alves Pedroso, representada por seus pais, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por danos morais e materiais que movem em face de Natura Cosméticos S/A, interpõem apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, face a inexistência "de uma causa certa e determinante para as lesões sofridas pela terceira requerente, sendo essa muito provavelmente advinda do próprio organismo da mesma e não apenas pela mera utilização do produto fabricado pela requerida." (f. 581)

Os apelantes argumentam terem ajuizado ação de indenização por danos morais e materiais pelas graves lesões à terceira apelante, filha dos dois primeiros, decorrentes da utilização de produtos fabricados e comercializados pela apelada.

Os apelantes afirmam que segundo as provas produzidas nos autos, ficou assegurado que a terceira apelante apresentou quadro de "urticária grave na pele", tendo "tórax, abdome e membros", atingidos, "após uso de produto óleo vegetal Mamãe e Bebê".

Asseveram que, conforme a declaração médica e das oitivas das testemunhas, as lesões na pele ocorreram especificamente nas áreas de aplicação dos produtos e, assim, não existiriam dúvidas quanto à origem das lesões.

Esclarecem que o liame subjetivo ficou comprovado, pois foi quando a terceira apelante utilizou os produtos que surgiram as lesões.

Explicam que a apelada, por ser fornecedora do produto, deve responder pelos danos causados, na medida em que as informações sobre os riscos da utilização dos produtos são de responsabilidade do fornecedor.

Aduzem que, a apelada na condição de fabricante do produto, deveria informar na embalagem ou nas instruções que acompanham o produto, assim como orientar seus revendedores, sobre a possibilidade do produto causar alergia e, que antes de utilizar seja realizada a "prova do toque", para detectar possível rejeição.

Afirmam que fazem jus aos danos materiais e morais, uma vez que a lesão corporal sofrida é dano a merecer indenização, mormente levando-se em conta a gravidade e a idade da terceira apelante.

Requerem o provimento do presente recurso, para que a apelada seja condenada ao pagamento dos danos morais e materiais causados e a condenação da apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% sobre o valor da causa.

A apelada, embora intimada para apresentar contrarrazões, deixou transcorrer o prazo in albis. (f. 599)

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Marcio Pedroso da Silva, Joelma Alves de Lima e Julia Alves Pedroso, representada por seus pais, por não se conformarem com a sentença prolatada pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por danos morais e materiais que movem em face de Natura Cosméticos S.A., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, em face da inexistência "de uma causa certa e determinante para as lesões sofridas pela terceira requerente, sendo essa muito provavelmente advinda do próprio organismo da mesma e não apenas pela mera utilização do produto fabricado pela requerida." (f. 581)

Os apelantes argumentam terem ajuizado ação de indenização por danos morais e materiais pelas graves lesões à terceira apelante, filha dos dois primeiros, decorrentes da utilização de produtos fabricados e comercializados pela apelada.

Os apelantes afirmam que segundo as provas produzidas nos autos, ficou assegurado que a terceira apelante apresentou quadro de "urticária grave na pele", tendo "tórax, abdome e membros", atingidos, "após uso de produto óleo vegetal Mamãe e Bebê".

Asseveram que, conforme a declaração médica e das oitivas das testemunhas, as lesões na pele ocorreram especificamente nas áreas de aplicação dos produtos e, assim, não existiriam dúvidas quanto à origem das lesões.

Em que pesem os argumentos dos apelantes, a sentença deve ser mantida.

A questão vertente deve ser analisada segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os apelantes são destinatários finais e a empresa apelada é fabricante do produto.

O Código de Defesa do Consumidor prevê no artigo 12 que o fabricante responderá pelos danos causados aos consumidores pelos produtos defeituosos, sejam estes decorrentes de projeto, fabricação, apresentação, por informações insuficientes ou inadequadas.

Sucede, contudo, que para a empresa fabricante ser responsabilizada pelos danos causados em razão do defeito no produto ou por informações insuficientes ou inadequadas é necessário que exista a comprovação da utilização do produto e, que os danos causados tenham sido provocados pelo uso deste.

No caso em questão, vê-se que os apelantes adquiriram o produto oferecido pela apelada, tanto que referida situação foi confirmada com o depoimento da Sra. Águida Luciana da Silva (f.493).

No entanto, não há nos autos elementos que comprovem o nexo de causalidade entre as lesões que originaram o quadro alérgico e a utilização do produto, pressuposto necessário para caracterizar o dever de indenizar.

O conjunto probatório constante dos autos não revela que o quadro alérgico desencadeado na terceira apelante foi causado devido a utilização dos produtos fornecidos pela apelada.

Tanto que, somente consta dos autos informação de que a menor foi atendida pelo Dr. Getúlio Pimenta (maio/2006) e, apresentava "quadro de urticária aguda" (f.17).

Porém, inexistem nos autos outros elementos que comprovem a causa das lesões na terceira apelante.

Tanto que, diante da necessidade de produção da prova técnica, o magistrado nomeou perito para realizar os testes na terceira apelante. Contudo, o perito nomeado pelo Juiz recusou-se a realizar os exames, sob o argumento de que "o diagnóstico teria que ser documentado quando a doença estava ativa." (f.471)

Deste modo, como não há comprovação técnica da causa que acometeu o quadro alérgico da terceira apelante, impossível imputar à apelada qualquer responsabilidade, por inexistência de nexo causal.

Neste aspecto, peço vênia para transcrever as elucidações do julgador monocrático, que com muita propriedade analisou a questão sub judice:

> Contudo, já na decisão posterior, de f. 472-473, este Juízo ressalvou a inversão do ônus da prova, estabelecendo que, ao menos, caberia aos requerentes a comprovação da utilização do produto, tudo sob pena de se atribuir a comprovação de uma prova negativa à requerida, o que seria inviável materialmente.
>
> Além disso, mesmo no tocante ao dano e ao nexo causal, a inversão do ônus da prova não pode implicar na obrigação do fornecedor em produzir uma prova negativa. Ou seja, a inversão do ônus da prova não pode ser levada em consideração se não houver a possibilidade do fornecedor comprovar a inexistência do dever de indenizar.
>
> Resumindo, não se tem como atribuir ao fornecedor a responsabilidade pela comprovação da inocorrência do nexo causal, se isso não pode ser feito materialmente, por exemplo, caso esteja comprovado o dano, mas a demonstração da causa do dano seja impossível de ser comprovada, o pedido de indenização deve ser julgado improcedente, pela ausência de

prova, não podendo o fornecedor ser responsabilizado pelo simples fato de ser impossível a vinculação de uma causa determinante ao dano.

Há hipóteses em que o dano não possui uma causa materialmente determinada, tornando inviável a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização.

Como dito anteriormente, o fornecedor não pode ser responsabilizado pelo fato de ser desconhecida e impossível de se conhecer a causa do dano.

No presente caso, há elementos demonstrativos de que, evidentemente, a terceira requerente sofreu lesões na sua pela, classificadas pelo médico que a atendeu na época como um quadro de urticária aguda (f.17).

O dano, portanto, a princípio está configurado, tendo em vista as lesões sofridas pela terceira requerente, assim como o fato de que tais lesões obrigaram os dois primeiros requerentes, genitores daquela, a custear o tratamento médico para o restabelecimento da saúde da mesma.

Contudo, não se tem como saber a causa dessas lesões. E essa é a principal circunstância a ser analisada na presente demanda. (f.579-580)

Como se observa, não há como imputar responsabilidade alguma à apelada, eis que se tratando de responsabilidade objetiva, exige-se a comprovação da prova do dano e do nexo de causalidade.

Ou seja, não há como imputar nenhuma conduta à apelada, pois não há comprovação do nexo de causalidade entre as causas que desencadearam o dano.

Assim sendo, escorreita a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por inexistir uma causa certa e determinante para as lesões sofridas pela terceira apelante.

Pelo exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.029753-8 - Rio Negro
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA PARA FORMAÇÃO DE MUNICÍPIO – PODER PÚBLICO QUE TRANSFERE IMÓVEIS A PARTICULARES POR MEIO DE ENFITEUSE – IMÓVEIS QUE ORIGINARAM PARTE DA FAZENDA DO APELANTE – DESMEMBRAMENTO DA ÁREA – IMPOSSIBILIDADE – PROPRIEDADE QUE CONTINUA A PERTENCER AO ENTE PÚBLICO – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 678 do Código Civil de 1916: "Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável."

Não há falar em desmembramento de área transferida pelo Poder Público a particulares, quando transmitida por meio da enfiteuse, uma vez que este instituto não transfere a propriedade plena ao enfiteuta, senão apenas o domínio útil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Silvino Antonio Martins Junior, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Rio Negro, nos autos da ação cominatória que move em face de Município de Corguinho, interpõe apelação cível nesta Corte alegando que a matrícula n. 9.737 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Bandeirantes, é composta por áreas oriundas de aforamento perpétuo, bem como títulos definitivos. E mais, o apelante, somado o tempo de sua posse com a de seus antecessores, por mais de cinquenta anos possui o domínio integral de uma área (excesso) de 38,1223 hectares, sem qualquer oposição de seus confrontantes.

Aduz que observando as matrículas que deram origem ao imóvel em questão, verifica-se que nas transações efetivadas com as matrículas de aforamento perpétuo, desde 1.961 não é cobrado o laudêmio, tampouco o foro. Assim, houve a extinção da enfiteuse, se não expressa, pelo menos tacitamente, portanto, não

estando mais as áreas havidas por aforamento vinculadas ao domínio útil, mas sim pela plenitude do domínio, num único titular.

Salienta que o município deixou de exigir o pagamento do laudêmio, extinguindo-se por consequência a enfiteuse, transformando o patrimônio imobiliário enfitêutico em patrimônio pleno.

Relata que ainda que se considerasse a remota possibilidade da enfiteuse não ter sido extinta no município apelado, ainda assim haveria a possibilidade jurídica para a pretensão do apelante, porque o proprietário de terras oriundas de título definitivo poderia sim, buscar no judiciário, o desmembramento de sua área, bem como a cominação ao apelado para assinar a anuência de divisa do imóvel para que a retificação da área pudesse ser efetivada.

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

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

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Silvino Antonio Martins Junior, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Rio Negro, nos autos da ação cominatória que move em face de Município de Corguinho, interpõe apelação cível nesta Corte alegando que a matrícula n. 9.737 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Bandeirantes, é composta por áreas oriundas de aforamento perpétuo, bem como títulos definitivos. E mais, o apelante, somado o tempo de sua posse com a de seus antecessores, por mais de cinquenta anos possui o domínio integral de uma área (excesso) de 38,1223 hectares, sem qualquer oposição de seus confrontantes.

Assim, pretende o autor seja determinado ao apelado que tome as providências necessárias a fim de efetivar o desmembramento da área discutida no registro de seu patrimônio, a qual há muito tempo teria sido transferida pelo Poder Público para o domínio privado, bem como compelir o Município a assinar a Declaração de Anuência de Divisa do imóvel.

O recurso não merece provimento, senão vejamos:

Isso porque, a área que o apelante pretende ver desmembrada (excesso), foi em 1937, desapropriada pelo então Estado de Mato Grosso, a fim de formar o povoado de Rochedo e Corguinho (f. 139)

Como consequência, na década de 50, referida área foi transferida pelo Poder Púbico a particulares, através de aforamento perpétuo, com título definitivo, conforme se vê em documentos de f. 44-49.

Desse modo reza o art. 678 do Código Civil de 1916:

> Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

Segundo Arnoldo Wald:

> A enfiteuse é, pois, um direito real sobre coisa alheia de caráter perpétuo, que abrange o uso, o gozo e a disposição do bem, com certas restrições estabelecidas em favor do proprietário. (Direito civil, 12. ed. vol. 4, pág. 283)

Assim, pode-se verificar que a enfiteuse não transfere a propriedade do bem imóvel, mas somente o domínio útil, razão pela qual não prosperam as alegações do autor.

Segundo os fundamentos da sentença (f. 208-212):

> Trata-se de Ação de Preceito Cominatório intentada por Silvino Antonio Martins Junior em face do Município de Corguinho/MS, aduzindo em síntese que é proprietário da Fazenda Nova, a qual possui 131.3513 hectares, sendo que tem sido obstado em registrar um excesso de 38.1223 hectares, contido dentro de suas terras, porquanto consta dos registros públicos que toda a extensão de terra onde se localiza a referida fazenda está inserida dentro nos limites do Patrimônio do Município requerido, conforme registro da matrícula de n. 15.475, do CRI de Bandeirantes/MS.
>
> Inicialmente, passo a apreciar as preliminares arguidas em contestação.
>
> Requer o requerido que seja reconhecida a carência da ação por inexistência de interesse processual. A preliminar não pode ser acolhida. Vejamos.
>
> O requerido não tem razão quando afirma que o prefeito de Rochedo/MS não teria competência para promover o aforamento das terras pertencentes naquela época (ano de 1953) ao distrito de Corguinho, sob o argumento de que na matrícula n. 15.475, do CRI de Bandeirantes/MS, constou o município de Aquidauana/MS como adquirente do imóvel até o ano de 2002, isso por que, com o advento da Lei Estadual n. 204, do ano de 1948, o distrito de Corguinho até então pertencente ao Município de Aquidauana/MS, passou a pertencer ao novo Município de Rochedo/MS.
>
> Como consequência o Patrimônio da Povoação de Corguinho passou a ser administrado pelo Município de Rochedo/MS, até a criação do Município de Corguinho, inexistindo, a partir da Lei n. 204, de 1948, qualquer titularidade por parte do Município de Aquidauana/MS.
>
> Logo, o pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual porquanto a ação cabível seria a Ação Discriminatória, não merece procedência, visto que a clara pretensão do autor é de formalizar a sua suposta propriedade em relação ao imóvel rural sob discussão, possuindo objeto diverso da ação discriminatória.
>
> Ora, é sabido que a ação discriminatória visa somente fixar limites, identificar posseiros ou proprietários para após registrar em cartório o imóvel pertencente ao poder público, o que nitidamente não é o caso dos autos, visto que a medição da área pertencente ao particular, nestes autos, é apenas um pedido subsidiário, sendo que o pedido principal é o desmembramento do Registro do Patrimônio de Corguinho, em favor do autor, com base em títulos de aforamento, ou seja, o autor pleiteia o registro de sua propriedade sobre o imóvel discutido nos autos.
>
> Ademais, em que pese o termo "Ação Cominatória" não ser comumente utilizado nos dias atuais, tal ação é compreendida como uma ação ordinária com pedido de cominação, o que é compatível com a pretensão do autor.
>
> Também não merece melhor sorte a alegação de ilegitimidade ativa formulada às f. 129 da contestação, sob o argumento de não constar o nome do autor nos títulos de aforamento, porquanto segundo a cadeia dominial da Fazenda Nova (f. 25), elaborada com base nos documentos de f. 26-51, restou comprovado que os contratos de aforamento originários foram inclusos na matrícula n. 9.737, na qual consta o autor como adquirente às f. 37. Assim, afasto também esta preliminar.

Superadas as preliminares, passo a apreciar o mérito da causa.

Tenho que no caso em comento, o ponto central a ser esclarecido se refere à natureza jurídica do contrato cujo titular é o autor, quais direitos lhe foram transferidos, bem como quais os direitos que podem ser exercitados sobre a área discutida.

No caso dos autos, observa-se em todos os contratos mencionados, que as áreas foram transmitidas pelo Poder Público a particulares a título de aforamento.

Em que pesem estarem os contratos dentro dos ditames legais, é de grande importância verificar as peculiaridades inerentes ao instituto do aforamento, também conhecido como enfiteuse.

Vejamos a definição legal do instituto do aforamento, dada pelo art. 678, do Código Civil de 1916:

Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável. (grifo nosso)

Da simples leitura do artigo acima reproduzido é possível extrair que o aforamento ou enfiteuse não transfere a propriedade do bem imóvel, mas tão somente o domínio útil. Isso significa que o enfiteuta/foreiro tem o direito de uso e gozo na utilização do imóvel, contudo, conserva-se o direito de propriedade ao senhorio/proprietário, sendo essa a principal característica desse instituto previsto no Código Civil de 1916.

Por esse motivo o contrato de enfiteuse/aforamento não afronta os princípios da imprescritibilidade, impenhorabilidade, inalienabilidade e não oneração, visto que não há transferência da propriedade (domínio direto) do patrimônio público.

Com efeito, não há que se falar em desmembramento do Registro do Patrimônio do município requerido, porquanto a propriedade não foi transferida ao particular, devendo a área constante da matrícula n. 15.475, do CRI de Bandeirantes/MS, permanecer na propriedade do Município de Corguinho/MS.

Em prestígio ao Princípio do Dispositivo, positivado nos arts. 2º e 128, do CPC, deixo de analisar outras consequencias legais decorrentes do instituto da enfiteuse, ficando adstrito no que seja pertinente à análise do pedido inicial e dos argumentos trazidos pela contestação.

Assim, com base nos documentos trazidos pelas partes, bem como aplicando-se ao caso o instituto do aforamento/enfiteuse, resta cristalina a improcedência do pedido inicial, porquanto toda a área descrita na matrícula n. 15.475, do CRI de Bandeirantes/MS, é propriedade do município requerido, o que afasta o pedido de desmembramento da referida matrícula em favor do autor, bem como o reconhecimento de que a propriedade da área foi transferida ao domínio privado.

Por consequência, resta também improcedente o pedido subsidiário de retificação de área, visando à incorporação de excesso de terra à propriedade rural questionada. A uma, porque seu direito como foreiro não se estende ao domínio direito da propriedade (art. 678 c.c

> art. 686, CC/1916). A duas, porque não possuindo o domínio direito não pode pleitear direito em nome de terceiro sem autorização. A três, porque ainda que houvesse acréscimo a área da propriedade, a mesmo não se transferiria ao requerente, por ser apenas foreiro.
>
> Ante o exposto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta Ação de Preceito Cominatório intentada por SILVINO ANTONIO MARTINS JUNIOR em face do MUNICÍPIO DE CORGUINHO/MS.

Mas isso não é só. Eis o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> Diante das considerações lançadas acima e dos documentos trazidos aos autos, tenho que os imóveis que deram origem à propriedade em questão foram transmitidos pelo Poder Público aos particulares a título de aforamento perpétuo, ou seja, pelo instituto da enfiteuse, ensejando a esses, como dito alhures, todos os direitos inerentes ao domínio, com a exceção do próprio direito de propriedade, que remanesce, nominalmente, em mãos da Administração Pública.
>
> Ademais, como bem ressaltado pelo ilustre representante de instância singela não se verifica nos autos provas acerca da desafetação desses bens, bem assim não há nos autos documentos que evidenciam a extinção do aforamento em questão, o que seria necessário para constatar que a propriedade de matrícula n. 9.737 transformou-se em particular.
>
> Dessa forma, considerando que o apelante não logrou demonstrar sua qualidade de proprietário do imóvel em questão, configurando-se apenas enfiteuta do referido bem, entendo que não possui o direito de vê-lo desmembrado do patrimônio do município de Corguinho, já que este é seu legítimo proprietário. (f. 251/252)

Vale salientar ainda, que o próprio apelante, em suas razões recursais, reconhece que o imóvel em questão foi objeto de aforamento, vejamos:

"Destaque-se que a matrícula n. 9.737 do CRI de Bandeirantes, objeto da questão, é composta por áreas oriundas de aforamento perpétuo, bem como títulos definitivos" (f. 220).

Por derradeiro, insta consignar que o não pagamento do laudêmio não revoga tacitamente o contrato de enfiteuse, mas sim origina o comisso, isto é, quando o enfiteuta, por três anos, deixa de pagar o foro.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Arnoldo Wald em obra igualmente declinada:

> Modos de extinção de enfiteuse.
>
> [...]
>
> 2)Comisso. Quando o enfiteuta deixa de pagar o foro durante três anos consecutivos, há rescisão da enfiteuse, podendo o senhorio reintegrar-se na posse do imóvel[...] (pág. 287)

No mesmo diapasão opinou a Procuradoria-Geral de Justiça:

> Ressalte-se, que o não-pagamento do foro – contraprestação devida pelo enfiteuta – não revoga tacitamente o contrato de enfiteuse, ao contrário, dá lugar ao comisso, ou seja, à extinção do aprazamento com a consolidação do domínio nas mãos do senhorio.

> Da mesma forma, a extinção do laudêmio – importância devida ao senhorio, pelo foreiro, cada vez que transferir o domínio útil por venda ou dação em pagamento -, também não extingue a enfiteuse. (f. 252)

Por essas razões é de se manter a sentença recorrida.

Pelo exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.029884-6 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES – DIREITO DE VIZINHANÇA – CONSTRUÇÃO DE OBRA DE GRANDE ENVERGADURA – RESPEITO À SEGURANÇA DO PRÉDIO VIZINHO – AUSÊNCIA – LAUDO PRÉ-EXISTENTE INDICANDO AS CONDIÇÕES DO PRÉDIO VIZINHO – INEXISTENTE – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OS DANOS CAUSADOS – LUCROS CESSANTES – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO QUE DEIXOU DE AUFERIR DEVIDO A CONSTRUÇÃO – DANO MORAL – SOFRIMENTO CAUSADO COM OS PREJUÍZOS DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A construção de prédio de grande envergadura deve resguardar os direitos de vizinhança e de propriedade, a fim de evitar eventuais prejuízos causados aos prédios vizinhos.

É devida a indenização por danos materiais quando a construção de uma obra causa danos ao prédio vizinho.

Vigora nas relações de vizinhança o princípio da responsabilidade objetiva, emergindo o dever de indenizar desde que provados os danos e o nexo de causalidade

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, atento sempre ao princípio da razoabilidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Romansina Guimarães Barbosa inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização que move em face de Condomínio do Edifício Royal Park e Lucre - Engenharia e Comercio Ltda., interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a apelante ao pagamento das custas

processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa, devendo o *quantum* ser dividido entre os patronos das requeridas, porém, ressalvando os termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

A apelante argumenta que há nos autos provas contundentes sobre os danos patrimoniais e morais causados por culpa única e exclusiva dos apelados ao reiniciarem as obra de construção do condomínio, sem observarem os critérios técnicos e os devidos cuidados necessários para a construção de um prédio.

Explica que o magistrado não valorou adequadamente as provas que foram apresentadas nos autos, que direcionavam ao pleno êxito da apelante.

Afirma que a construção do prédio pelos apelados engendrou os danos materiais reclamados pela apelante, principalmente na perda da renda que auferia com o pensionato que mantinha no seu imóvel, eis que vários clientes deixaram o local em razão da poluição sonora e do ar.

Requer o provimento do presente recurso.

Em contrarrazões, o apelado Condomínio do Edifício Royal Park manifesta-se pelo improvimento do recurso, enquanto que a apelada Lucre – Engenharia e Comércio Ltda. deixou transcorrer o prazo *in albis*.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Romansina Guimaraes Barbosa, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização que move em face de Condomínio do Edifício Royal Park e Lucre - Engenharia e Comercio Ltda., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa, devendo o *quantum* ser dividido entre os patronos das requeridas, porém, ressalvando os termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Os argumentos da apelante devem prosperar em parte.

A apelante argumenta que com a retomada das obras da construção do prédio localizado na Avenida 7 de setembro, n. 1538, os apelados deixaram de observar os critérios técnicos adequados e os cuidados necessários, resultando prejuízos materiais e morais à recorrente.

Afirma que em razão da construção das garagens, quadra de esporte e piscina, que estão junto ao muro confrontante do imóvel da apelante, diversos danos foram causados, quais sejam, rachaduras nas paredes; rompimento do telhado; da ornamentação em gesso, de azulejos, da parte hidráulica e do sistema elétrico; deslocamento das janelas; poluição sonora e do ar em razão da poeira e do barulho causado pelas máquinas; lucros cessantes pela ausência dos clientes que frequentavam sua pensão; e danos morais causado pela angústia.

A hipótese vertente trata de direito de vizinhança, na qual a apelante afirma que em razão da retomada da obra para a construção do edifício Royal Parque, realizada pela construtora Lucre - Engenharia e Comércio Ltda., vários danos foram causados ao seu imóvel.

No caso, aplica-se o disposto no artigo 1.299 cumulado com o artigo 1.311, ambos do Código Civil/02, que assim determinam:

> Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.
>
> Art. 1.311. Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias.

Conforme vê-se dos dispositivos supramencionados, o proprietário tem o direito de levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver. Contudo, a construção deve obedecer aos regulamentos administrativos e, outrossim, respeitar a segurança do prédio vizinho.

Neste sentido é o entendimento doutrinário de Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de Direito Civil, vol. IV, p. 193:

> O proprietário tem o direito de levantar em seu terreno as construções que lhe aprazam. É uma verdade tão comezinha que não haveria mister enunciar-se. No entanto, a lei o proclama mais com o propósito de lhe imprimir um condicionamento: a observância aos regulamentos administrativos que subordinam as edificações a exigências técnicas, sanitárias e estéticas; e o respeito ao direito dos vizinhos, que não deve ser violado pelas edificações.

No caso vertente, verifica-se que o Edifício Royal Parque começou a ser construído pela empresa Encol. Porém, em razão da falência desta empresa, a construção passou a ser realizada pela empresa Lucre – Engenharia e Comércio Ltda.

Denota-se, ao cotejar os autos, que foram observadas as exigências administrativas necessárias para a realização da obra, a fim de evitar possíveis irregularidades administrativas.

Tanto que, foi expedida a licença de operação (f. 92), requerimento de carta de habite-se (f. 90-91) e certificado de vistoria expedido pela secretaria de Justiça e Segurança Pública/Corpo de Bombeiros Militar (f. 94)

Todavia, quanto ao direito de vizinhança, a fim de garantir a segurança dos imóveis localizados ao redor da construção, vê-se que o apelado não agiu com a mesma prudência, eis que não consta nos autos qualquer prova capaz de desconstituir o direito da autora, ora apelante.

A responsabilidade do apelado é objetiva, tanto que existe lei expressa dispondo sobre a necessidade de indenizar o prédio vizinho, quando ocorrerem danos causados por obra capaz de comprometer a sua segurança.

Neste sentido, trago o entendimento jurisprudencial:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS EM PRÉDIO URBANO - DIREITO DE VIZINHANÇA.
>
> Provada a existência de danos e o nexo de causalidade entre eles e a construção levada a efeito no prédio vizinho, surge o dever de reparação. (TJSP, AC c/Rev. n. 521.087, Primeira Câmara, Rel. Juiz Mendes Gomes, julgado em 8.6.1998)"
>
> RESPONSABILIDADE INDENIZAÇÃO - DANO EM PRÉDIO URBANO – CONSTRUÇÃO EM TERRENO VIZINHO - DIREITO DE VIZINHANÇA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA

> Na seara das relações de vizinhança, a responsabilidade civil é objetiva, prescindindo do elemento culpa. O vizinho que, ao construir causa danos ao outro, deve reparar, ainda que todas as cautelas hajam sido tomadas para que os prejuízos fossem evitados. (TJSP, AC. n. 493.159, Quinta Câmara, Rel. Juiz Francisco Thomaz, julgado em 1.10.1997).

Segundo constam das afirmações prestadas pela construtora, vê-se que esta chegou a realizar inúmeros consertos no imóvel da apelante, inclusive fazendo "um pilar de ancoragem para que o muro do imóvel da autora não caísse". (F.119)

A construtora afirma que os reparos feitos no imóvel da apelante somente foram realizados porque se tratava de uma construção muito antiga e, que necessitava de inúmeros reparos.

Sucede, contudo, que diante de uma construção de grande envergadura como a de um edifício, seria prudente, que antes de iniciar a obra, fossem realizados laudos técnicos dos imóveis vizinhos ao da construção, averiguando as condições que cada um apresentava, a fim de respeitar a segurança do prédio vizinho e, com isto, evitar qualquer prejuízo aos confrontantes.

Como no caso vertente não consta nos autos nenhum documento capaz de comprovar que o imóvel da apelante apresentava, antes do início da construção, inúmeros problemas estruturais, então, não há como eximir a responsabilidade do apelado, haja vista a grandiosidade da construção realizada.

> Sobre a necessidade de um pré-laudo, a fim de evitar qualquer responsabilidade por parte da construtora, trago excerto do parecer realizado pelo perito:
>
> Em nossa vistoria pudemos evidenciar tal desnivelamento. Entretanto, conforme mencionado repetidas vezes, não há indícios técnicos suficientes para atribuir a responsabilidade à empresa responsável pela obra, face a não existência nos autos de produção antecipada de provas, onde seriam evidenciados eventuais danos pré-existentes ao início das obras. É uma cautela adotada por boa parte das construtora, sendo eficaz na fixação posterior de responsabilidades. (F. 197)

Portanto, fica o apelado/réu obrigado a indenizar a apelante/autora, proprietária do prédio vizinho, pelos prejuízos que sofreu em decorrência da construção do edifício Royal Parque.

Por sua vez, os prejuízos causados ao imóvel da apelante constam expressamente na planilha realizada pelo perito, quais sejam: "piso cerâmico no apartamento 01; troca do forro no apartamento 01; troca da sanca de gesso no apto 01; reparo do forro de gesso do apto 02; nivelamento do piso apartamento 03; substituição de piso cerâmico no apto 03; instalação de rodapé cerâmico apto 03; substituição de azulejo na cozinha; substituição da sanca de gesso; substituição do taco da sala; substituição do rodapé de madeira da sala; emassamento da parede da sala; pintura das paredes da sala; pintura da laje da sala; pintura das paredes do quarto do filho; troca do azulejo afetado no banheiro; troca de azulejo afetado no apto 04; reparo de fissuras em pontos isolados; nivelamento do piso do corredor lateral; repintura do muro lateral esquerdo; pintura do reparo externo do apto 01; instalação de telha cerâmica no anexo; troca da telha de fibrocimento danificada; pintura da parece externa dos quartos; reparos no muro lateral direito; pintura do muro lateral direito." (f. 194-195).

Quanto aos lucros cessantes, tenho que os argumentos da apelante não prosperaram.

No caso, denota-se que a apelante argumenta que em razão da deteriorização de seu imóvel, bem como pelo barulho causado pela construção do prédio vizinho, o pensionato que administrava dentro de sua própria residência deixou de lhe auferir lucros.

Sucede, contudo, que não consta nos autos qualquer meio de prova capaz de comprovar os fatos alegados pela apelante, porquanto, segundo verifica-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela apelante (f. 241 e 242), vê-se que eles não notaram qualquer diminuição do número de pensionistas entre o primeiro e o segundo período que residiram no local.

Outrossim, cumpre ressaltar que a própria apelante poderia comprovar através de outros meios de prova, que deixou de auferir renda com a locação de seus quartos enquanto o prédio vizinho era construído.

Portanto, por inexistir documento comprovando a diminuição da renda auferida pela apelante, através da locação de seus quartos, tal pedido deve ser julgado improcedente.

Quanto ao dano moral, tenho que os argumentos da apelante devem prosperar.

Como é cediço, muito se discute acerca da natureza jurídica da obrigação de indenizar o dano moral. Porém, o entendimento majoritário é no sentido de que essa obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, como bem leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos á personalidade de outrem. (**Responsabilidade Civil**; Saraiva; 8. ed.; p. 566; 2003).

Contudo, 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.

Nesse sentido, colaciona-se a jurisprudência:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATAÇÃO VIA TELEFONE – UTILIZAÇÃO POR TERCEIRO DE DADOS CADASTRAIS – FRAUDE DE TERCEIRO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA – INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL DEVIDO – QUANTUM MANTIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA.
>
> [...]
>
> Comprovada a conduta lesiva da empresa requerida de inscrever indevidamente o nome do autor nos cadastros de restrição ao crédito por dívida que este nem sequer contraiu, está caracterizado o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.
>
> Fixado valor da indenização a título de dano moral que cumpre a sua dupla finalidade, compensatória e inibitória, em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deve ser mantido o quantum arbitrado.
>
> [...] (AC n. 2007.033759-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 17.3.2008).

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PERMANÊNCIA INDEVIDA DO NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CARACTERIZADO – QUANTUM – RECURSO PROVIDO.
>
> [...]
>
> A compensação de ínfimo valor equivale a outro dano moral, de modo que o lesado entraria com uma ação no Judiciário por um dano moral e sairia com o que ele entrou e mais outro, pela não-compensação. Na mesma metria, não basta a compensação, urge ainda que haja uma verdadeira punição do infrator como forma de freio a essa conduta imoral e ilegal. É necessário que o valor faça o condenado refletir sobre sua conduta de modo a não reincidir. É primordial que a condenação seja um fator de desestímulo a novas condutas.
>
> [...] (AC n. 2007.036590-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 25.2.2008).

> APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DE ENERGIA ELETRICA. COBRANCA INDEVIDA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO ART. 972 DO CPC. DOR. VALORAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS PARCELAS COBRADAS IRREGULARMENTE. IMPROVIMENTO.
>
> Os critérios na fixação da indenização por dano moral devem ficar ao prudente arbítrio do julgador que, com seu subjetivismo e ponderação, encontrara sempre a melhor solução para cada caso. A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e também um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no "*arbitrium boni* viril" do julgador. Na qualificação da reparação do dano moral ha observar, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, a atividade, as condições social e economica do ofendido, seu conceito publico e privado, alem da capacidade de o ofensor suportar o encargo. Assim ha considerar seu poder de inibição ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem. (AC n. 710954, Corumbá, Segunda Turma Cível, Rel. Des. José Augusto de Souza, julgado em 14.3.2000, DJMS, 10.5.2000, p. 10-11).

Silvio Rodrigues, prelecionando acerca desta matéria, ensina que:

> [...] deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. (*in* Direito Civil. **Responsabilidade Civil**. Quarta edição. Ed. Atlas 2004).

Sabe-se que a quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foram submetidos, e de outro lado serve como fator de punição para que o apelado reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

A respeito do tema, leciona Rui Stoco, na obra Tratado de Responsabilidade Civil:

> A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.

[...]

> É o que se colhe em Caio Mário da Silva Pereira ao observar: "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido (**Responsabilidade civil**, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, n. 45, p. 55).

E acrescenta: "O ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva" (ob. cit. n. 49, p. 60)".

Segundo os ensinamentos de Sérgio Cavalieri, 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, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo." (Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo, Malheiros Ed., p.78).

Nesse sentido o entendimento adotado pelo Superior tribunal de Justiça:

> Mero receio ou dissabor não pode ser alcançado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias. (STJ, REsp n. 489.187-RO-AgRg, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgdo em 13.5.2003).

No caso dos autos, verifica-se que a apelante não teve apenas meros dissabores, mas sim, a angústia e aflição ao ver os danos causados em seu imóvel residencial, devido a falta de segurança proporcionada pelo prédio vizinho ao retormar a construção de um prédio de grande envergadura.

Sendo assim, tendo em vista as condições sociais do beneficiário e as possibilidades econômicas do responsável, e, ainda, que a reparação do dano moral pleiteada pela autora não pode implicar em seu enriquecimento, tenho que a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) atende satisfatoriamente a sua dupla finalidade compensatória e inibitória.

Por ter a apelante decaído de parte mínima de seu pedido, condeno o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do § único do artigo 21 do CPC.

Cumpre ressaltar, no entanto, que a apelante é assistida pela Defensoria Pública, assim, o valor arbitrado em seu favor será revertido em prol do FUNADEP - Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, nos termos do artigo 205 da Lei Complementar Estadual n. 94/2001, por não ser a Defensoria Pública pessoa jurídica de direito público, em virtude de sua condição de órgão público do Poder Executivo.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para condenar o apelado ao pagamento das despesas necessárias à reforma do imóvel da apelante, levando em consideração as especificações previstas no laudo pericial; condeno o apelado ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de danos morais; e, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 11 de janeiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.000927-4 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – BEM DE FAMÍLIA – ÔNUS PROBANDI A CARGO DO AUTOR – INEXISTÊNCIA DE PROVAS – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – MULTA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Sem a prova de que o bem penhorado seja o único imóvel pertencente ao recorrente e que este o utiliza para moradia permanente, não há declarar a sua impenhorabilidade com base na Lei n. 8009/90.

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de apelação cível interposta por Clarindo Tavares da Silva contra sentença que rejeitou os embargos à execução opostos nos autos da ação de execução fiscal promovida pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante alega, em síntese, que:

> [...] apresentou aos autos, várias decisões de outros processos onde foi penhorado o mesmo imóvel, como, por exemplo, execução do banco do brasil S/A (f. 13-59), e as provas carreadas aos autos, conduziram à liberação da penhora, por se tratar de único imóvel e residência do apelante. (f. 271).

> [...] ora, as decisões são da mesma época, e, até hoje, o apelante ainda reside no mesmo imóvel, sendo certo que, quando não está no local, porque fica em média mais de 30 (trinta), dias viajando, ali encontram seus filhos. (f. 271).

> [...] está mais do que comprovado, pelas mencionadas decisões, que o apelante reside no imóvel com seus filhos, não podendo permanecer a penhora realizada nele (f. 81-88). (f. 271).
>
> [...] ao admitir a procedência dos embargos, em relação aos juros, conforme consta dos Embargos de Declaração de f. 260-264, incluiu como sendo valor devido a título de multa, a quantia correspondente de 24.896,28 UFIRs. (f. 271).
>
> [...] entretanto, tal quantida de multa, também está indevidamente lançada na mencionada CDA, e deveria, também ela, ser reduzida para as quantias reais, o que, por consequência, também reduz o valor em UFIRs, dos juros devidos, conforme decisão de f. 260-264. (f. 272).
>
> [...] se não questiona os tributos, pelo valor apresentado, certamente que a multa que não pode ultrapassar a 150%, nos termos da lei, também não poderia ser superior 10.004,27 UFIRs, que é o que resulta da aplicação de 150% sobre 6.669,51 UFIR. (f. 272).
>
> [...] com a aplicação da regra do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que define a prescrição da cobrança do crédito tributário, em 5 (cinco) anos, não poderia mais ser utilizado em relação à pretensão daqueles que diriam respeito aos anos 1.986, 1.987 e 1.988. (f. 273).
>
> [...] estabelece que as custas e os honorários serão suportados em 50% (cinquenta por cento), por cada uma das partes, em vista que as partes teriam decaído em partes iguais. (f. 273).
>
> [...] teve todas as suas alegações e razões admitidas na sentença, eis que conseguiu, através dos embargos, reduzir a execução fiscal, de mais de 140.394,36 UFIRs (f. 168-169). Para, pelo menos 6.66951 UFIR, pelo tributo; 24.896,28 UFIR (sujeito a análise desta apelação para reduzi-la a 10.004,27 UFIR), pela multa e 7.864,04 UFIR (sujeito à redução, pelas mesmas razões), pelos juros, estabelecendo-se, pois, que teve maior ganho da discussão. (f. 273).

Ante o exposto, requer "[...]1º) - o recebimento do presente recurso, e dentro do poder de decisão, seja reformada a sentença e a decisão dos embargos de declaração, para o fim de corrigir novamente os cálculos, porque lançados indevidamente, quantias em UFIR referentemente à multa, e, consequentemente, transportado aos juros.

2º) – seja admitido o cancelamento da penhora, através da reforma da sentença de f. 245-248, porque ao contrário do que ali consta, o apelante provou, por documentos e decisões anteriores, em relação ao mesmo imóvel,inclusive pelo tribunal de justiça, de que se trata de único imóvel residencial seu.

3º) - seja admitida as prescrição da execução fiscal, conforme as razões interpostas.

4º) - sejam admitidas as razões de divisão da sucumbência, fixando-se conforme o que consta deste recurso." (f. 274).

Em aditamento às razões recursais sustenta que:

> [...] para os efeitos do caso presente, não se aplicam as regras objetos da irresignação do apelado, eis que o lançamento efetivo e real da pretensa dívida, ocorreu somente após a aplicabilidade dos mencionados dispositivos. (f. 336).

> [...] não seria admissível obter-se a acumulação de juros em valores que fossem, inclusive, superiores, ao valor da própria dívida fiscal, porquanto não seria lídimo, ainda, onerar-se ao cidadão através de aplicação de percentuais e formas de juros como fonte de renda ao Estado sobre certidões de dívida ativa ou sobre elas próprias [...]. (f. 336).

O apelado, em contrarrazões, argui a preliminar de nulidade da sentença por julgamento extra petita. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Clarindo Tavares da Silva contra sentença que rejeitou os embargos à execução opostos nos autos da ação de execução fiscal promovida pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

A sentença, como afirmado, julgou improcedentes os embargos e, ainda, condenou o então embargante ao pagamento da custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Opostos embargos de declaração por Clarindo Tavares da Silva, foram os mesmos julgados procedentes para "tão-somente, manter a incidência dos juros, tal como está expresso na fundamentação legal da CDA (1% ao mês), ora fixados nos seguintes termos: Tributo 6.669,91 UFIR (como na CDA de f. 4), Multa de 24.896,28 UFIR (como na CDA de f. 4) e Juros 7.864,04 UFIR, o que resulta na parcial procedência desses embargos à execução fiscal, ficando o presente julgado em embargos declaratórios definitivamente incorporado à sentença de f. 245-248" (f. 263).

E, ainda, "nos termos do Art. 21 do Código de Processo Civil, cada parte fica responsável pelo pagamento da metade das custas e pelo pagamento dos honorários de seu advogado, alterando a sentença em relação a este aspecto, com decorrência lógica da alteração" (f. 264).

Inconformado, o Estado de Mato Grosso do Sul também opôs embargos de declaração, que foram julgados parcialmente procedentes "mantendo a incidência dos juros, (1% ao mês), ora fixados nos seguintes termos: Tributo de 6.669,51 UFIR (como na CDA de f. 04), Multa de 24.896,28 UFIR (como na CDA de f. 04) e Juros de 7.864,04 UFIR que deverão ser corrigidos pelo IGPM, editado pela FGV, em substituição à TRD, de 01/02/1991 até a data de 30.1.1992, sendo que a partir de então corrigir-se-á o débito pela UFIR[...]" (f. 330).

Passo à análise do recurso de apelação.

Preliminar de nulidade da sentença por julgamento extra petita.

A Fazenda Pública em suas contrarrazões afima que "tendo em vista que a discussão atinente aos juros ficou excluída da petição inicial apresentada pelo apelante, não poderia sequer ter sido conhecida pelo juízo destinatário. Reveste-se, pois, de nulidade a decisão de f. 260-264, pois o ilustre magistrado julgou fora dos limites do pedido do apelante definidos quando da apresentação de sua petição inicial, consistindo, portanto, num julgamento extra petita, vedado pelo nosso ordenamento jurídico, ex vi do artigo 460 do CPC, combinado com os artigos 2º e 128[...]" (f. 298).

Sem razão, contudo, a recorrida.

Anote-se, por primeiro, consoante afirmou a decisão atacada, que "a sentença só poderá ser considerada extra petita se a parte contrária não tiver a possibilidade de se manifestar acerca do pedido formulado na réplica" (f. 325).

Da análise dos autos, constata-se que a Fazenda Pública Estadual teve duas oportunidades para se manifestar acerca do pedido formulado na réplica (juros) antes da prolação de sentença, quais sejam, no momento da especificação de provas e quando da apresentação dos memoriais finais.

Destarte, com razão o juízo de origem quando afirma que "não se pode falar que a decisão de f. 260-264 é extra petita, uma vez que a questão dos juros só foi levantada após a juntada do processo administrativo de f. 110-169 e, como já frisado, o embargado teve duas oportunidades para se manifestar sobre a mesma antes da prolação de sentença e uma após a prolação" (f. 325).

Logo, afasto a prefacial arguida pela apelada.

O apelante, por sua vez, busca a reforma da sentença, alegando, em síntese, que (I) o crédito tributário está prescrito; (II) o imóvel localizado na Rua Aloizio Azevedo, n. 1256, matriculado sob n. 115.476 do 1º Cartório de Registro de Imóveis – C.R.I. desta Capital, é impenhorável por força da Lei n. 8.009/90; (III) há incorreção na indicação da multa que foi aplicada e que está expressa na CDA 1220/94 que instrui a execução embargada; (IV) não devem ser cobrados os juros de mora; e (v) foi vencedor na maior parte da demanda, razão pela qual entende que as verbas sucumbenciais devem ser arcadas integralmente pela apelada.

Sem razão, contudo, o apelante.

O recurso, portanto, não merece provimento.

Por primeiro, alega o apelante que, sendo os débitos discutidos nos autos referentes aos anos de 1986, 1987 e 1988 os mesmos estão prescritos.

No caso, entretanto, não há falar em prescrição do crédito tributário.

Com efeito, o Código Tributário Nacional dispõe em seu art. 174 que "a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva."

Da análise dos autos, constata-se que o crédito exigido foi lançado em 13.3.1991, por meio da lavratura do auto de infração n. 027229, após ser objeto do competente processo administrativo, tendo sido definitivamente constituído em 26.10.1991.

Assim, considerando a data supramencionada, somente se poderia falar em prescrição a partir do ano de 1996, o que não é o caso, pois a execução fiscal foi ajuizada em 19.8.1994, tendo sido o executado citado em 22.9.1995.

Desse modo, ocorrida a citação válida do executado, ora apelante, antes de completados cinco anos do lançamento definitivo do crédito tributário não há falar em prescrição.

Afasto, portanto, a prefacial de mérito arguida pelo ora apelante.

Impenhorabilidade do imóvel.

Alega ainda o apelante que o imóvel localizado na Rua Aloizio Azevedo, n. 256, matriculado sob n. 115.476 do CRI desta Capital, é residência de sua família, portanto, impenhorável, por força da Lei n. 8.009/90[12].

12 - Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Contudo, mais uma vez improcedem as alegações do ora recorrente.

Anote-se, por primeiro, que, não houve produção de prova capaz de sustentar a veracidade da assertativa quanto a ser o imóvel em questão bem de família.

No caso, a única prova que o apelante traz aos autos são cópias de peças de processo judicial em que litigou com o Banco do Brasil, tendo por objeto da querela o mesmo imóvel. Contudo, não há nenhuma demonstração de que se tratava da mesma questão. Do mesmo modo, não restou demonstrado que a prova ali produzida é a mesma produzida nos presentes autos, de modo que não há falar em identidade de discussão nesse ponto.

Ademais, consoante anotou a sentença atacada, a discussão travada com o Banco do Brasil, em relação à qual o apelante junta documento referente a uma determinada época bem diversa da atual, razão pela qual não se pode dizer que, na atualidade, esteja ocorrendo a mesma situação, ainda que se considere que, daquele feita, foi reconhecida a condição de bem de família do referido imóvel.

Ressalte-se, por necessário, consoante afirmou a apelada, que "neste tocante particular, existem nos autos diversas menções a endereços diversos do Apelante: um deles em Curitiba (PR) e outro na Rua Belizário Lima, n. 103, sendo que este declarado pelo próprio quando da outorga de procuração ao seu patrono, afora o fato da informação de que o apelante vive em sua fazenda. Evidencia-se, portanto, que esta é que é sua residência e não o imóvel constritado, sito à Rua Aluízio de Azevedo n. 1256" (f. 306).

Observa-se, outrossim, que a Enersul informou que no imóvel situado na Rua Aluízio de Azevedo n. 1256 não existe nenhuma ligação de energia elétrica, o que demonstra que o imóvel não é usado para moradia.

Ora, como cediço, a energia elétrica é elemento fundamental na vida cotidiana, imprimindo funcionalidade ao lar, sem a qual um imóvel torna-se, invariavelmente, inóspito.

Desse modo, com razão a Fazenda Pública Estadual quando afirma que "é patente que o imóvel em questão não se configura como bem de família, podendo ser penhorada, por não se enquadrar no parâmetro definido quando da edição da Lei n. 8.009/90" (f. 307).

Por tais razões, tendo em vista que não logrou êxito o apelante em demonstrar que o imóvel em questão enquadra-se na hipótese legal de impenhorabilidade definida pela Lei n. 8.009/90, deve ser afastada a pretensão recursal do apelante nesse sentido, julgando-se improcedente o pedido.

Nesse diapasão, eis o entendimento desta Corte Estadual:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DO DEVEDOR EM EXECUÇÃO FISCAL - NULIDADE DA SENTENÇA - PRESCRIÇÃO - IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA - JUROS - PRELIMINARES REJEITADAS - RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não é nula a sentença que deixa de examinar questão debatida nos autos. Em casos tais, tem incidência o disposto no art. 515, § 1º, do CPC.
>
> Consoante entendimento jurisprudencial, em se tratando de lançamento por homologação, o direito de o fisco constituir o crédito tributário extingue-se após o decurso do prazo de cinco anos, contados do fato gerador, somados mais cinco anos, contados da homologação do lançamento, para a sua cobrança.

> Incomprovada a alegação de ser tratar de bem de família, rejeita-se a preliminar de impenhorabilidade.
>
> Cabe ao devedor comprovar a ocorrência de excesso de execução, no tanto em que alega a abusividade dos juros.[1] (Grifei)
>
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INSCRIÇÃO DO NOME NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - AUSÊNCIA DE PROVA - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE - NÃO CARACTERIZADA - RECURSO IMPROVIDO.
>
> Para que haja o provimento jurisdicional há a necessidade da presença do binômio necessidade-utilidade, os quais somente podem ser aferidos pelas provas constantes nos autos, havendo a incerteza não devem ser concedidos.
>
> Sem a prova de que o bem penhorado seja o único imóvel pertencente aos recorrentes, e que estes o utilizam para moradia permanente, não há declarar a sua impenhorabilidade com base na Lei n. 8009/90.[2] (Destaquei)

Da multa.

Outrossim, alega o apelante que há incorreção na indicação da multa que lhe foi aplicada, contida na CDA 1220/24 que instrui a execução fiscal embargada. Nesse sentido, afirma que, considerando os fatos geradores de 1988 e 1989, nos valores de 2.131,56 UFIR e 4.537,95 UFIR, respectivamente, aplicando-se o percentual de multa de 150%, o valor total da multa que está obrigado a pagar, segundo suas alegações, é de 10.001,27 UFIR.

Mais uma vez, sem razão o apelante.

Da análise da referida CDA (f. 3), verifica-se claramente que, ao revés do que afirma o apelante, os fatos geradores não se resumem aos dois apontados acima, pois ocorreram dois outros referentes a 1988 e 1987, respectivamente.

Anote-se, por necessário, que se fossem considerados somente os fatos geradores reconhecidos pelo apelante, indicados na coluna direita da CDA em análise, de fato, se chegaria ao total de 10.024,27, a ser pago pela multa. No entanto, insista-se, a aplicação da multa não se resume a esses dois fatos geradores. Devem, para tanto, também ser considerados os dois fatos geradores indentificados na coluna da esquerda da aludida CDA.

No caso, consoante afirmou a Fazenda Pública, "primeiramente tem-se que do fato gerador referente ao ano de 1987 a aplicação de multa foi no total de 11.610,21 UFIR, o que encontra identificado na segunda linha da coluna da esquerda da CDA. Já no que se refere ao outro fato gerador do ano de 1988 tem-se a aplicação de multa num total de 3.281,80 UFIR. Ou seja, somente em relação a esses dois elementos da CDA chega-se a um total de 14.892,01 UFIR" (f. 310).

Assim, considerando que são quatro as multas que devem ser consideradas para se chegar ao total devido pelo apelante, ao valor apresentado por ele deve ser somada a quantia omitida, o que resulta em uma multa no total de 24.896,28 UFIR, exatamente como está previsto na CDA, consoante se lê no quadrante denominado "total UFIR", situado na coluna da direita.

1 TJMS, AC n. 2008.037505-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 18.11.2009, DJ n. 2091 de 23.11.2009.

2 TJMS, AC n. 2005.018478-9, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ n. 1961 de 12.5.209.

Por tais razões, ao contrário do que alega o apelante, deve ser mantida a multa de 24.896,28 UFIR.

Juros e correção monetária

A insurgência do apelante no que se refere aos juros de mora, também não merece prosperar, pois os juros de 1% ao mês incidem na forma do que estabelece o Código Tributário Nacional em seu art. 161. Veja-se:

> Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Ademais, consoante afirmou a Fazenda Pública Estadual "como bem consignou o Juiz a quo em sua decisão de f. 326 e, como consta no título executivo, in casu, os juros moratórios incidem na forma então estabelecida pela Lei n. 1.028 de 19.12.1989 e Regulamento do ICMS, Anexo X, art. 6º, a estabelecer que "O débito não recolhido no prazo regulamentar ou autorizado será acrescido de juros de mora de um por cento ao mês, a partir do dia imediato ao do seu vencimento" (f. 341).

Desse modo, se existe previsão legal para sejam cobrados juros de mora do apelante e o título executivo contém a cobrança de juros dentro do limite legal, devem eles incidir até o efetivo pagamento da dívida, sob pena de violação ao disposto no art. 161 do CTN.

Já no que tange à correção monetária do débito, observa-se que a sentença afastou a incidência da TR para que a correção seja efetivada pelo IGPM/FGV, isto no período de 1.2.1991 a 30.1.1992, sendo que a partir de tal data corrigir-se-á o débito pela UFIR.

Entretanto, não havendo nenhuma insurgência do apelante no tocante ao indíce de correção monetária, deve ser mantida a sentença também neste ponto.

Honorários advocatícios

Por fim, aduz o apelante que foi vencedor na maior parte da demanda, motivo pelo qual entende que a verbas sucumbenciais deveriam ser arcadas integralmente pelo apelado.

Novamente, falta-lhe razão.

Com efeito, verifica-se dos autos que o autor, ora apelante, efetuou diversos pedidos. Primeiramente, na petição, alegou que o bem penhorado seria de família, o que não foi demonstrado. Na mesma oportunidade alegou também que o crédito tributário objeto da execução fiscal embargada estaria prescrito, bem como que não havia indicação da origem do débito, alegações estas que também não foram acolhidas. Posteriormente, já em sede de réplica, alegou a existência de incorreção acerca da incidência do juros, único ponto que restou acolhido pelo juízo de origem.

Observa-se, assim, que somente um dos seus pedidos vingou, razão pela qual não há falar que o apelante restou vencedor na maior parte da demanda. Pelo contrário, o recorrente mostrou-se perdedor na maior parte do processo.

Destarte, com razão a Fazenda Pública Estadual quando afirma que "*ainda que a decisão que alterou a sentença (f. 206-264) tenha se denominado de "parcialmente procedente", tendo em vista que praticamente todas as pretensões do apelante deduzidas no transcorrer da ação foram rechaçadas, não se pode dizer que se trata de sucumbência recíproca. Com muito menos razão, portanto, pode-se dizer que se trata de sucumbência do apelado, a ponto de dever o mesmo arcar com a integralidade da verba sucumbencial*" (f. 311).

Assim, foi a Fazenda Pública ora apelada quem decaiu da parte mínima do pedido, de modo que, diferentemente do que afirma o apelante, é ele quem deve arcar com o ônus da sucumbência.

Isto, entretanto, só não irá ocorrer, porque, no caso, não houve recurso da Fazenda Pública Estadual neste sentido, razão pela qual deve ser mantida a sentença que determinou que cada um dos litigantes deverá arcar, proporcionalmente, com as custas processuais e honorários de seu patrono.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Clarindo Tavares da Silva, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, 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. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.028877-7 - Caarapó
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO EM DEFESA – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – ART. 13, LEI N. 10.257/01 (ESTATUTO DA CIDADE) – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Ao teor do disposto no art. 927 do CPC, a tutela possessória pleiteada só é devida quando o requerente comprova a sua posse anterior, o esbulho realizado pela parte ré e a conseqüente perda da posse.

A possibilidade de arguição da prescrição aquisitiva em sede de contestação em demanda possessória encontra previsão expressa no art. 13, da Lei n. 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade) e na Súmula n. 237 do STF.

Para que ocorra a prescrição aquisitiva constitucional é necessário que concorram todos os requisitos enumerados no artigo 183 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de apelação cível interposta por Osvaldo Rodrigues Ajala contra parte da sentença que julgou improcedente a ação de reintegração de posse promovida por Luiz Emídio da Silva.

O recorrente alega, em síntese, que:

> [...] em que pese a fundamentação do MM. Juiz de primeiro grau de que o pedido do apelante de reconhecimento do direito de usucapir o domínio útil do imóvel, o mesmo não é cabível na presente ação, sob a alegação de que é vedado pelo art. 923 do Código de Processo Civil (f. 104).

> [...] ocorre que a Lei n. 10.257/2001, que é mais recente que o Código de Processo Civil, prevê em seu art. 13 a possibilidade de se reconhecer o usucapião de imóvel urbano invocado como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis (f. 105).
>
> [...] portanto, não agiu com acerto costumeiro o nobre magistrado de primeiro grau, e superado o alegado impedimento feito Juiz de primeiro grau, passamos a discorrer do preenchimento dos requisitos para o usucapião especial previsto no art. 9º da Lei n. 10.257/2001 (f. 105).
>
> [...] no ano de 1997 o autor vendeu o direito de enfiteuse sobre o referido imóvel ao Sr. Cícero, contrato este verbal, onde este pagou o valor do mesmo ao autor no ato (f. 105).
>
> [...] o Sr. Cícero, após a compra do direito de enfiteuse do imóvel tomou posse sobre o mesmo começou a construir a casa existente sobre o imóvel, lá permanecendo por cerca de três meses, onde obteve ajuda do réu para levantar a referida casa (f. 105).
>
> [...] decorridos três meses, o Sr. Cícero avisou ao réu que estava indo embora para a região norte, e que o réu poderia ficar morando na casa, pois logo voltaria e retomaria a posse do mesmo (f. 105).
>
> [...] passado um ano e o réu não recebendo notícias do Sr. Cícero, resolveu fazer algumas benfeitorias na casa, quais sejam, colocou energia elétrica, água, piso e fez algumas divisões (f. 105).
>
> [...] desde então, o réu também vem pagando o IPTU do imóvel, conforme carnê em anexo (doc. 3-6) e vem exercendo a posse com animus domini (f. 106).
>
> [...] desta feita, por ter o autor vendido o referido imóvel em 1997, e o réu estar ocupando o mesmo com animus domini, há mais de 5 (cinco) anos sem qualquer oposição de terceiros ininterruptamente, mansa e pacificamente, não possuir outro imóvel em seu nome, residir no mesmo, e não utilizar mais que 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados do referido imóvel, o réu tem o direito de usucapir o seu domínio útil (f. 106).
>
> Ao final, [...] requer: a) seja conhecida e provida a presente apelação, reformando parcialmente a sentença definitiva proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau, reconhecendo o direito do apelante em usucapir o domínio útil da área sobre o referido imóvel onde está edificada sua moradia, conforme permite o art. 13 do Estatuto da Cidade, valendo a sentença como título para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, isentando-o inclusive do pagamento do registro da mesma junto ao CRI, conforme dispõe o art. 12 da Lei n. 10.257/2001[...]
>
> b-) seja deferido os benefícios da Justiça Gratuita nos termos da Lei n. 1.060/50, vez que o apelante não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio, conforme declaração de f. 23 (f. 108).

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Osvaldo Rodrigues Ajala contra parte da sentença que julgou improcedente a ação de reintegração de posse promovida por Luiz Emídio da Silva.

Dou provimento ao recurso.

Verifica-se dos autos que Luiz Emídio da Silva adquiriu o direito de enfiteuse do imóvel sediado na Rua Fernando Correa da Costa, n. 3.363, Vila Planalto, nesta Capital, em 28 de janeiro de 1994, conforme contrato de compra e venda de f. 11, sendo que, conforme suas alegações, em novembro de 2004 desocupou o imóvel e permitiu que o ora apelante ingressasse no mesmo.

No entanto, restou inequivocamente comprovado que o ora apelado nunca residiu no imóvel, razão pela qual foi julgada improcedente a ação de reintegração de posse.

Observa-se, ademais, que a decisão *a quo* entendeu não ser cabível o pedido do ora apelante de reconhecimento do direito de usucapir o domínio útil do imóvel em litígio, sob o argumento de que é vedado pelo art. 923 do Código de Processo Civil[3].

É contra essa parte da sentença que se insurge o apelante, alegando, em síntese, que é possível discutir, em sede de juízo possessório, matéria referente ao domínio ou propriedade e, por conseguinte, como relatado, pugna pela reforma parcial da sentença para que seja reconhecido o direito do apelante em usucapir o domínio útil da área sobre o referido imóvel onde está edificada sua moradia.

Pois bem. De fato, de acordo com o referido art. 923 do CPC, é defeso discutir, em sede de juízo possessório, matéria referente ao domínio ou propriedade.

Ocorre que a Lei n. 10.257/01[4], Estatuto da Cidade, prevê em seu art. 13 a possibilidade de se reconhecer a usucapião especial de imóvel urbano invocado como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

A propósito, eis o teor do referido artigo:

> Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Ademais, nos termos da Súmula n. 237 do excelso Supremo Tribunal Federal[5], admite-se a alegação da usucapião como matéria de defesa em uma gama de ações, como na ação reivindicatória, divisória, demarcatória, imissão de posse e até nas ações possessórias, quando nestas a *exceptio domini* é permitida.

Destaco, ainda, nesse sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> Usucapião. Defesa. Declaração de domínio.

3 "Art. 923 - Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio."

4 - Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

5 O usucapião pode ser argüído em defesa.

> O réu de ação possessória pode argüir como defesa a sua posse e pedir o reconhecimento da prescrição aquisitiva, mas para a procedência do seu pedido devem estar presentes os requisitos da usucapião, entre eles a descrição da área, o que não aconteceu na espécie. Recurso não conhecido.[1]

Portanto, contrário ao entendimento adotado pela decisão *a quo*, inexiste óbice jurídico em argüir usucapião, como matéria de defesa na ação de reintegração de posse.

Fixada essa premissa, com base no art. 515, § 3º do CPC[2], passo a análise do pedido de reconhecimento do direito de usucapir o domínio útil do imóvel.

Com efeito, pretende o apelante a declaração de suposto direito à usucapião especial urbana, prevista no art. 9º da Lei n. 10.257/01[3], que assim dispõe:

> Art. 9º - Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
>
> § 3° Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A pretensão do recorrente, contudo, não merece prosperar, pois em nenhum momento demonstrou o *animus domini,* ou seja, a intenção do dono de ter como sua a coisa possuída, de ser realmente o titular do direito sobre a coisa.

Anote-se, por primeiro, que a escritura pública de f. 11, comprova que o apelado tem justo título e é possuidor de boa-fé.

Observa-se, outrossim, que os documentos juntados pelo próprio apelante demonstram que a cobrança dos tributos é realizada em nome do apelado, conforme documentos de f. 37-40.

Ora, consoante afirmou o apelado em suas contrarrazões "*se o apelante ostentasse a posse direta do imóvel, deixaria claro a terceiros que agiam como se dono do imóvel fosse; tais cobranças, bem como as contas de água e energia teriam que vir em seu nome"* (f. 115).

Na questão em deslinde, verifica-se que o apelante aproveitou-se da boa-fé do apelado que permitiu que o mesmo permanecesse no imóvel por mera tolerância, na medida em que sempre soube que o apelado era proprietário e possuidor do imóvel.

---

1 REsp n. 182.728/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1.2.1999.

2 Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

3 - Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Nesse sentido, colaciono trechos dos depoimentos das testemunhas:

> [...] Depois que elas saíram a casa ficou vazia e quando voltei lá, o réu já estava lá juntamente com três filhos. Pedi a ele que devolvesse a casa para mim, porque tinha outra filha que queria morar lá, mas ele se negou. Não me lembro também em que ano foi que isso ocorreu. Já pedi para ele três vezes para ele me devolver e ele não me devolveu. (f. 69).

> [...] Conheço o requerido que é quem mora no imóvel do litígio já faz mais de sete anos. Posso afirmar que o imóvel pertence ao Senhor Luiz Emídio, que o adquiriu do Senhor Ademar Gomes o sr. emídio nunca morou lá, quem morou lá foram suas filhas. Não tenho conhecimento que o Senhor Emídio tenha vendido esta imóvel a quem quer que seja. O que eu soube foi que após a saída das filhas do Senhor Emídio, o Senhor Osvaldo ingressou no imóvel e passou a morar lá O Senhor Luiz relatou-me que foi três vezes pedir o imóvel, sem sucesso. (f. 71).

> [...] O Senhor Luiz Emídio morou lá por uns dias, depois quem morou lá foram suas filhas, quando as filhas do Luiz Emídio saíram da casa quem ficou cuidando do imóvel foi o seu vizinho Ademar Gomes de quem seu Luiz havia comprado a casa. Não tenho conhecimento que o Senhor Emídio tenha vendido este imóvel a quem quer que seja. O Senhor Luiz relatou-me que foi várias vezes pedir o imóvel sem sucesso. (f. 72).

Ora, como se vê, as provas testemunhais comprovam inequivocamente que o recorrente tomou conhecimento de que o imóvel pertencia ao apelado, caracterizando, assim, sua posse precária.

Sob outro aspecto, verifica-se que a área do imóvel urbano sobre o qual o recorrente exerce a posse é de 400 m² (f. 11), restando afastada, portanto, a usucapião especial urbana residencial, por não ter preenchido o requisito constitucional e legal de que o imóvel usucapiendo corresponda a área urbana de até 250 m².

Ressalte-se, por oportuno, que também não merece prosperar a pretensão de usucapir apenas o limite de 250m² de área notadamente de tamanho maior, ou mesmo apenas a área da casa edificada no terreno, pois tal requerimento não se enquadra na finalidade da norma.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> USUCAPIÃO URBANO ESPECIAL - OCUPAÇÃO DE ÁREA SUPERIOR A 250 METROS QUADRADOS - PRETENSÃO DE USUCAPIR PARTE DO IMÓVEL - PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL - Demonstrado que a área ocupada pelos autores possui dimensão superior à prevista no artigo 183 da Constituição Federal, não podem pretender usucapir apenas parte desta área para que o tamanho do imóvel não ultrapasse o limite de 250 m2 contido no texto constitucional, por tratar-se de expediente censurável, de clara afronta ao espírito da norma.[4]

> APELAÇÃO - AÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. Não há que se cogitar negativa de prestação jurisdicional baseada na ausência de fundamentação quando declinadas as razões de decidir do magistrado a quo, sendo de se lembrar que ao julgador também não se impõe a abordagem de todos os argumentos deduzidos pelas partes no curso da demanda. A aquisição do imóvel pela prescrição aquisitiva reclama a conjugação de três elementos

4 - TJMG, Autos n. 2.0000.00.469035-5/000(1), Rel. Elias Camilo, DJ 3.9.2005.

> fundamentais, que são a posse, o tempo e a coisa hábil. Tais requisitos se somam às exigências de que a coisa usucapienda não seja superior a 250 m² e de que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel, pretendendo o bem para sua moradia, para que seja alcançada a pretensão da usucapião constitucional urbana; ausente qualquer deles, a pretensão torna-se impossível ex vi legis. Na ação de usucapião constitucional urbana cabe ao autor produzir a prova de sua posse prolongada, ininterrupta, mansa e pacífica pelo lapso legalmente exigido, como também do animus domini, sob pena de não se lhe declarar o domínio da terra que pretende.[5]

Por tais razões, ausentes os pressupostos da aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, deve ser julgado improcedente o pedido de declaração de domínio pelo advento da prescrição aquisitiva da usucapião especial urbana.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto por Osvaldo Rodrigues Ajala para tornar insubsistente a parte da sentença que entendeu não ser cabível o pedido de reconhecimento do direito de usucapir o domínio útil do imóvel e, com fulcro no art. 515, § 3º, e art. 269, I, ambos do CPC, julgo improcedente o pedido de declaração de domínio pelo advento da prescrição aquisitiva da usucapião especial urbana.

E, nos termos do artigo 21 caput do CPC, devem as partes arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, no valor arbitrado na sentença, na proporção de 50% para cada, compensados na forma da Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade com relação à apelada por ser beneficiária da justiça gratuita.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

5 - TJMG; Autos n. 1.0625.03.031015-9/001(1) - Rel. Dídimo Inocêncio de Paula - DJMG 5.7.2006.

Apelação Cível n. 2010.001937-8 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS – LESÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE MOTOCICLETA – ENTULHO EM VIA PÚBLICA – DANOS MATERIAIS – COMPROVADOS – LUCROS CESSANTES – IMPOSSIBILIDADE – DANO ESTÉTICO NÃO COMPROVADO - DANO MORAL CARACTERIZADO EM DECORRÊNCIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A queda de motocicleta em via pública, em virtude de entulho decorrente de 'monte de terra', sem sinalização, que gera ferimentos, hospitalização e afastamento do trabalho para a vítima, é causa também de danos morais, sendo desnecessária a prova do prejuízo moral, por óbvios os efeitos nocivos do evento.

Não há parâmetros para a fixação do valor do dano moral, devendo o julgador arbitrá-los segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito e atendendo sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de recurso de apelação cível interposta por Leandro Vital de Souza contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais promovida em face do Município de Campo Grande.

O apelante, em síntese, alega que:

> [...] No caso dos autos, conforme fartamente demonstrado pelas fotografias de f. 23-26, vemos de forma clara, cristalina e evidente que não havia na Avenida Via Park, qualquer sinalização quanto ao monte de terra ali deixado, de forma omissa e irresponsável, pela entidade municipal. É visível a omissão por negligência da apelada, o qual não providenciou a devida retirada do monte de terra, colocando-se, assim, na contingência de vir a ser obrigado à reparação dos danos gerados aos usuários da respectiva via pública (f. 118).
>
> [...] as fotos são claras e não geram dúvidas de que em tal via, não havia qualquer sinalização quanto ao monte de terra existente. De mais a mais, em se tratando de acidente onde não há colisão de veículos, somente a Corporação de Bombeiros é acionada, a qual somente registra o acidente e não caracteriza a forma em que aquele ocorreu (f. 118).
>
> [...] se a via estivesse realmente sinalizada, deveria a entidade municipal tê-lo comprado, arrolando aos autos os funcionários que nela trabalharam e sinalizaram a via, o que não houve no feito, com o que não se desincumbiu o apelado do ônus da prova decorrente do artigo 333 do Código de Processo Civil (f. 118).
>
> Assim, a mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Município gera o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. A obrigação pela composição dos prejuízos se legitima pelo só fato de a pessoa jurídica de direito público interno haver se omitido em providências cautelares, para que seus serviços não fossem desviados de seus fins, tendo-se presente que todo dano reclama reparação por quem injustamente o provocou (f. 119).

Ao final, requer:

> [...] seja dado provimento ao presente recurso, reformando a sentença ora combatida, a fim de que seja considerado totalmente procedente os pedidos, considerando a recorrida culpada por deixar um monte de terra sem qualquer sinalização em plena Avenida via Park, condenando-a ao pagamento da importância de R$ 1.716,90, a título de reparação de danos materiais, pelo que fora exposto, e ainda, em danos morais, suportados pelo recorrente (f. 121).

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação cível interposta por Leandro Vital de Souza contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais promovida em face do Município de Campo Grande.

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, consta da exordial que no dia 5.5.2008, o apelante conduzia sua motocicleta na Avenida Via Park em Campo Grande quando colidiu com um 'monte de terra' que se encontrava na pista. Sustenta o recorrente que não havia nenhuma sinalização no local indicando a existência do entulho que lhe obstruiu a passagem. Alega, ainda, que, em razão do acidente sofreu várias lesões que lhe causaram sequelas e dores,

obrigando-o a afastar-se de seu trabalho, além do dano estético que alega ter sofrido. Diante disso, o autor, ora apelante, requereu a procedência do pedido, com a consequente condenação do Município de Campo Grande, ora apelado, ao pagamento de danos morais e estéticos a serem arbitrados pelo magistrado, bem como arcar com a importância de R$ 1.716,90, a título de reparação por danos materiais.

A sentença julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o autor não teria provado a dinâmica dos fatos que originou o sinistro.

Da decisão, o autor recorre, sustentando que restou sim devidamente demonstrado por meio de fotografias que o Município ora apelado tem responsabilidade objetiva no caso, pois se omitiu no seu dever de agir, deixando de sinalizar adequadamente o local onde ocorreu o sinistro.

Inicialmente, impõe-se consignar que a responsabilidade dos entes de direito público participantes da administração direta ou indireta é indubitavelmente objetiva, porquanto fundada na teoria do risco administrativo inserta no art. 37, § 6º[6], da CF/88.

No que concerne à espécie de responsabilidade atribuível a referidas pessoas jurídicas, ganhou a responsabilidade objetiva posição de destaque no diploma civil de 2002, em seu art. 927, parágrafo único[7], refletindo não apenas o que a jurisprudência há muito já vinha consolidando, como também o interesse da sociedade em positivar a matéria, restando, por consequência, solucionadas definitivamente as discussões que ainda remanesciam sobre o tema.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, portanto, a identificação do dever indenizatório prescinde da aferição de culpa na ação ou omissão decorrente da prestação do serviço público. Basta para tanto que o prejudicado comprove a existência do dano e o nexo causal interligando este e a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica de direito público.

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

> A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas; a omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado[8].

No caso, quanto à responsabilidade pelos fatos, não resta dúvida de que ocorreu o fato danoso apontado pelo ora apelante e que o nexo causal encontra-se demonstrado.

Vale ressaltar que a ausência do serviço em razão do funcionamento defeituoso do mesmo basta para configurar a responsabilidade da administração pública pelos danos daí decorrentes.

De fato, restou comprovado nos autos que o acidente deu-se quando o condutor da motocicleta chocou-se com um monte de terra depositado na via pública e, em consequência, perdeu o controle do veículo, vindo a sofrer graves ferimentos, consoante faz prova o prontuário médico de f. 29-44.

---

6 Art. 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

7 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.

8 **Responsabilidade Civil do Estado.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 300.

Ademais, bem ressaltou o magistrado de origem quando afirmou que "Das fotografias que instruíram a exordial, em especial às f. 23-24, é possível divisar um monte de terra deixado pelo Município em via pública sem sinalização, e às f. 25-26 vê-se uma motocicleta que, aparentemente, chocou-se contra o tal monte de terra"(Grifei).

Por tais singelas razões, deve ser reformada a sentença que julgou improcedente o pleito.

O dano material, por sua vez, está comprovado pelos documentos de f. 46-50 e 90, que demonstram não só que a motocicleta é de propriedade do ora apelante, como também que a mesma foi danificada.

No tocante aos lucros cessantes, entretanto, mister afastar a pretensão autoral, pois os rendimentos auferidos por conta do trabalho do apelante como segurança foram suportados pela Agência de Previdência Social, mediante pagamento de auxílio doença, conforme constata-se do documento de f. 45.

Dessa forma, se o apelante foi de alguma forma ressarcido enquanto esteve sem condições de trabalhar, não merece acolhida o pedido de lucros cessantes.

Outrossim, quanto ao dano estético, o autor, ora apelante, apenas alegou ter sofrido deformidade, deixando, entretanto, de comprovar referidos, razão pela qual não faz jus à indenização a esse título.

Quanto ao dano moral, como cediço, a sua reparabilidade é configurada pela agressão psíquica, moral e intelectual da vítima, capaz de lhe provocar perturbações em razão de atos ou fatos injustos, que atinjam sua honra o bastante para lhe causar constrangimentos, vergonha, dores, sentimentos ou sensações negativas, restando o mesmo plenamente justificado nos autos em epígrafe.

Este, aliás, é o entendimento desta 1ª Turma Cível, conforme se depreende de seguinte julgado:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS - QUEDA EM BUEIRO DESTAMPADO - DEMONSTRADO O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO OMISSIVO DO MUNICÍPIO E O DANO CAUSADO - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS - DANO MORAL EXISTENTE - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA.
>
> Quando as provas carreadas aos autos evidenciam o nexo de causalidade existente entre o ato omissivo do município/réu e o evento danoso, emerge, então, a responsabilidade daquele arcar com os prejuízos experimentados pela autora.
>
> Em relação aos danos morais, é cabível deduzir que o fato de a autora ter caído dentro de um bueiro destampado, sem dúvida lhe causou grande constrangimento e aborrecimentos que, se não podem ser efetivamente reparados, podem, ao menos, ser compensados através da verba indenizatória.[9] (Grifei)

Diverso não é o entendimento desta Corte Estadual:

> APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – COLISÃO COM ENTULHOS PRESENTES EM VIA PÚBLICA – PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA COM ORÇAMENTOS E NOTA FISCAL – DANOS MATERIAS COMPROVADOS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL APÓS PROLAÇÃO DE SENTENÇA – REDUÇÃO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE[10](Grifei)

9 TJMS, AC n. 2005.017236-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Campo Grande, julgado em 24.7.2007 Publicado em 24.8.2007.

10 TJMS, AC n. 2007.019245-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, Campo Grande, julgado em 4.9.2007.

Por outro lado, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para a fixação do quantum a título de indenização por dano moral. De fato, a questão é subjetiva e encontra-se ao alvedrio de critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em razoável compensação ao lesado e adequado desestímulo ao ofensor.

A determinação da quantia devida pelos danos morais, fica, portanto, ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecidos os pressupostos essenciais para a sua fixação.

Portanto, na quantificação do dano moral deve-se levar em conta critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, respeitando-se a proporcionalidade entre causa e efeito.

Assim, considerando a repercussão dos fatos na vida do apelado, bem como as sequelas geradas pelo acidente, fixo o valor da indenização por dano moral em R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação cível interposto por Leandro Vital de Souza tão somente para reformar, parcialmente, a sentença, condenando o Município-Réu ao pagamento da quantia equivalente a R$ 8.000,00 a título de danos morais.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de 50% das custas e fixo os honorários em R$ 1.000,00 para cada uma, devendo, nos termos do artigo 21 do CPC, serem eles compensados.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2008.029790-6/0001-00
Campo Grande - Quarta Seção Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – *SHOPPING CENTER* – AGRESSÃO DENTRO DO ESTABELECIMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇO DE SEGURANÇA DEFEITUOSO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO AFASTADA – DANO MORAL CARACTERIZADO – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO MAJORITÁRIO – RECURSO IMPROVIDO.

Os estabelecimentos comerciais como *Shopping Center* têm o dever de prestação de serviço de segurança adequado e eficiente, a fim de garantir a integridade física e mental dos consumidores. Os serviços são defeituosos quando não proporcionam a segurança esperada. Resta caracterizada a responsabilidade civil quando presentes três requisitos: o fato lesivo, o dano material ou moral e o nexo de causalidade. A responsabilidade pela prestação de serviço adequado e eficiente ao consumidor é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC. A exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado. A violação à integridade física da vítima gera ofensa ao direito da personalidade e configura dano moral puro. A humilhação e a dor sofrida por uma pessoa, ao ser física e injustamente agredida na frente de outras, por si só caracterizam dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, o 2º vogal.

Campo Grande, 22 de março de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Condomínio do *Shopping Center* Eldorado Campo Grande opõe embargos infringentes contra o acórdão proferido pela Terceira Turma Cível, que reformou a sentença de improcedência dos pedidos formulados na ação de indenização por danos morais ajuizada por Matheus Leite da Costa, representado por sua genitora, Yusgden Maria Leite Fialho, em virtude de ter sido agredido por alguns rapazes que lhe jogaram uma substância viscosa, com cheiro fétido, de cor amarelada que lhe causou falta de ar, ardência nos olhos e no rosto, bem como dano moral, haja vista que passou a ter receio em voltar ao *shopping*, em falar ou brincar com adolescentes, sono intranquilo, medo de dormir sozinho e receio de que alguém faça mal à sua mãe,

quando estiver de farda. Os fatos aconteceram na saída do banheiro feminino próximo à Loja Riachuelo, dentro do referido s*hopping*. A mãe do autor, que é policial e encontrava-se fardada no dia dos fatos, deteve alguns dos garotos e os encaminhou ao setor de segurança do estabelecimento, local onde posteriormente apareceu o chefe de segurança.

A sentença julgou improcedente o pedido, com base na tese de que não houve falha na segurança prestada pelo shopping. Interposto recurso de apelação, este foi provido por maioria, sob o argumento de que existiu nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta omissiva do shopping, bem como não houve a excludente de culpa exclusiva de terceiro, haja vista que apesar da conduta ter sido praticada por terceiros, que jogaram produto no autor, isso não descaracteriza o nexo, uma vez que a empresa não foi suficientemente diligente na prestação do serviço e deixou de conferir a segurança esperada dentro do estabelecimento.

Diante disso, o *shopping* opôs os presentes embargos, alegando que a segurança do estabelecimento agiu corretamente, pois prestou assistência ao embargado e sua mãe, o que pode ser confirmado através do depoimento da genitora, no qual constou ter sido "normal" o serviço de segurança. Alega não ter havido maus tratos ao menor, uma vez que esteve na companhia de seu pai, após os fatos, tampouco repercussão do dano para justificar o dano moral. Aduz a culpa exclusiva de terceiro, excludente de responsabilidade, devido ao ato ter sido praticado por terceiros e que por sê-lo imprevisível, se equipara a força maior ou caso fortuito. Defende a impossibilidade de vigilância em todos os espaços físicos do estabelecimento, principalmente dentro do banheiro, local de ocorrência do evento. Pugnou pelo conhecimento do presente recurso, fazendo-se prevalecer o voto vencido, proferido pelo Des. Ildeu de Souza Campos, que considerou a ausência de defeito na prestação de serviço de vigilância, por ter havido prestação de assistência imediata e devida.

O Procurador de Justiça em substituição legal (f. 274-280) manifestou-se favorável ao provimento dos embargos, aduzindo que a embargante somente poderia ser responsabilizada se tivesse se omitido na fiscalização das normas de segurança. Aduz que houve a devida e imediata assistência aos embargados; que, diante da razoabilidade, os serviços de segurança não conseguem prever todos os incidentes que possam ocorrer, sendo impossível estar presente em todos os lugares do estabelecimento e entende que a reparação de danos deveria ter sido ajuizada contra os adolescentes praticantes do ato.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Condomínio do *Shopping Center* Eldorado Campo Grande contra o acórdão de f. 239-248, da Terceira Turma Cível deste Tribunal, que reformou a sentença de improcedência dos pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada por Matheus Leite da Costa, representado por Yusgden Maria Leite Fialho.

A meu ver os presentes embargos não merecem acolhimento.

É que a questão a ser analisada neste recurso cinge-se em verificar se os serviços de segurança prestados pelo embargante foram ou não defeituosos em relação ao evento ocorrido no interior do estabelecimento e os danos daí advindos.

Com efeito, consoante se vê dos autos, a relação controvertida é de consumo, e a prova produzida demonstra que a prestação de serviço de segurança oferecida pela embargante foi defeituosa, uma vez que não

ofereceu a devida assistência aos embargantes e de modo a impedir a ocorrência do evento danoso, segundo as regras de consumo, previstas no art. 14 do CDC.

O que se percebe *in casu* é que o serviço de segurança que deveria ter sido prestado pela embargante, para evitar o evento danoso, na verdade, o foi pela genitora do embargado, que, por ser policial, deteve os rapazes praticantes do ato, sendo que somente após sua ação é que a equipe de segurança do estabelecimento foi acionada e a partir daí passou a desenvolver seu trabalho.

Segundo comentários ao Código de Defesa do Consumidor[1], a responsabilidade é objetiva nos acidentes de consumo envolvendo serviços e o dever de prestação de serviço sem defeito e sem causar dano ao consumidor é verdadeiro dever imperativo. Confira:

> A responsabilidade imposta pelo art. 14 do CDC é objetiva, independente de culpa e com base no defeito, dano e nexo causal entre o dano ao consumidor – vítima (art. 17) e o defeito do serviço prestado no mercado brasileiro. Com o CDC, a obrigação conjunta de qualidade-segurança, na terminologia de Antônio Herman Benjamin, isto é, de que não haja um defeito na prestação do serviço e consequente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor – destinatário final do serviço, é verdadeiro dever imperativo de qualidade[...].

Portanto, a embargante deixou de cumprir o dever imperativo de qualidade ao prestar o serviço necessário, sem a qualidade e segurança que é exigível ao consumidor para lhe evitar danos, desrespeitando, assim, as regras de consumo.

Presentes, portanto, na hipótese, todos os requisitos da responsabilidade civil e da obrigação de reparar, como o fato lesivo, o dano moral e o nexo de causalidade. O fato lesivo restou caracterizado pela agressão sofrida pelo menor no estabelecimento da embargante, na frente de outras pessoas, causando-lhe dano moral. E o nexo de causalidade também ficou demonstrado pela conduta omissiva da embargante na prestação de seu serviço, que não proporcionou a segurança esperada.

Os estabelecimentos comerciais são fornecedores de produtos e serviços, daí que têm o dever de manter a segurança devida e adequada, de maneira que não gere riscos e prejuízos aos clientes, de forma a manter sua integridade física e mental. O fato de terceiros terem praticado a conduta geradora do dano não incorre na excludente de responsabilidade, uma vez que a exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado, que não é o caso dos autos.

Sobre a existência ou não de dano moral in casu, destaca-se que a violação à integridade física da vítima gera ofensa ao direito da personalidade e configura dano moral. A humilhação e a dor sofrida por uma pessoa, ao ser física e injustamente agredida na frente de outras, por si só ferem a dignidade humana e, consequente, caracterizam dano moral. Nesse sentido, já se posicionou este Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **AGRESSÃO FÍSICA COMPROVADA - DANO MORAL CONFIGURADO** - INDENIZAÇÃO DEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO. (Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, DJ 20.10.2009, n. DJ 2069) destaquei

Assim, pelo exposto, nego provimento a estes embargos infringentes, para manter o acórdão e fazer prevalecer o voto vencedor proferido pelo Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, que condenou o embargante no pagamento de indenização por danos morais aos embargados.

---

1 Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Claúdia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2. ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2006.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de março de 2010.

***

Agravo n. 2009.017127-2 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS – PEDIDO LIMINAR – INDEFERIMENTO – REQUISITOS LEGAIS – "*FUMUS BONI JURIS*" E "*PERICULUM IN MORA*" – CONFIGURAÇÃO – EXPEDIÇÃO DE EDITAL E "COMUNICAÇÃO AO REGISTRO IMOBILIÁRIO" – POSSIBILIDADE – PODER GERAL DE CAUTELA – RECURSO PROVIDO.

A concessão de pedido liminar em ação cautelar depende da análise sumária dos seguintes requisitos: fumus boni juris e periculum in mora. O mero embaraço ao cumprimento de uma obrigação autoriza a propositura de ação cautelar de protesto contra alienação de bens, de sorte que a produção de prova robusta quanto a indícios de eventual e futura alienação de bens é prescindível, sob pena de distorção do Princípio da Instrumentalidade do Processo, mesmo porque "a realização do protesto não tem a finalidade maior de obstar a efetivação de negócios jurídicos, mas, sim, prevenir responsabilidades", segundo esta Corte de Justiça. No caso em exame, num juízo sumário, o fumus boni juri" está configurado, porquanto o autor demonstrou que os herdeiros foram impedidos de continuar a atividade mercantil, apesar da redação da cláusula 8ª do instrumento de contrato social; e o periculum in mora também está caracterizado, pois o réu pode alienar bens fraudulentamente, como já ocorreu em relação a um dos seus imóveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Espólio de Nelson Tomoyiki Nagamati, nos autos da ação cautelar de protesto contra alienação de bens que move contra Paulo Roberto Galvão, irresignado com o indeferimento do pedido liminar, interpôs este agravo de instrumento. Afirmou para tanto que o pedido liminar deve ser concedido, uma vez que o réu está a administrar a sociedade ao arrepio das disposições contratuais e legais.

Alegou também que a possibilidade de futura alienação de bens é patente, o que já ocorreu quanto a um imóvel pertencente ao réu Paulo Roberto e a sua esposa.

Em sede de cognição sumária, este relator concedeu em parte o pedido recursal liminar (f. 111), para que os editais fossem expedidos.

A juíza da causa prestou informações (f. 115). Na contraminuta recursal (f. 131-135), o réu pugnou pelo não provimento.

VOTO (EM 3.12.2009)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O Espólio de Nelson Tomoyiki Nagamati, representado pela viúva inventariante, Ida Maria Nagamati, ajuizou ação cautelar de protesto contra alienação de bens contra Paulo Roberto Galvão, com a pretensão de resguardar patrimônio de sociedade.

O julgador singular substituto indeferiu o pedido liminar. Confira (f. 72):

> E, no caso, em um exame preliminar em sede de cognição sumária, verifica-se, desde logo, que o pedido liminar formulado pela parte autora deve ser indeferido. Com efeito, não obstante os argumentos lançados pelo Rqte em sua petição inicial, não há nos autos, por ora, provas de que o Rqdo esteja se desfazendo dos seus patrimônios a fim de se furtar ao adimplemento das suas obrigações, tampouco contraindo empréstimos em nome da empresa que, segundo a exordial, administra irregularmente. Outrossim, em princípio, não restou demonstrado a alegada existência de vultuosa quantia em posse do requerido, (R$ 200.000,00) a qual 'deveria existir no caixa da empresa' (f. 6 - item 2.5), de modo que diante da inexistência de indícios de que o demandado pretenda alienar os bens noticiados na inicial, não há como ser deferida, nesse momento processual, a cautela pretendida[...] Ademais, em que pese o noticiado ajuizamento de ação de prestação de contas em face do requerido (n. 001.09.014029-0), gize-se que a medida cautelar de protesto contra alienação de bens, tal qual pretendido pela parte autora, é medida excepcional e extremada não podendo ser concedida com base em expectativa de êxito ao final de uma demanda, inclusive considerando que com a instrução do noticiado feito, permitindo-se a oitiva da parte contrária e possível vinda de documentos, o provimento final pode ser desfavorável ao ora requerente. Logo, diante dos documentos sobrevindos com a inicial e dos argumentos despendidos, neste estágio de cognição sumária não restaram demonstrados, a princípio, os requisitos legais para a concessão da medida cautelar. 3. Isso posto, desde logo, indefiro o pedido de liminar formulado pelo espólio de Nelson Tomoyiki Nagamati nesta medida cautelar de protesto contra alienação de bens que promove contra Paulo Roberto Galvão. No mais, cite-se o requerido para, querendo, apresentar defesa no prazo legal (5 dias) indicando, desde logo, as provas que pretendem produzir.

O autor interpôs este agravo de instrumento, onde afirma que o pedido liminar deve ser concedido, uma vez que o réu está a administrar a sociedade ao arrepio das disposições contratuais e legais. Alega também que a possibilidade de futura alienação de bens é patente, o que até já ocorreu quanto a um imóvel pertencente ao réu Paulo Roberto e a sua esposa.

É incontroverso que o falecido – Nelson Tomoyiki Nagamati – era um dos sócios da sociedade empresária Nagamati & Galvão Ltda., com titularidade de 50% das quotas. Outrossim, é incontroverso também que Paulo Roberto Galvão é titular da outra metade (50%) das quotas, conforme instrumento do contrato social da referida sociedade empresária.

Na inicial da ação cautelar, o Espólio alega que depois da morte de Nelson Tomoyiki Nagamati, o outro sócio – Paulo Roberto Galvão – passou a administrar a sociedade empresária ao arrepio da lei, sobretudo porque contraiu empréstimos indevidamente. Aduz que o os herdeiros estão sem receber qualquer parte do lucro oriundo da aludida sociedade.

É importante frisar que nesta fase inicial "o deferimento liminar de medida de cautela pode ser fundado em simples suspeitas, com prévia análise do 'fumus boni juris' e do 'periculum in mora'". (Ernane Fidélis. Manual de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautelar. 11. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 305).

Ou seja, é certo que a concessão da liminar em ação cautelar está sujeita à análise dos mesmos requisitos relativos ao mérito da causa assecuratória. No entanto, essa liminar em ação cautelar pode ser concedida mediante simples exame prévio e sumário de constatação de tais requisitos: do fumus boni juris e do periculum in mora. Em caso análogo, esta Corte de Justiça decidiu:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – LIMINAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – POSSIBILIDADE. A concessão de liminar em ação cautelar depende da análise sumária dos seguintes requisitos: fumus boni júris e periculum in mora. (TJMS, AgRg em Ag n. 2008.031013-2/0001-00, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 11.11.2008).

No caso, num juízo sumário, o fumus boni juris está configurado, porquanto o autor demonstrou que os herdeiros foram impedidos de continuar a atividade mercantil, apesar da redação da cláusula 8ª do instrumento de contrato social. O periculum in mora também está caracterizado, pois o réu pode alienar bens fraudulentamente, como já ocorreu (f. 76, verso).

Logo, o pedido liminar efetuado na petição inicial da ação cautelar deve ser deferido, especialmente porque os requisitos instituídos no artigo 870 do Código de Processo Civil estão devidamente configurados, razão pela qual a expedição dos editais e a comunicação ao cartório imobiliário competente da existência desta ação cautelar são medidas que se impõem.

Em situações semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça julgou:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. MEDIDA DEFERIDA. PUBLICAÇÃO DE EDITAL E AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO NEGOCIAL EM RELAÇÃO AO BEM IMÓVEL. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. 1. O protesto contra a alienação de bens visa resguardar direitos e prevenir responsabilidade, mas não impede a realização de negócios jurídicos. 2. "A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes (Corte Especial, REsp n. 440.837/RS). 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ, MS n. 28.290, RN, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5-5-2009).

> Direito processual civil. Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. O poder geral de cautela do juiz, disciplinado no art. 798 do CPC, é supedâneo para permitir a averbação, no registro de imóveis, do protesto de alienação de bens, e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, servindo, desse modo, como advertência a pretendentes à aquisição dos imóveis do possível devedor, resguardando, portanto, os interesses de eventuais adquirentes e do próprio credor. Precedente da Corte Especial. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 695.095, PR, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 26.10.2006).

Quanto à averbação do protesto à margem da respectiva matrícula perfilo com aqueles que entendem ilegal, especialmente diante da atual Lei dos Registros Públicos, que não prevê tal modalidade de averbação, bem como também por traduzir-se em oneração desnecessária, bastando apenas que se de ciência ao oficial registrador para que na eventualidade de qualquer ato de transmissão seja dado conhecimento ao terceiro, alcançando com isso a finalidade do protesto.

A título de obter *dictum*, é de se observar que o mero embaraço ao cumprimento de uma obrigação autoriza a propositura de ação cautelar de protesto contra alienação de bens, de sorte que a prova de indícios de eventual e futura alienação de bens é prescindível. O contrário inviabilizaria a própria instrumentalidade do processo, ideal hodierno.

Isso porque "a realização do protesto não tem a finalidade maior de obstar a efetivação de negócios jurídicos, mas sim prevenir responsabilidades" (TJMS, AC n. 2008.013684-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 26.2.2009). Ou seja, a concessão da liminar não significa impedimento absoluto à alienação do bem.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar seja comunicada a existência desta ação cautelar no respectivo registro, confirmada a concessão liminar do pedido recursal quanto à expedição dos editais direcionados a terceiros e comunicação.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO 1º VOGAL, DES. VLADIMIR ABREU DA SILVA, APÓS O RELATOR PROVER O RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.12.2009)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (1º Vogal)

Adoto posição diversa do relator quanto à possibilidade de averbação do protesto contra a alienação de bens na matrícula do respectivo imóvel.

O artigo 246 da Lei n. 6.015/73 dispõe que, além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências de, por qualquer modo, alterem o registro. O artigo 247 da mesma Lei, por sua vez, afirma que se averbará, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista em lei.

Assim, pela redação dos artigos acima mencionados, fica claro que o rol do artigo 167, II, da Lei de Registros Públicos não é exaustivo.

Uma das características e utilidade da averbação é tornar público dado sobre o imóvel que possa influenciar na propriedade ou na posse caso algum interessado venha adquiri-lo. Um pretenso comprador deve ter ciência das pendências que recaem sobre o imóvel.

Portanto, uma vez informado por ofício ao delegatário do Serviço de Registro de Imóveis o protesto contra alienação de bens, este deverá cientificar a quem requerer informações de sua existência.

Na prática, impossibilitada a averbação, o ofício será anexado por clipe à ficha da matrícula, o que, atualmente, cuja providência se mostra inadequada, principalmente considerando que há uma crescente

tendência à informatização dos serviços extrajudiciais. Por fim, o resultado útil, tanto do ofício anexado à ficha da matrícula, quanto da averbação, é o mesmo, dar publicidade ao ato que tenha relação direta com a propriedade do bem imóvel.

Assim, não há motivo para impedir a averbação.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu neste sentido:

> Direito processual civil. Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário.
>
> - O poder geral de cautela do juiz, disciplinado no art. 798 do CPC, é supedâneo para permitir a averbação, no registro de imóveis, do protesto de alienação de bens, e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, servindo, desse modo, como advertência a pretendentes à aquisição dos imóveis do possível devedor, resguardando, portanto, os interesses de eventuais adquirentes e do próprio credor. Precedente da Corte Especial.
>
> Recurso especial não conhecido.[2]
>
> PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. AVERBAÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. ADMISSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ.
>
> - A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes. (REsp n. 146.942-SP).
>
> Recurso especial conhecido, ao qual se nega provimento.[3]
>
> CIVIL. PROTESTO JUDICIAL. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA.
>
> 1 - A averbação no cartório de registro de imóveis, de protesto judicial, contra alienação de bens, insere-se no poder geral de cautela do juiz, justificando-se pela necessidade de levar a terceiros o conhecimento do ato, prevenindo litígios e prejuízos de eventuais adquirentes.
>
> 2 - Recurso improvido.[4]

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento em maior extensão para determinar, também, a averbação do protesto contra alienação de bens nas matrículas dos imóveis de propriedade do agravado.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

2 STJ, REsp n. 695.095/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 26.10.2006, DJ 20.11.2006.

3 STJ, REsp n. 440.837/ RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 3.4.2003.

4 STJ, REsp n. 14.184, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 3.4.2003.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.020765-6 – Jardim
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – INDENIZAÇÃO – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – VEÍCULO APREENDIDO – SUICÍDIO DO PROPRIETARIO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em cerceamento de defesa, quando a prova testemunhal não produzida mostra-se dispensável diante do conjunto probatório dos autos. Os requisitos básicos da responsabilidade civil são: conduta humana, dano e nexo causal entre eles. Quando a responsabilidade civil estatal lastrear-se em conduta omissiva da Administração Pública, deve o autor demonstrar a culpa do agressor (teoria subjetiva da faute de service). No caso em exame, os autores não demonstraram que a morte do esposo e pai dos apelantes foi produzida por conduta atribuída aos agentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Ana Claudia Birck Durigon e os menores Luis Fernando Birck Durigon e Paula Carolina Durigon, apelam da sentença de improcedência prolatada nos autos da ação Ordinária de Perdas e Danos Materiais, Danos Morais e Lucros Cessantes, que promovem em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustentam, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, por ter o juiz da causa proferido julgamento antecipado da lide; que foram arroladas testemunhas a serem inquiridas em audiência de instrução; que por constituir tal prova extensão do princípio da ampla defesa, não poderia ser rechaçada contra a vontade da parte interessada. No mérito, alegam que a responsabilidade do Estado surge automaticamente pela demora na prestação dos serviços essenciais; que a causa da morte da vítima Marcelo Durigon, esposo e pai dos apelantes, se deu em virtude da falta, do atraso ou mau funcionamento do serviço prestado, caracterizando a culpa e a responsabilidade do Estado, bem como o nexo causal.

Pugnam pela nulidade da sentença, ou ainda, no mérito, pela sua reforma, para que seja declarada a responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul pela morte da vítima Marcelo Durigon, culminando na procedência total dos pedidos lançados na inicial.

Em contrarrazões (f. 162-171), o Estado de Mato Grosso do Sul afirma que não há falar em cerceamento de defesa, já que ambas as partes pugnaram de forma genérica pela produção de provas (f. 123), tendo sido deferido o prazo de 10 dias para a especificação e justificação das provas que pretendiam produzir; que, entretanto, depois de intimados, os apelantes quedaram-se inertes, operando assim os efeitos da preclusão. No mérito, afirma que a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, uma vez que no caso em tela deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva; que diante da ausência de comprovação de culpa dos agentes estatais e da inexistência de nexo de causalidade, não há falar em dever de indenizar. Ao final, pugna pelo desprovimento do recurso, a fim de manter incólume a sentença recorrida.

O Ministério Público (f. 178-191) opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ana Claudia Birck Durigon, Luis Fernando Birck Durigon e Paula Carolina Durigon em face do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a nulidade ou a reforma da sentença que julgou improcedente os pedidos formulados na ação de indenização por perdas e danos materiais e morais.

Pelo que se extrai da petição inicial e do recurso de apelação, em 25.10.2003, Marcelo Durigon - marido e pai dos apelantes - teve seu veículo apreendido em virtude da prática de direção perigosa. Após a apreensão, os policiais levaram o veículo ao pátio do 11º batalhão da polícia militar de Jardim-MS. Algum tempo depois, Marcelo dirigiu-se ao local em que se encontrava o veículo, a fim de tomar providências atinentes a sua liberação; que quando percebeu que não poderia obter a liberação naquele momento, continuou em frente ao 11º BPM, dizendo para as pessoas ali presentes que estava envergonhado e revoltado, e que iria explodir o carro e atear fogo em si; que, em seguida, dirigiu-se até o pátio do 11º BPM, onde abriu o capô do seu veículo e soltou a mangueira de combustível, espalhando gasolina no motor, ascendendo em seguida um isqueiro; que, entretanto, o veículo não pegou fogo; que, posteriormente, dirigiu-se a um posto de combustível e comprou um galão de gasolina e retornou ao pátio do batalhão de polícia, subiu no capô do veículo apreendido e espalhou todo líquido inflamável que havia adquirido e ateou fogo em si próprio e em seu veículo, causando graves ferimentos que o levou a óbito.

No intuito de justificar os pedidos de indenizações, os apelantes sustentam que o Estado apelado, através dos policiais do 11º BPM, incorreu em omissão, pois, apesar de Marcelo Durigon ter dito que iria se "suicidar" e ter adentrado no pátio onde estava o seu veículo, por duas vezes, em momento algum foi impedido pelos policiais.

Inicialmente, no que se refere à preliminar de cerceamento de defesa, arguida pelos apelantes, entendo que não merece prosperar.

A insurgência dos apelantes consiste na alegação de que, como pretendiam produzir prova testemunhal, houve cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide.

Pois bem. Não se pode olvidar que em nosso ordenamento a prova se destina ao Juízo, vigorando o princípio do livre convencimento motivado, expressamente previsto no art. 131 do CPC, sendo assim, não basta a apresentação de provas, pois estas estão sujeitas à valoração de seu conteúdo probatório. Sobre essa

questão, escreve João Batista Lopes,[5] com precisão costumeira:"Em última análise, um fato só se considera provado no momento em que o juiz o admite como existente ou verdadeiro, isto é, o juiz, como destinatário da prova, é quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato".

Desta forma, analisando os fundamentos da sentença, resta claro que seja qual fosse o conteúdo do testemunho das testemunhas arroladas pelos apelantes, quando ouvidas pelo Juízo, não seria suficiente a convencê-lo, dada a existência de outros elementos de convicção extraídos dos autos.

Frise-se que do rol apresentado à f. 10, apenas Thiago Ivahara Oseko e Marcelo Barbosa de Castro, segundo os depoimentos prestados durante o inquérito policial, estiveram com a vítima no pátio do 11º BPM, antes deste último atear fogo em si e no seu veículo. Portanto, por terem presenciado os fatos, poderiam dizer que houve ou não omissão do apelado.

Ocorre que, em conformidade com o depoimento de Thiago Ivahara Oseko prestado na fase do inquérito policial (f. 31), a vítima estava em frente do quartel, sentado na mureta, oportunidade em que se aproximou para tentar acalma-lo; que os policiais que haviam apreendido o veículo da vítima teriam saído para atender outra ocorrência, quando a vítima dirigiu-se até o veículo e tentou atear fogo sem sucesso; que naquele momento chegou Marcelo Barbosa de Castro, que o convenceu a ir embora; que Thiago comunicou o ocorrido ao SD PM Franco e também foi embora.

Ora, se a vítima estava do lado de fora do pátio anunciado que colocaria fogo no seu veículo, e depois de uma primeira tentativa foi embora na companhia de um colega de serviço, não era de se esperar que retornasse a fim de cumprir o prometido. Assim, dadas as circunstâncias, a oitiva de testemunhas, conforme pretendido pelos apelantes, mostrou-se dispensável. Nesse sentido, veja-se precedentes deste Tribunal:

> O fato de o julgador entender desnecessária a produção de prova oral não induz à nulidade do julgamento antecipado da lide, porque não está ele obrigado a deferir todas as provas requeridas pelas partes, a teor do que dispõem os artigos 130 e 131 do CPC, sobretudo em se tratando de prova testemunhal, que requer razão plausível a justificar sua produção. (TJMS, AC n. 2006.007343-4, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 7.5.2009).

Sendo assim, não há que se falar em nulidade da sentença, em virtude do julgamento antecipado.

No mérito melhor sorte não assiste aos apelantes.

Como é sabido, a responsabilidade civil fundada em alegação de omissão do Estado (sentido amplo) é subjetiva, de maneira que a vítima deve sempre provar a culpa do agressor. Assim, a vítima tem sempre o ônus de provar a culpa do ente estatal. Nesse sentido confira a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindido-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais –, exige o discrímen de três situações distintas, a saber: b) Danos por omissão do Estado. 53. Quando o dano foi em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. (**Curso de Direito Administrativo.** 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 996 e p. 997).

5 *in* **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 53.

Portanto, no caso versado, trata-se da chamada responsabilidade subjetiva, uma vez que os apelantes sustentam que o Estado foi omisso quando não impediu que a vítima, pai e esposo dos apelantes, cometesse suicídio ateando fogo ao próprio corpo e ao carro que se encontrava apreendido no pátio da polícia militar.

Ocorre que, para configurar a responsabilidade civil, um dos pressupostos é a existência de nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. Daí que, quando se verificar a culpa do lesado, ao invés de culpa do Estado, faltará o nexo causal a ensejar a responsabilidade. Com efeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ocorre quando a vítima ou o terceiro é o próprio causador do prejuízo e não o Estado, não existindo a relação de causa e efeito entre o dano e a ação estatal.

Cumpre aqui destacar o que foi relatado pela apelante, esposa da vítima, ao Delegado de Polícia do 1º Distrito Policial de Jardim-MS (f. 37):

> [...] Que, às 22:50 hs, a declarante chegou ao quartel da PM, deparou com um policial que estava na frente do quartel, do qual a declarante indagou onde estava Marcelo, o policial apontou na direção do pátio dizendo "tá lá o, em cima do carro", a declarante imediatamente dirigiu-se até o onde Marcelo estava, dizendo ao mesmo "desce daí e vamos embora para casa" e teve como resposta "vai embora"; Que, a declarante ao retornar para o interior do quartel, estava chegando uma viatura da PM, momento em que a declarante ouviu um grande estrondo proveniente da direção onde Marcelo estava, aí a declarante pode constatar que o veículo de Marcelo estava em chama, bem como ele próprio; que, os policiais retiraram suas gandola e com esta abafaram o fogo do corpo da vítima (Marcelo)[...]

No caso vertente ficou comprovado que nem mesmo familiares da própria vítima conseguiram impedir que esta cometesse suicídio. Portanto, ao revés do que alegam os apelantes, a morte não foi em decorrência da falta, demora ou mau funcionamento do serviço dos agentes, já que os agentes tomaram todas as providências possíveis e exigidas naquela situação, tanto que assim que constataram que a vítima pretendia se suicidar, chamaram os policiais que haviam saído em diligência.

Assim, tenho que os agentes não podiam se precaver de forma absoluta contra o suicida. Ademais, pelos documentos residentes nos autos não se pode imputar ao Estado a responsabilidade pela morte do pai e esposo dos apelantes, uma vez que o comportamento do suicida se mostrou totalmente imprevisível. Importante destacar que o Estado cumpriu seu dever quando apreendeu o veículo da vítima, por estar em situação irregular, fato este incontroverso nos autos.

Ademais, como bem destacou a Procuradoria Geral de Justiça oficiante: in verbis: "[...] É evidente que, trazendo consigo uma significativa quantidade de gasolina, o falecido agiu de forma propositada para que ninguém o visse aproximar-se do veículo, pois, caso contrário, naturalmente seria imediatamente abordado pelos agentes e demais servidores que eventualmente estivesse no local, pois não é admissível que ele tivesse entrado no pátio portando gasolina sem que ninguém o tivesse questionado. Ocorreu que, quando se teve conhecimento que a vítima entrou no pátio portando gasolina, Marcelo já se encontrava sobre o capô de seu veículo" (f. 186).

A apreensão de um veículo não determina, por si só, que uma pessoa se suicide. Tal ato depende da exclusiva vontade enferma do suicida. Da mesma sorte, se não existe culpa ou não existe o liame de causalidade entre a conduta culposa e o dano, não merece provimento o pleito indenizatório.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, com clareza e precisão, afirma que "sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única."

Nesta linha, afirma-se que, "para a definição da responsabilidade civil do Estado (no caso), é necessário que se indique, de maneira clara, a culpa com que agiu seu preposto, seu representante. Entrever essa culpa no ato tresloucado da vítima, decididamente, é ir muito longe. O suicida tem meios fáceis e impossíveis de se prevenir à obtenção do resultado."

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

***

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2005.016651-6/0001-00
Ponta Porã - Segunda Seção Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – ENERGIA ELÉTRICA – ATO COATOR – REAVISO DE VENCIMENTO SUJEITO A CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO – POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DO SERVIÇO MEDIANTE AVISO PRÉVIO – LEGALIDADE – ART. 6º, § 3º, II, DA LEI N. 8.987/95 – RELATIVIZAÇÃO DO ART. 22 DO CDC – EMBARGOS PROVIDOS.

Ante a possibilidade de suspensão no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento, desde que previamente comunicado, não há que se falar em ilegalidade do "Reaviso de Vencimento Sujeito a Corte por Falta de Pagamento", ou mesmo do corte realizado após tal notificação.

Ausente a violação a direito líquido e certo, a denegação da segurança é medida que se impõe.

Recurso provido para prevalecer o voto dissidente – pela manutenção da sentença de primeiro grau que denegou a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Ausente, por férias, o 1º vogal.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2009.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. interpõe embargos infringentes contra o acórdão proferido pela Colenda 1ª Turma Cível que, por maioria, nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso de apelação apresentado por Panificadora Sabores do Trigo, contra a decisão proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por esta em seu desfavor.

Alega, em síntese, que deve prevalecer o voto dissidente do vogal Des. Josué de Oliveira, que entendeu pela possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ante o incontroverso inadimplemento da embargada.

Aduz que o acórdão embargado reformou a sentença proferida no mandado de segurança para conceder a ordem pleiteada, impedindo definitivamente o corte no fornecimento de energia elétrica como forma de coação para o pagamento da dívida da panificadora.

Argumenta que o referido entendimento não pode prevalecer, sob pena de conceder ao usuário inadimplente uma chancela judicial para que continue não pagando as faturas decorrentes do consumo de energia. Afirma, ainda, que a questão já restou pacificada pelos Tribunais Superiores, sendo reconhecida a legalidade da suspensão do fornecimento de energia nos casos de inadimplemento, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95.

Ao final, pugna pelo provimento dos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencido proferido no julgamento do recurso de apelação. Prequestiona o art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95 e art. 476 do CC.

A parte embargada apresentou contrarrazões às f. 235-246, postulando pelo improvimento dos embargos.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

De início, verifica-se que o ato tido como coator nos presentes autos se refere a "Reaviso de Vencimento Sujeito a Corte por Falta de Pagamento", onde a concessionária de serviço público informou que o não pagamento do débito no prazo de 15 dias ensejaria a suspensão da prestação do serviço.

Pretende a embargante a prevalência do voto vencido, da lavra do relator Des. Josué de Oliveira, que negava provimento ao recurso de apelação da embargada por entender que não é ilegal a suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento.

A meu ver, o recurso deve ser provido.

Extrai-se dos autos ser incontroverso o fato de que a embargada foi cientificada extrajudicialmente pela concessionária, que a informou sobre a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia, oportunizando-lhe um prazo para a quitação do débito.

Nesse diapasão, considero lícito o dispositivo do art. 75 da Portaria 466/97, quando prevê a suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento do consumidor, que foi precedido de aviso prévio, oportunizando ao usuário o exercício do devido processo legal, seja judicial ou administrativo, por força do que dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o que se constata dos autos.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Pátrios:

> CIVIL E PROCESSUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CORTE DE FORNECIMENTO DE POR ATRASO DE PAGAMENTO – ESTABELECIMENTO COMERCIAL – FALTA DE AVISO PRÉVIO – DECRETO N. 774, DE 18.3.1993, LEIS N. 8.631/93, N. 8.987/95 E N. 8.078/90 – DANO MORAL
>
> I. Pode a empresa concessionária suspender o fornecimento de energia elétrica em face de atraso no pagamento de conta pelo usuário, porém deve fazê-lo mediante prévia comunicação do corte, nos termos do art. 6º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.987/93 [...] (STJ, REsp n. 285262, MG, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 17.2.2003).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. MATÉRIAS INSERTAS NO ARTIGO 90, I E PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 95 DA RESOLUÇÃO DA ANEEL. FALTA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI N. 8.987/95.

[...]

3. O artigo 22 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que: "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

4. Esta Corte preconiza que o princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei n 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 772781/RS (2005/0132273-8), Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 20.9.2005, unânime, DJ 10.10.2005).

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR OBTIDA PELA ENERSUL – DECISÃO QUE SUSPENDE DETERMINAÇÃO DE PROIBIÇÃO DA COBRANÇA DE VALORES PELO CONSUMO IRREGULAR DE ENERGIA ELÉTRICA E DE CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA DAQUELES QUE A UTILIZAM MEDIANTE NOS MEDIDORES – RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM JURÍDICA, SAÚDE E ECONOMIA PÚBLICA E AO FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – POSSIBILIDADE DE ESTIMULAÇÃO À INADIMPLÊNCIA E FURTO DE ENERGIA – FUNDAMENTOS JURÍDICOS PRESENTES – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.

Fazendo-se presentes os fundamentos jurídicos para cessar a eficácia da decisão antecipatória de tutela, quais sejam, grave lesão à ordem jurídica, à economia, à saúde pública, ao funcionamento do serviço de fornecimento de energia elétrica, à preservação do equilíbrio econômico do contrato de concessão, e presente, ainda, o "efeito multiplicador" da decisão, conjugada à impossibilidade da cobrança retroativa e cumulativa dos usuários que deixariam de pagar pela energia e de suspender o fornecimento desta quando constatada nos medidores, suspensa por uma decisão com caráter provisório, passível de alteração e revogação, a suspensão é medida que se impõe.

Proibindo a decisão do juízo de primeiro grau o corte do fornecimento da energia elétrica e a cobrança dos valores e tarifas incidentes retroativamente em virtude de fraudes constatadas, resta comprometida a ordem jurídica, em razão da possibilidade de incentivo a uma situação ilícita, o que estimula a mora, a inadimplência e o furto de energia elétrica, privilegiando consumidores inadimplentes e que cometem fraudes e desvios." (AgRg em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2006.019259-0/0001-00, Campo Grande, Tribunal Pleno, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 13.12.2006).

REPARAÇÃO DE DANOS - NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA - CONSUMO INFERIOR AO REAL - COBRANÇA DAS DIFERENÇAS APURADAS - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO USUÁRIO INADIMPLENTE - ADMISSIBILIDADE - INTERESSE DA COLETIVIDADE.

É possível efetuar o corte do fornecimento de energia elétrica, com fulcro na inadimplência do usuário, que se vale de meio fraudulento para registrar em seu medidor consumo menor do que o real, sob pena de colocar o fornecedor impossibilitado de cumprir a sua parte, no caso de falta de cumprimento por parte do usuário. A responsabilidade civil tem assento na prova de certos e determinados requisitos, sem os quais não decorre a obrigação de indenizar, e não infringindo a concessionária de energia elétrica a norma jurídica, não há dano moral a ser indenizado. (AC n. 1.0702.02.002698-6/001, Oitava Câmara Cível do TJMG, Uberlândia, Rel. de Paula, julgado em 27.6.2005, unânime, DJ 15.9.2005).

ADMINISTRATIVO. COBRANÇA. CONSUMO. SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. FRAUDE NO MEDIDOR. POSSIBILIDADE. É legítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude da inadimplência de usuário quanto à sua obrigação de pagamento de tarifa remuneratória, após a constatação pela concessionária - Cemig - de irregularidades no medidor de consumo através de perícia técnica comprobatória de violação do referido medidor. (AC n. 1.0024.03.146380-5/001, Sétima Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Belizário de Lacerda, julgado em 22.11.2005, maioria, DJ 23.2.2006).

Se a concessionária de energia elétrica é autorizada a cortar o fornecimento de energia em caso de constatar fraude no medidor (art. 75, Portaria n. 466/97- DNAEE), para isso se dar, no entanto, deve notificar o suposto infrator da fraude constatada e do valor encontrado para a situação, a fim de o consumidor poder defender-se do fato, sem o que, o corte não pode ser feito. (ReexSent n. 70.623-4, Corumbá, Primeira Turma Cível, Rel. Exmo. Sr. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 23.5.2000).

Fornecimento de energia a residência equipara-se a serviço 'uti singuli' ou individual que tem usuário facultativo e determinado, particular e mensurável. O não-pagamento da conta em atraso, após indispensável aviso prévio, implica sujeição a interrupção por parte do fornecedor. (AC, Classe B - XXI, 611665, Nova Andradina, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 10.5.2000, DJMS, 8.8.2000, pag. 10).

O posicionamento da jurisprudência frente à Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, disciplina nos incisos I e II do § 3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Diante disso, a continuidade do serviço público, assegurada pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, constitui garantia limitada pelas disposições da Lei n. 8.987/95, que, em nome justamente da preservação da continuidade da prestação dos serviços à universalidade de consumidores, permite, em algumas hipóteses, a suspensão no seu fornecimento.

Neste contexto, cumpre ressaltar o ensinamento de Maria D'Assunção C. Menezello, no trabalho intitulado Código de Defesa do Consumidor e a Prestação dos Serviços Públicos, publicado na Revista Direito do Consumidor, número 19, páginas 234 e 235, Revista dos Tribunais:

> [...] Legalizou-se, pois, aquilo que grande parte da doutrina já havia consagrado desde a publicação do Código de Defesa do Consumidor. O do de um serviço público pelo inadimplemento das obrigações do usuário é plenamente lícito"
>
> [...]
>
> Parece-nos inquestionável, até pelo próprio princípio da continuidade dos serviços públicos, a possibilidade do prestador de serviços, após comunicação prévia ao consumidor, efetuar o pagamento devido. Porque, se assim não ocorrer, gera-se para o consumidor inadimplente um benefício financeiro ilícito à custa dos demais usuários do serviço.
>
> Em nenhum momento o sistema jurídico privilegia o mau pagador. Porque, se assim fosse, o concessionário do serviço não poderia em nenhum momento realizar manutenção, melhoria, modernização ou ampliação das instalações ou da rede [...].

Diante do exposto, dou provimento aos presentes embargos infringentes, para reformar o acórdão embargado, devendo prevalecer o voto dissidente do Des. Josué de Oliveira, que acompanhou o parecer da Procuradoria de Justiça e negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença de primeiro grau que denegou a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 1º 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. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Oswaldo Rodrigues de Melo, Ildeu de Souza Campos e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2009.

***

Mandado de Segurança n. 2008.029259-7 - Capital
Segunda Seção Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PENSÃO POR MORTE – SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO – MAIOR CURSANDO ENSINO SUPERIOR – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 9.250/95 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ACESSO À EDUCAÇÃO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA.

Não há falar em ilegitimidade da autoridade impetrada quando esta, ao prestar as informações e defesa, contesta o mérito da pretensão, em observância à teoria da encampação.

Os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico devem prevalecer sobre as normas e, in casu, tenho que a legislação estadual vai de encontro com o princípio do acesso à educação, e até mesmo da dignidade da pessoa humana, pois se omite em relação aos beneficiários que atingem a maioridade cursando o ensino superior, o que permite a aplicação analógica a outros diplomas legais, como por exemplo a Lei n. 9.250/95.

O ato praticado pela autoridade impetrada ofende o direito líquido e certo da impetrante ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional. Ilegalidade consistente na violação aos arts. 1º, III, 6º e 205 da CF.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a segurança.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Daiany Pereira Pael impetra o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Gestão Pública de Mato Grosso do Sul, consistente na suspensão do benefício de pensão temporária percebida em razão da morte de seu genitor, pelo fato de haver completado 18 anos.

Alega, em síntese, que seu pai faleceu em 9.12.2004 e, a partir de então, passou a receber pensão no valor de R$ 1.709,21 (mil setecentos e nove reais e vinte e um centavos), que foi repassada à impetrante até o mês de maio de 2008, sendo que no mês de julho de 2008 – quando completou 18 anos – recebeu o valor equivalente a R$ 259,39 (duzentos e cinqüenta e nove reais e trinta e nove centavos), correspondente à data de seu aniversário, em 5.7.2008.

Ressalta que o ato coator viola direito líquido e certo da impetrante, pelo fato de haver obtido a concessão da pensão com base no art. 40, caput e parágrafos 2º e 7º, inciso II, da Constituição Federal, com as alterações dadas pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003; art. 2º, II, da Lei Federal n. 10.887/2004 e art. 6º, II e 23, II, alínea "a" da Lei Estadual n. 2.207/00, com as alterações da Lei Estadual n. 2.590/2002.

Afirma que é estudante universitária do curso de Direito na Universidade Para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP, não exercendo atividade laboral, razão pela qual depende dessa pensão para arcar com o pagamento dos estudos e demais despesas.

Sustenta flagrante inobservância aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

Pugnou pela concessão da liminar, para que fosse restabelecido o pagamento da pensão e, ao final, pela concessão da ordem, permitindo que a impetrante continue recebendo o valor da pensão até completar 24 anos.

A liminar foi concedida às f. 35-37, determinando o imediato restabelecimento do pagamento da pensão à impetrante.

As informações foram prestadas às f. 42-59, alegando, em síntese: a impossibilidade de prorrogação da pensão por morte até que beneficiário complete 24 anos, em razão do disposto na legislação pertinente; a vedação dos regimes próprios concederem benefícios além do que determina o regime geral, e este, por sua vez, não prevê a hipótese da concessão da pensão por morte para filho de até 24 anos que esteja frequentando curso superior; a alteração da redação do art. 6º da Lei n. 2.207/00 pela Lei n. 2.590/02, reduzindo para 18 anos a idade limite do beneficiário.

Às f. 135-141 o Estado informou o cumprimento da liminar e, por ser matéria de ordem pública, arguiu preliminar de ilegitimidade passiva da Secretária de Estado de Administração, que entende ser do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 148-158, opinando pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pela concessão da segurança.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Daiany Pereira Pael, contra ato praticado pela Secretária de Estado de Administração, consistente na suspensão do pagamento da pensão que recebia pelo falecimento de seu genitor, em razão de ter completado 18 anos de idade.

Perfunctoriamente, há que se admitir a legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul para compor o pólo passivo da presente ação mandamental, visto que, segundo a lição de Celso Agrícola Barbi, e tendo em vista a orientação jurisprudencial e doutrinária que equipara o mandado de injunção ao mandado de segurança,

enquanto pendente de lei a regulamentar o presente writ, "a nosso ver, a razão está com Seabra Fagundes, Castro Nunes e Themístocles Cavalcanti: a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem capacidade de ser parte do nosso direito processual civil. A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a pedidos de informações à autoridade coatora significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como representante daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte".[1]

Da preliminar de ilegitimidade passiva

A preliminar de ilegitimidade passiva deve ser afastada.

Inicialmente, como bem apontou o Ministério Público em seu parecer, o Fundo de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul – MS-PREV é um fundo patrimonial, sem personalidade jurídica, vinculado à Secretaria de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos, consoante dispõe o art. 80, IV, da Lei n. 2.207/00[2].

Ademais, não há que se alegar a ilegitimidade passiva da impetrada após esta ter contestado o mérito do mandamus, em observância à teoria da encampação. Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE EQUIPAMENTO PELOS AGENTES FAZENDÁRIOS – UTILIZAÇÃO DE MÁQUINA DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO SEM AUTORIZAÇÃO DO FISCO – APLICAÇÃO DE MULTA CONDICIONANDO O PAGAMENTO À LIBERAÇÃO DO BEM – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – ENCAMPAÇÃO DO ATO – PRELIMINAR REJEITADA – CONDENAÇÃO DO ESTADO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA 105 DO STJ. (AC n. 2009.005207-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 10.11.2009).
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO ESTADUAL – LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS – ILEGALIDADE – CONFRONTO COM A SÚMULA N. 323, DO STF – SEGURANÇA CONCEDIDA.
>
> Se a autoridade apontada como coatora, ao prestar informações, adentra no mérito da causa e defende a legalidade do ato, passa ela a ter legitimidade para figurar no pólo passivo do mandamus, por aplicação da teoria da encampação.
>
> A apreensão de mercadorias pelo Fisco, com o fito de forçar o pagamento de tributos e multas constitui ato ilegal e abusivo, merecendo correção, via mandado de segurança." (MS n. 2009.004459-7, Segunda Seção, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 13.7.2009).
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO ILEGAL DE MERCADORIAS – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO

1 BARBI, Celso Agrícola. Apud PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. São Paulo: RT. 4. ed. 2002. p. 246.

2 Art. 80. O Fundo de Previdência Social será gerido: [...] IV - na executiva, por unidade administrativa integrante da estrutura da Secretaria de Gestão de Pessoal e Gastos.

DE FAZENDA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MÉRITO – INCIDÊNCIA DO VERBETE 323 DO STJ – CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE.

Conforme a jurisprudência do STJ, o Secretário da pasta Estatal é parte legítima para figurar no polo passivo da impetração, caso preste informações defendendo o mérito do ato impugnado, aplicando-se à hipótese a teoria da encampação.

A Suprema Corte já estabilizou em seu verbete 323 ser inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Bem por isso, demonstrado o desvirtuamento da apreensão como meio de coação alheio as formas legais de penalização, atitude em momento algum contraditada eficazmente pela autoridade coatora, a liberação das mercadorias, mediante concessão de mandado de segurança é medida que se impõe. (MS n. 2009.010367-1, Primeira Seção, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 1º.6.2009).

O Superior tribunal de Justiça já sedimentou:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. GRATIFICAÇÃO JUDICIÁRIA E GRATIFICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PAGAMENTO. SUSPENSÃO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

I - De acordo com a jurisprudência remansosa deste e. STJ, aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade apontada como coatora não se limita a argüir a ilegitimidade passiva, e promove a defesa do ato impugnado em suas informações.

II - In casu, o e. Tribunal a quo, ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, em face das ora recorrentes, não considerou que o Presidente daquela c. Corte - contra quem o mandamus havia sido impetrado - sequer cuidou de suscitar sua ilegitimidade, defendendo outrossim o ato atacado.

Recurso ordinário provido para, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, determinar o retorno dos autos à origem, para novo julgamento, conforme se entender de direito. (MS n. 29378/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Feliz Fischer, julgado em 3.9.2009).

Por tais razões, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

Do mérito

Tenho que a ordem deve ser concedida.

Restou demonstrado que a impetrante, desde 14.3.2005, vinha percebendo pensão pelo falecimento de seu genitor, Walmir Leal Pael, que exercia o cargo de auxiliar de secretaria do Ministério Público Estadual, com base no art. 40, caput, §§ 2º e 7º, II, da CF, com as alterações dadas pela EC 41/03, art. 2º, II, da Lei Federal n. 10.887/04 e art. 6º, II e 23, II, "a", da Lei Estadual n. 2.207/00, com as alterações advindas da Lei estadual n. 2.590/02 – Processo n. 10/326/2005.

O benefício, no importe de R$ 1.709,21 (mil setecentos e nove reais e vinte e um centavos), foi interrompido após a impetrante completar 18 anos de idade, mesmo diante do fato de estar cursando o ensino superior.

Os impetrados fundamentam o ato na redação da própria legislação estadual – Lei n. 3.150/05, que confirmou a redução da idade dos beneficiários de 21 para 18 anos, o que inicialmente foi realizado pela Lei 2.590/02, que alterou a redação do art. 6º, II, da Lei n. 2.207/00. Além disso, alegam a impossibilidade de os regimes próprios concederem benefícios distintos do previsto no Regime Geral de Previdência (art. 5º da Lei n. 9.717/98).

Ressalta-se, por oportuno, que um dos fundamentos do Estado tem assento na Lei n. 8.213/91 – Regime Geral –, contudo, o art. 16, I[3], do referido Diploma, estabelece como beneficiário o menor de 21 anos, e não de 18, o que, de qualquer forma, demonstra a abusividade do ato impugnado.

Seguindo, tem-se que realmente a Lei Estadual n. 2.590/02 alterou a redação do art. 6º, II, da Lei n. 2.207/00, senão vejamos:

> Lei n. 2.207/00 [...]
>
> 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;
>
> Lei n. 2.590/02
>
> […]
>
> II - os filhos solteiros, menores de dezoito anos ou inválidos;

No entanto, os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico devem prevalecer sobre as normas e, in casu, tenho que a legislação estadual vai de encontro com o princípio do acesso à educação, e até mesmo da dignidade da pessoa humana, pois com a suspensão da pensão da impetrante estará desprovida de renda e sem condições de custear a conclusão de seu curso superior, ou mesmo seu sustento, possuindo a verba pretendida caráter alimentar.

Não pode ser ignorada a atual realidade social, no que se refere à dependência econômica dos filhos em relação aos pais. Sabe-se que o ensino superior não se restringe mais a uma minoria de privilegiados como se fazia nos tempos passados, sendo imprescindível para a formação profissional de um cidadão, que está exposto a um mercado de trabalho exigente e competitivo, o que reflete diretamente na independência econômica, consequentemente cada vez mais tardia.

Tanto é assim que a Lei n. 9.250/95, relativa ao imposto de renda de pessoas físicas, prevê que são considerados como dependentes os filhos maiores de até 24 anos que estejam cursando o ensino superior, *verbis*:

> Art. 35. Para efeito do disposto nos art. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:

3 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;

> [...]
>
> § 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau."

Não se pode olvidar que a lei estadual deixou de tutelar os beneficiários que atingem a maioridade civil cursando o ensino superior, o que viabiliza a aplicação analógica a outros diplomas legais[4], como por exemplo a Lei n. 9.250/95 acima transcrita e os art. 1º, III, 6º e 205 da CF, que assim estabelecem:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> [...]
>
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> [...]
>
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por esta razão, tenho que o ato praticado pela autoridade impetrada ofende o direito líquido e certo da impetrante ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional.

Este Tribunal já se pronunciou sobre a matéria:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – LIMITE DE IDADE – DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR – VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS – COM O PARECER – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 6º, garante como direito social de todo cidadão, o acesso à educação.
>
> Devem-se aplicar analogicamente os dispositivos da Lei Federal n. 9.250/95 que prescreve o limite de 24 anos para a perda da qualidade de dependente quando este estiver cursando ensino superior. A idade limite de 24 anos é estabelecida como uma média razoável para que o jovem dependente tenha condições de concluir o ensino superior e esteja em condições favoráveis de competir no mercado de trabalho." (Mandado de Segurança n. 2008.026483-5, Órgão Especial, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 7.1.2009).

4 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.

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – LIMITE DE IDADE – 21 ANOS – LC N. 24/1999 – DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR – VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI ESTADUAL N. 2.207/2000 E DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS – RECURSOS IMPROVIDOS.

A Constituição Federal em seu artigo 40, caput e § 7º, prescrevendo a educação como uma garantia constitucional e a Lei Estadual n. 2.207/2000, vigente à época do falecimento do segurado, bem como a Lei Federal n. 9.250/95, sustentam a legalidade do estudante universitário perceber o benefício previdenciário "pensão por morte" em decorrência do falecimento de seu genitor, até a idade de 24 anos. (AC n. 2008.032020-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 22.1.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR – DIREITO À EDUCAÇÃO – LIMITE DE IDADE EM 24 ANOS – RECURSO PROVIDO.

Sendo a educação um direito constitucionalmente garantido, deve-se aplicar analogicamente os dispositivos da Lei Federal n. 9.250/95 e da Lei Estadual n. 2.207/2000, que prescrevem o limite de 24 anos para a perda da qualidade de dependente, quando este estiver cursando ensino superior, por ser essa a idade provável para conclusão de curso de graduação, qualificando-o a ingressar no mercado de trabalho e prover seu próprio sustento. (AC n. 2008.012626-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 27.4.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 24 ANOS – POSSIBILIDADE – VALORAÇÃO DA EDUCAÇÃO – PRECEITO CONSTITUCIONAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Sob o prisma constitucional, mostra-se plenamente compatível o resguardo do direito a percepção de pensão, ainda que o beneficiário tenha atingido a maioridade e até que o mesmo complete a idade de 24 (vinte e quatro) anos, para que conclua o seu estudo universitário, em aplicação analógica do preceito constitucional (artigo 205, CF). (AC n. 2009.017330-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 25.8.2009).

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – BENEFÍCIO DEVIDO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE, DESDE QUE FREQÜENTE CURSO UNIVERSITÁRIO.

Universitário cujo pai é servidor falecido tem direito a receber pensão por morte até a idade de 24 anos. (MS n. 2008.016945-6, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 1º.12.2008).

Ante o exposto, com o parecer, considerando a flagrante ilegalidade da suspensão do pagamento da pensão por morte em favor da impetrante, ante a violação a seu direito líquido e certo à dignidade e ao acesso à educação e qualificação para o trabalho, concedo a ordem impetrada, para o fim de determinar a manutenção da pensão da impetrante até que complete 24 anos, ou até sua graduação no curso superior que frequenta, o que vier primeiro.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

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. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.026713-3 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA E CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – POLICIAL MILITAR QUE DESFERE TIROS CONTRA ADVOGADO PORTANDO ARMA DA CORPORAÇÃO – TETRAPLEGIA – RECURSO DO AUTOR – PENSÃO MENSAL – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – MAJORAÇÃO – MANUTENÇÃO DA QUANTIA FIXADA POR OCASIÃO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – QUANTIA NECESSÁRIA PARA ACOBERTAR DESPESAS COM MEDICAMENTOS CONSULTAS E ENFERMEIROS – VALOR ADEQUADO E PROPORCIONAL AO RESULTADO DANOSO – RECURSO DO ENTE ESTATAL – PLANOS DE SAÚDE QUE NÃO ACOBERTAM A TOTALIDADE DAS DESPESAS – PENSÃO MENSAL EM RAZÃO DA INCAPACIDADE LABORATIVA – FIXAÇÃO EM SALÁRIOS-MÍNIMOS – SUMULA 490 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DANOS MORAIS E MATERIAIS COMPROVADOS – FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS COM BASE NA GRAVIDADE DO ESTADO PSÍQUICO DA VÍTIMA E RESULTADO PERENE DO DANO – CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE ATENDIDO – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO ENTE ESTATAL IMPROVIDO.

Tiros desferidos por policial, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado. O preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.

O estado de tetraplegia da vítima, resultante do ato lesivo, aliado à necessidade de cuidados constantes com aparelhagem específica, médicos, exames, fisioterapia e acompanhamento psicológico, justificam a percepção de pensão mensal equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos, quantia esta que vinha sendo paga pelo ente Estatal desde a decisão que concedera a tutela antecipada pleiteada pela vítima, impondo-se a reforma da sentença monocrática que a minorou para 25 (vinte e cinco) salários-mínimos.

Ainda que a vítima tenha aderido a dois planos de saúde, tais convênios não têm o condão de retirar a responsabilidade estatal, mormente pelos gastos excessivos e contínuos no tratamento.

Devida, também, pensão mensal em razão da incapacidade laborativa da vítima, jovem advogado, que teve ceifado o exercício de sua atividade profissional em razão do seu estado de tetraplegia.

É possível fixar a pensão mensal em salários-mínimos, de acordo com o teor da Súmula 490 do STF, que dita: "*A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores*."

Mostra-se adequado o quantum fixado a título de danos morais, em razão da gravidade dos fatos e do resultado danoso, levando-se em consideração a dor experimentada pela vítima, que depende de familiares e terceiros para todas as suas necessidades, situação que lhe trouxe evidente abalo emocional e merece o devido reparo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade rejeitar os agravos retidos, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Geraldo Salamene e negar provimento ao recurso do Estado e ao reexame necessário, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Geraldo Salamene e Estado de Mato Grosso do Sul, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos materiais e morais com pedido de antecipação de tutela que o primeiro ajuizou em desfavor do segundo, apelam a este Tribunal.

O primeiro apelante sustenta a necessidade de reforma da sentença nos seguintes pontos:

a) a pensão mensal deve ser fixada em valor equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos, pelo menos, uma vez que tal quantia já vinha sendo paga pelo Estado por ocasião da interposição do Agravo de Instrumento n. 2003.007336-1, levando-se em consideração, ainda, os altos gastos que o apelante tem de despender no tratamento decorrente do acidente que o deixou tetraplégico, sendo insuficiente o valor de 25 (vinte e cinco) salários-mínimos fixados na sentença;

b) os danos morais, fixados em R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais) devem ser majorados, vez que além de não reparar o dano sofrido à saúde física, moral e psíquica do apelante, não imporá um castigo ao Estado, responsável pelo dano indenizável.

Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

O Estado de Mato Grosso do Sul pugna pelo conhecimento e provimento dos agravos retidos de f. 709-718 e 858-864, sendo que, no primeiro recurso, suscita preliminar de ilegitimidade de parte ante a ausência de nexo de causalidade, pretendendo a extinção do feito sem resolução de mérito, revogando-se os benefícios da assistência judiciária gratuita ao apelado.

Nas razões de agravo retido às f. 858-864, alega que a decisão interlocutória proferida às f. 821-822, fez-se em ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório, ainda que a tutela antecipada possa representar antecipação do julgamento definitivo da lide, porquanto cabem às partes produzirem todos os meios de provas admitidos em direito, ressaltando que, se houver eventual responsabilidade estatal deverá ser apurada de acordo com as disposições atinentes à responsabilidade subjetiva, por se tratar de ato omissivo.

No mérito, alega que o fato do policial militar ter sido investido na função de policial não significa que o Estado deve responder pelos danos causados ao apelado, pois as sequelas sofridas pelo recorrido deram-se em razão de briga de trânsito, quando o policial encontrava-se fora de serviço.

Ressalta que o fato dos disparos terem sido desferidos com arma pertencente à Corporação não gera de per si a obrigação do Estado em indenizar, pois não se vislumbra culpa da Administração o fato do policial portar arma fora do exercício de sua função, porquanto agiu na qualidade de particular, razão pela qual não restou demonstrado o nexo de causalidade, devendo ser afastada qualquer condenação.

Com relação ao reembolso das despesas, afirma que o apelado é usuário de convênios médicos da UNIMED e Saúde Bradesco, sendo injustificável o deferimento do ressarcimento das despesas gerais efetuadas antes do ajuizamento da ação, isto é, desde o alegado ato lesivo até 6.1.2003 e contido na parte dispositiva da sentença objurgada, o mesmo se aplicando em relação às despesas com adaptação do imóvel, pois é cediço que a maioria das pessoas portadoras de tetraplegia não têm esse mesmo privilégio, nem acesso às condições de portador de necessidade especial, que há pouco se tornou obrigatória e toda a modificação foi custeada com os valores conferidos ao apelado por ocasião da concessão da antecipação de tutela.

Assevera que o valor equivalente a 25 (vinte e cinco) salários-mínimos à título de pensão mensal para cobrir gastos com medicamentos, honorários, profissionais da saúde, enfermagem e outros, até a sobrevida do apelado, não pode ser mantida, por ser desarrazoada tal quantia, mormente ante a ausência de comprovação de forma cabal e inequívoca dos prejuízos sofridos, bem como a relação destes com o evento danoso, de conformidade com o art. 282, inciso I e art. 333, I, do Código de Processo Civil e, caso devida, a pensão deve ser fixada em moeda corrente e não em salários mínimos.

Afirma que constou da decisão do Agravo n. 2003.007336-1 que se no decorrer da instrução restasse evidenciado que tais verbas são excessivas, os pagamentos feitos a maior poderiam ser compensados com eventual valor devido a título de danos morais, razão pela qual requer a manutenção da sentença neste tópico (compensação dos valores desde a implantação em folha de pagamento da pensão até o decisum prolatado), haja vista que a decisão no agravo referido ventilou tal possibilidade.

Ressalta que a fixação da pensão mensal vitalícia em 10 (dez) salários-mínimos incorreu em decisão extra petita, uma vez que o apelado efetuou pedido certo R$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) tendo sido demonstrado ser incabível o pagamento deste valor, uma vez que não restou comprovado que exercia efetivamente o mister da advocacia, exceto em sete processos judiciais em toda sua vida depois de formado, fato este que não o autoriza a fazer projeções de lucro na forma requerida, sendo vedado, ademais, a fixação de verba indenizatória em salários mínimos (art. 7º, inciso IV, da CF), além de se encontrar em desacordo com o pedido inicial.

Por derradeiro, no pertinente aos danos morais, ressalta que a ilação de que restou culpa in vigilando é inaceitável, não sendo possível reconhecer que possam tais atos, desencadeados pelo recorrido, gerar responsabilidade estatal, quer objetiva ou subjetiva e, caso não seja este o entendimento desta Corte, requer a redução do quantum, fixado em R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais), por se mostrar excessivo.

Prequestiona os dispositivos legais mencionados na apelação.

Pugna pelo conhecimento do recurso, para o fim de acolher a preliminar de ilegitimidade de parte arguida e, em sendo afastada a prefacial, pelo provimento do apelo para o fim de excluir a responsabilidade objetiva/subjetiva do Estado, afastando-se os danos materiais e morais fixados na sentença e, alternativamente, sejam tais quantias ajustadas dentro do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Contrarrazões pelas partes às f. 1044-1059 e 1062-1076.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Geraldo Salamene e Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca, que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo ente Estatal e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, culminando na seguinte condenação:

- R$ 18.293,79 (dezoito mil duzentos e noventa e três reais e setenta e nove centavos), a título de despesas arcadas pelo autor, até a data do ajuizamento da ação, corrigido pelo IGPM-FGV, a partir do desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação do réu;

- R$ 7.813,27 (sete mil oitocentos e treze reais e vinte e sete centavos), referente aos gastos suportados pelo autor para adaptação de sua residência à sua nova condição física, corrigido pelo IGPM-FGV, a partir do respectivo desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação do réu;

- pensão mensal equivalente a 25 (vinte e cinco) salários-mínimos, sendo esta a importância necessária para a cobertura dos gastos com medicamentos, honorários médicos e demais profissionais da saúde, enfermagem, alimentação e higiene, necessários à sobrevida do autor.

- pensão mensal vitalícia, correspondente a 10 (dez) salários-mínimos, em razão da perda da capacidade laborativa do autor;

R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais), a título de danos morais, corrigida pelo IGPM-FGV e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da prolação da sentença.

- Preliminarmente

Foram interpostos, às f. 709-718 e 858-864, dois recursos de agravo retido pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sendo que, no primeiro, insurgiu-se contra o despacho que admitiu nos autos a legitimidade passiva do agravante, ainda que implicitamente, vez que postergou a análise da prefacial por entender que se confundia com o mérito, pugnando, ainda, pela revogação do pedido de assistência judiciária gratuita e do pedido para pagamento provisório do perito.

No segundo recurso de agravo, o agravante pretende a reforma da decisão que indeferiu a requisição da cobertura médica dos planos de saúde do agravado (UNIMED e Bradesco Seguros). Pois bem.

Com relação ao agravo retido de f. 709-718, a questão afeta ao pagamento dos honorários periciais dispensa apreciação, vez que o agravado acabou por concordar com o depósito do valor, o que foi feito no decorrer da instrução processual. Já no tocante à ilegitimidade passiva e por conseguinte, a revogação da concessão da assistência judiciária gratuita, entendo que o recurso não merece provimento.

Com efeito, esta relatora já teve a oportunidade de se manifestar sobre tal questão, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento n. 2003.007336-1, interposto pelo agravado. No voto, ressaltei que:

> Anote-se ainda que na representação sobre a prisão temporária de Rogério Freitas de Oliveira constou o seguinte, in verbis, às f. 51:
>
> A vida pregressa de tal cidadão foi pesquisada, e constatou-se que o mesmo conta com várias passagens pela polícia, quais sejam, art.21 e art19 de Contravenções Penais, art.10, § 2º

e 4º da Lei n. 9.437/97, demonstrando que Rogério é contumaz portador de arma de fogo, sem licença ou autorização para tanto, colocando em risco assim a incolumidade pública, e passagem por infração ao disposto junto ao artigo 121, § 2º, inciso IV do CPB c/c art.10 caput, da Lei n. 9.437/97, demonstrando assim a periculosidade de tal cidadão, que mesmo respondendo a processos por portes ilegais de arma, e por homicídio qualificado por traição [...], continua andando armado e desferindo tiros contra quem quer que ouse discutir com ele.

Explica Rui Stoco[5]:

O policial não é um servidor qualquer. Dele se exige atributos especiais. Há de ser destemido, sem desbordar, há de se mostrar intimorato e forte apenas no combate ao crime e aos criminosos. Não basta que seja honesto e escorreito. Há, ademais de "parecer" honesto.

Anota Yussef Cahali que 'dispondo o Estado de verbas expressivas extraídas da arrecadação tributária, aos organismos policiais cometidos da função de segurança pessoal e coletiva, impõe-se-lhe, à sua conta e risco, o correto recrutamento daqueles que para o seu desempenho, recebem uma farda representativa e uma arma de fogo. Daí reconhecer-se a responsabilidade civil do Estado mesmo naqueles casos de manuseio disparatado da arma, causador de danos à integridade física de particulares'.

Assim, nas palavras do Ministro Carlos Veloso, do Supremo Tribunal Federal, ao tratar de caso similar:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CF, ART. 37, § 6º – 1. Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. 2. REsp não-conhecido. (STF, REsp n. 160401, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 4.6.1999, p. 17).

Deste modo presente a responsabilidade objetiva, onde o que se indaga é tão somente o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o evento danoso que, inquestionavelmente, resta patente nos autos.

Enfim, a obrigação de indenizar do Estado decorre, pois, de comprovação do nexo entre o ato ilícito de seu agente e o dano, devendo o lesado comprovar apenas que sofreu o dano em razão de um ato praticado, ou não praticado, pelo servidor público.

No caso, há nexo de causalidade entre a ação do agente público e o evento danoso, pois o policial militar efetuou disparos contra o agravante, valendo-se de arma da corporação.

Por oportuno:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CF, ART. 37, § 6º – 1. Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF,

5 STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

> não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. 2. REsp não-conhecido. (STF, REsp n. 160401, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 4.6.1999, p. 17).

> A CF responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício das suas funções. (STF, REsp n. 135.310-4, São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 27.2.1998).

E, ainda, já decidiu este Tribunal:

Se o policial militar, embora fora de seu local e horário de serviço, porta arma da corporação em razão dessa sua condição, responde o estado pelos danos que o mau uso dela seja feito. (TJMS, AC n. 2001.008812-6, Fátima do Sul Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 28.10.2003).

> Se o policial militar, embora fora de seu local e horário de serviço, porta arma da Corporação em razão desta sua condição, responde o Estado objetivamente pelos danos que o mau uso dela seja feito. (TJMS, EmbInfr n 2000.001952-6, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias).

Destarte, entendo que o Estado de Mato Grosso do Sul é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de indenização.

Postulou, ainda, o agravante, a revogação do pedido de assistência judiciária gratuita formulada pelo agravado e deferido pelo magistrado a quo nos seguintes termos, verbis: "Diante da ilegitimidade de parte seja, por conseguinte, revogada a concessão da assistência judiciária gratuita." (f. 714)

Por conseguinte, tendo o agravante condicionado o pedido de revogação da assistência judiciária gratuita ao reconhecimento da ilegitimidade passiva – por mim afastada – mantenho a decisão que concedeu ao agravado os benefícios da gratuidade processual.

Portanto, nego provimento ao agravo retido de f. 709-718.

No pertinente ao agravo retido interposto pelo ente Estatal às f. 858-864, o agravante insurge-se contra o indeferimento da requisição dos planos de saúde em nome do agravado que, segundo argumenta, cerceou-lhe o direito à produção de provas no intuito de corroborar os termos da defesa.

O intuito do agravante é obter a indicação daquilo que efetivamente está sendo acobertado pelos planos de saúde UNIMED e Banco Bradesco, dos quais o agravado é usuário, na medida em que tais referências poderiam influenciar diretamente no quantum – 60 (sessenta) salários-mínimos – fixados por ocasião da concessão da tutela antecipada.

Entretanto, entendo que o agravo retido não merece provimento, por restar claro nos autos que a quantia fixada a título de antecipação de tutela foi concedida para atender as despesas de ordem médica, remédios e serviços de enfermagem, sendo cediço que os planos de saúde não custeiam a totalidade dos tratamentos, tampouco despesas com remédios e serviço de enfermagem prestado durante 24 (vinte e quatro) horas no domicílio do agravado, razão pela qual se mostra acertada a decisão agravada, que afastou a necessidade de requisição dos planos de saúde do agravado.

Impende ressaltar que inexistiu o alegado cerceamento de defesa em razão da negativa do Juízo em requerer à Unimed e Seguro Bradesco os planos de saúde do agravado, até porque o magistrado, ao proferir

a decisão, considerou a adesão aos planos de saúde, ao reduzir o valor da pensão mensal de 60 (sessenta) para 25 (vinte cinco) salários-mínimos, argumentando que "o autor não se encontra totalmente descoberto de assistência médica, já que é beneficiário de dois planos de assistência à saúde – Unimed e Bradesco – os quais, juntos, cobrem boa parte dos exames, intervenções cirúrgicas, atendimento ambulatorial e honorários médicos necessários mensalmente." (f. 953)

Destarte, tal aspecto foi considerado, entretanto, diante da gravidade do estado de saúde do agravado em razão dos tiros que resultaram em sua total incapacidade (tetraplegia), é notório que os gastos a serem por ele suportados com medicamentos e enfermeiros, ultrapassam o campo de abrangência dos planos de saúde, razão pela qual mostrou-se desnecessário a juntada dos respectivos contratos.

Por tais razões, nego provimento ao agravo retido de f. 858-864.

- Do Mérito

Passo, portanto, à apreciação do recurso de apelação interposto por Geraldo Salamene.

Insurge-se o apelante contra os termos da sentença que fixou a pensão mensal em 25 (vinte e cinco) salários-mínimos, sob a alegação de que vinha recebendo do Estado – por ocasião da concessão da tutela antecipada – a quantia equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos, não se mostrando plausível a redução desta quantia, uma vez que os valores suportados pelo recorrente, em decorrência do tratamento, são elevados.

Entendo que assiste razão ao recorrente, devendo a sentença ser reformada nesse aspecto. Ressaltou o magistrado *a quo* o seguinte:

> No entanto, o valor requerido pelo autor em sua inicial revela-se exacerbado, porquanto a maioria dos equipamentos e materiais médicos e de enfermagem necessários para o seu tratamento, com toda certeza, já foram adquiridos durante o curso da ação, com utilização da pensão fixada em sede de tutela antecipada.
>
> Com efeito, deve-se ponderar que a maioria das despesas médicas e as decorrentes da aquisição de equipamentos (cadeira de banho, cadeira de rodas, cama e colchão especiais e guincho) já foram acobertados pelos valores que foram repassados pelo autor durante o curso da ação, devendo-se ressaltar que desde o mês de setembro de 2003 o autor vem recebendo quantia generosa do Estado de Mato Grosso do Sul para dar continuidade ao seu tratamento. (f. 953)

Infere-se dos autos que por ocasião do ajuizamento da ação de indenização, o recorrente pleiteou a concessão de tutela antecipada, que inicialmente foi indeferida pelo Juízo a quo, mas posteriormente obtida com a decisão por mim proferida no recurso de Agravo n. 2003.007336-1, tendo sido concedida nos seguintes termos: "Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial, a fim de antecipar a tutela nos moldes da decisão que concedeu ao agravo o efeito suspensivo ativo, ou seja, para o fim de condenar o agravado a depositar mensalmente, até o dia 10 (dez) de cada mês, a importância correspondente a sessenta salários mínimos para atender despesas de ordem médica, remédios e serviços de enfermagem."

De fato, restou evidenciado que o recorrente foi baleado em 05 de dezembro de 2000, tendo sido submetido a procedimento cirúrgico, ficando tetraplégico – quadro irreversível – ficando internado por 30 (trinta) dias na Santa Casa de Campo Grande sob ventilação mecânica e por traqueotomia, tendo uma segunda internação no mesmo nosocômio de 6 a 15 de fevereiro de 2002 e devido a seu quadro ficou internado em hospital da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor (f. 290) de 8 de maio de 2001 a 6 de julho de 2001.

Com efeito, o recorrido vem pagando, desde setembro de 2003, o valor equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos e não há como olvidar que as despesas do recorrente não se limitam à aquisição de equipamentos, mas envolvem uma série de outros gastos, conforme demonstrado nos autos, tendo que desembolsar quantia considerável para a manutenção dos cuidados com sua saúde – que perdurarão por toda sua vida, mostrando-se, a meu ver, adequada a quantia equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos, que, aliás, já vem sendo paga pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Ademais, à medida que o tempo passa o custo com os materiais, remédios e equipe de enfermagem aumenta, mostrando-se o valor da pensão mensal compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração as inúmeras despesas efetivamente demonstradas pelo recorrente, situações que, a meu ver, justificam a manutenção do valor da pensão mensal.

Nesse sentido:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. TETRAPLEGIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS COMPROVADOS.
>
> 1. Tendo o Autor ficado tetraplégico em decorrência de atropelamento por veículo pertencente ao Ministério da Aeronáutica, é cabível indenização por danos morais (CF, art. 37, § 6º).
>
> 2. O valor da pensão mensal vitalícia concedida em favor de pessoa que tiver sido vítima de lesão permanente deve ser fixado levando-se em consideração as despesas que passou a ter com o tratamento da sua saúde (art. 1538, do Código Civil de 1916).
>
> 3. Dá-se parcial provimento à apelação do Autor, à remessa e à apelação da União. (TRF, 1ª Região, AC n. 17929 DF n. 1998.34.00.17929-2, Relª. Desª. Federal Maria Izabel Gallotti Rodrigues, julgado em 28.6.2004).

Insta salientar, que ao apreciar o pedido de tutela antecipada[6], ressaltei a inexistência de provas com relação a outros gastos, fazendo ressalva à necessária dilação probatória para aquilatar as reais necessidades do recorrente que foram demonstradas no decorrer do processo, razão pela qual se impõe a manutenção da pensão mensal anteriormente fixada.

Portanto, a sentença merece ser reformada neste aspecto, devendo ser mantido o valor equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos a título de pensão mensal a ser paga ao recorrente.

No tocante aos danos morais, entendo que a sentença não merece qualquer reparo.

Isto porque o valor fixado pelo magistrado a quo, equivalente a R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais), o foi com base em convincente demonstração e fundamentação, de forma equânime e calcada em diretrizes estabelecidas pela doutrina e jurisprudência.

O saudoso PONTES DE MIRANDA, sobre o assunto, preceitua que "embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada,

6 "Entretanto, não obstante restar patente que o agravante faz jus à tutela antecipada, não lhe assiste o direito à tutela da forma como pleiteada, uma vez que não há nos autos prova inequívoca de que o agravante percebia a quantia mensal de R$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais). O reembolso da quantia de R$ 26.108,86 (vinte e seis mil cento e oito reais e oitenta e seis centavos) dispendida com o tratamento e adaptação de sua residência necessita de dilação probatória, bem como não há indicação de que equipamentos específicos serão necessários adquirir com o depósito da quantia de R$ 5.701,37 (cinco mil setecentos e um reais e trinta e sete centavos). Também necessária dilação probatória para apurar o quantum a ser gasto com tratamento e serviços de enfermagem."

não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representa a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo: não os atenuará mesmo por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentaram". (RTJ 57/789-90).

Do cotejo dos autos, infere-se que o magistrado a quo sopesou todos os aspectos fáticos, dentre os quais, o estado de saúde do recorrente, os depoimentos das testemunhas e demais documentos, que denotam – a toda evidência – o estado de frustração e as consequências psíquicas decorrentes do acidente que o deixou tetraplégico.

Destacou o eminente julgador:

> Com efeito, sopesadas todas essas circunstâncias, especialmente a situação profissional, cultural e social do autor, a gravidade, a natureza e a repercussão do sofrimento moral, entendo por bem fixar a indenização por danos morais a ser paga pelo requerido em importância correspondente a 300 (trezentos) salários mínimos.
>
> Entretanto, considerando o teor inequívoco do art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação da condenação ao salário mínimo, faz-se necessário converter o valor da condenação – 300 (trezentos) salários mínimos – em quantia certa. Assim, considerando que o valor do salário mínimo hoje, represente a quantia de R$ 415,00 (quatrocentos e quinze) reais, ao converter para quantia certa a condenação por dano moral, chega-se ao quantum de R$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais). (f. 960)

Por oportuno, destaco o seguinte entendimento jurisprudencial em caso similar, tendo a vítima, além da tetraplegia, permanecido em estado vegetativo em razão de erro médico. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. VÍTIMA TETRAPLÉGICA EM ESTADO VEGETATIVO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO NÃO-AUTORIZADA. VALOR RAZOÁVEL. DESPROVIMENTO.
>
> 1. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade não-configurada.
>
> 2 [...]
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 853.854/RJ, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 5.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 504).

Por tais razões, com fulcro no art. 557, 1º-A do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso interposto por Geraldo Salamene, para modificar o valor da pensão mensal, fixada na sentença recorrida em 25 (vinte e cinco) salários- mínimos, para o valor equivalente 60 (sessenta) salários-mínimos, quantia esta que já vem sendo paga pelo Estado de Mato Grosso do Sul a este título. Nos demais aspectos, mantenho inalterada a sentença recorrida.

Passo à apreciação do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente, destaco que a questão afeta à responsabilidade do ente estatal em indenizar o recorrido, já foi decidida no momento em que foi reconhecida sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação e, consequentemente, a responsabilidade objetiva.

Destaco o trecho do voto por mim proferido, por ocasião da concessão da tutela antecipada no Agravo n. 2003007336-1, *verbis*:

> Deste modo presente a responsabilidade objetiva, onde o que se indaga é tão somente o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o evento danoso que, inquestionavelmente, resta patente nos autos.
>
> Enfim, a obrigação de indenizar do Estado decorre, pois, de comprovação do nexo entre o ato ilícito de seu agente e o dano, devendo o lesado comprovar apenas que sofreu o dano em razão de um ato praticado, ou não praticado, pelo servidor público.
>
> No caso, há nexo de causalidade entre a ação do agente público e o evento danoso, pois o policial militar efetuou disparos contra o agravante, valendo-se de arma da corporação.
>
> Por oportuno:
>
> CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CF, ART. 37, § 6º – 1. Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. 2. REsp não-conhecido. (STF, REsp n. 160401, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 4.6.1999, p. 17).
>
> A CF responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício das suas funções. (STF, REsp n. 135.310-4, São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 27.2.1998).
>
> E, ainda, já decidiu este Tribunal:
>
> Se o policial militar, embora fora de seu local e horário de serviço, porta arma da corporação em razão desta sua condição, responde o estado pelos danos que o mau uso dela seja feito. (TJMS, AC n. 2001.008812-6, Fátima do Sul Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, Julgado em 28.10.2003).
>
> Se o policial militar, embora fora de seu local e horário de serviço, porta arma da Corporação em razão desta sua condição, responde o Estado objetivamente pelos danos que o mau uso dela seja feito. (TJMS, EmbInfr n. 2000.001952-6, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias).

Portanto, resta analisar os demais aspectos que resultaram no inconformismo do recorrente. Vejamos.

Insurge-se o recorrente com relação ao reembolso das despesas realizadas pelo recorrido, alegando que não restaram demonstradas e, além disso, os planos de saúde dos quais é conveniado as acobertam.

Com efeito, entendo que não há dúvidas de que tais despesas devem ser suportadas pelo recorrente, pois o fato do recorrido possuir convênios de saúde, não afasta a obrigação do Estado em ressarci-lo em razão dos dispêndios realizados antes do ajuizamento da ação, ou seja, com a superveniência do ato lesivo, mormente por terem sido comprovadas nos autos, ao contrário do que afirmado pelo recorrente.

O mesmo se aplica em relação às despesas necessárias à adaptação do imóvel, que devem ser ressarcidas ao recorrido, sendo pouco relevante a alegação do recorrente de que a maioria das pessoas portadoras de tetraplegia não tem o privilégio de ver sua residência adaptada de acordo com as novas necessidades, vez que a situação posta nos autos é que deve ser objeto de análise. Aliás, privilégio algum existe, mas tão somente o direito do recorrido de viver com toda comodidade possível após o acidente que o deixou tetraplégico.

No pertinente à pensão mensal, como já salientado acima, entendo que deve ser mantido o mesmo valor fixado por ocasião da concessão da tutela antecipada, qual seja, 60 (sessenta) salários-mínimos, necessária para cobrir gastos com medicamentos, honorários, profissionais da saúde, enfermagem e outros, até a sobrevida do apelado, como já destacado, foi estabelecida com base em parâmetros condizentes com as circunstâncias do caso concreto, restando plenamente demonstrada a necessidade do recorrido em razão do ato danoso que lhe deixou tetraplégico.

Como salientei na decisão que concedeu a tutela antecipada:

> Ficou ainda constatado que o agravante apresenta insuficiência respiratória leve e alterações esfincterianas, necessitando de cuidados de enfermagem 24 horas por dia, fisioterapia respiratória e motora duas vezes ao dia, hidroterapia duas vezes por semana, medicamentos de uso constante para manutenção do ritmo fisiológico intestinal, para tratamento das lesões de pele, para tratamento da espasticidade e depressão, material para cateterismo vesical intermitente quatro vezes ao dia, exames laborais duas vezes ao mês, endoscopia de quatro em quatro meses, terapia ocupacional (laudo médico de f. 290), acupuntura, drenagem linfática (laudo médico de f. 291), tratamento psiquiátrico com psicoterapia duas vezes por semana (laudo médico de f. 292).

Inúmeras, portanto, as necessidades do recorrido, que certamente, não são acobertadas pelos planos de saúde aos quais aderiu, e mais, serão indispensáveis durante toda sua vida, razão pela qual o valor da pensão mostra-se adequado.

Ademais, entendo possível a fixação da pensão mensal em salários mínimos, pois tal verba será paga ao longo dos anos e somente assim se preservará o poder aquisitivo da importância.

Nesse sentido:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE VEÍCULO. REPARAÇÃO DE GANHOS QUE A VÍTIMA PODERIA AUFERIR. FIXAÇÃO DA PENSÃO COM BASE NO SALARIO MINIMO. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> E inaplicável a proibição da vinculação ao salário-minimo, prevista na parte final do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, como base de calculo e atualização de pensão em ação de indenização por ato ilicito. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RExtra n. 140940 SP, Primeira Turma, Rel. Ilmar Galvão, DJ 15.9.1995).

No que diz respeito ao pedido de compensação dos valores já pagos pelo recorrente em razão da tutela antecipada, a ser feita desde a implementação em folha de pagamento até o decisum prolatado, resta prejudicada

sua apreciação, em razão da reforma da sentença – que fixou pensão mensal em 25 (vinte e cinco) salários-mínimos – e a consequente manutenção do valor que já vem sendo pago pelo ente estatal, equivalente a 60 (sessenta) salários-mínimos.

Demais disso, não se pode olvidar a natureza alimentar dos pagamentos já efetuados, que não permite a pretendida compensação uma vez que os alimentos são incompensáveis e irrepetíveis.

Outrossim, a alegação de que a pensão mensal vitalícia, fixada em 10 (dez) salários-mínimos incorreu em decisão extra petita também não procede.

Embora o recorrido tenha pleiteado, quando do ajuizamento da ação, o recebimento do valor equivalente a R$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais), correspondente à remuneração mínima do advogado, no decorrer da instrução processual e atento ao fato de que ficou completamente impossibilitado para o exercício da advocacia (perda da capacidade laborativa), o magistrado a quo houve por bem em fixar a pensão no valor equivalente a 10 (dez) salários-mínimos.

Atente-se que no depoimento prestado por Vladimir Rossi Lourenço, foi ressaltado que:

> Não se recorda de que tenha ou não sido registrado em tabela de honorários, mas discutiu-se bastante no Conselho Regional da OAB, que trabalha com este parâmetro, que ganho mínimo razoável para um advogado é de dezoito salários-mínimos. (f. 738)

Veja-se, a respeito desta matéria:

> CIVIL E PROCESSUAL - ALIMENTOS - MAJORAÇÃO - FIXAÇÃO EM SALARIO MINIMO - MATERIA DE FATO (SUMULAS 05 E 07 - STJ)- JULGAMENTO ULTRA PETITA - PRECEDENTE DO STJ.
>
> I –[...]
>
> II - NA AÇÃO DE CARATER ALIMENTAR, NÃO CONSTITUI JULGAMENTO ULTRA PETITA A FIXAÇÃO DA PENSÃO EM SALARIOS MINIMOS E EM "QUANTUM" SUPERIOR AO SOLICITADO NA INICIAL - PRECEDENTE DO STJ (REsp n..4518). III - MATERIA DE FATO (SUMULAS 05 E 07/STJ). IV - RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp n. 112251, RS 1996/0069080-4, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 4.12.1997).

Anote-se, outrossim, os termos da Súmula 490 do STF:

> A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Quanto aos danos morais, como já salientado quando da apreciação do recurso interposto pelo recorrido, entendo que a quantia fixada pelo magistrado a quo não se mostra desarrazoada, ao contrário, restou inequívoca a existência do abalo psíquico sofrido pelo recorrido, tendo sido constatada a efetiva ocorrência do dano, tomando por base o fato gerador, qual seja, as lesões físicas incapacitantes advindas do ato lesivo, que causaram sua degeneração e dependência de seus familiares.

Com efeito, a abrupta, traumática e violenta incapacidade e padecimento físico e psíquico do recorrido, tudo contribui para a definição de um quadro lastimável, que dispensa maior detalhamento para caracterizar a aflição moral indenizável.

Sobre o tema, destaco:

> O dano moral caracteriza-se pela dor íntima sofrida e sua origem está relacionada a acontecimento que abala a estrutura psíquica do indivíduo. Assim, pode o dano moral decorrer de ofensas à honra ou à reputação social, de lesões físicas, do passamento de entes queridos, dentre outras causas. (AC n. 1999.014114-4, de Balneário Camboriú, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Conforme reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CONDUTA ILÍCITA DE RECUSA DE COBERTURA DE TRATAMENTO DE URGÊNCIA. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ATENDIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Provada que a conduta antijurídica do agente causou lesão ao patrimônio moral da vítima, resta caracterizado o dever de indenizar.
>
> Para fixação do valor do dano moral há de considerar as peculiaridades de cada caso, a proporcionalidade, razoabilidade e moderação, evitando o enriquecimento ilícito da parte moralmente lesada e reprimenda inócua para o causador do dano. Não se amoldando o valor nesses critérios, a redução revela-se viável.
>
> Apelação conhecida e parcialmente provida. (TJMG, AC n. 502.204-6, Comarca de Juiz de Fora, Décima Sétima Câmera Cível, julgado em 5.5.2005).
>
> DANO MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INDENIZAÇÃO DEVIDA AINDA QUE A VÍTIMA RECEBA PENSÃO DO INSS - IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO - DANO MORAL - VALOR - JUROS DE MORA - RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL - DIES A QUO
>
> [...] O valor da indenização por danos morais deve respeitar, sobretudo e dentre outros parâmetros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar enriquecimento sem causa da vítima e também o esvaziamento do instituto, face aos objetivos visados em relação ao ofensor, quais sejam, penalização e prevenção.
>
> [...] (TJMG, Ag. na AC n. 336.432-1, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Mariné da Cunha, julgado em 24.5.2002).
>
> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO. TETRAPLEGIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO 273, § 2º, E 333, II, DO CPC, 1º E 3º, DA LEI N. 9.494/97, E 1º, § 3º, DA LEI N. 8.437/92. REAPRECIAÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REEXAME DE QUESTÃO DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF (CF/88, ART. 102, III, A). REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INADMISSIBILIDADE. VALOR RAZOÁVEL. PRECEDENTES DO STJ.
>
> 1. Rejeitada a prescrição no despacho saneador e não-impugnada a decisão, opera-se a preclusão da matéria, de modo que a questão não pode ser renovada no curso do processo (CPC, art. 473). 2. A falta de similitude fática entre os julgados confrontados inviabiliza o conhecimento da divergência jurisprudencial, pois não atende aos requisitos legais (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255). 3. O TRF da 1ª Região, com base no exame de fatos e provas, concluiu que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil objetiva da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, o dano moral e o nexo de causalidade; (III) a recorrente não demonstrou a culpa exclusiva da vítima; (IV) a excepcionalidade do caso e a presença dos requisitos legais autorizam

> o deferimento da tutela antecipada, para que seja imediatamente cumprida a pensão mensal estipulada. 4. Não se conhece da suposta ofensa aos art. 273, § 2º, e 333, II, do CPC, 1º e 3º, da Lei n. 9.494/97, e 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, porque o julgamento da pretensão recursal, para fins de se afastar a condenação ou cassar a antecipação da tutela, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide - notadamente para descaracterizar o ato lesivo, o dano, o nexo causal, acolher a excludente de responsabilidade ou, ainda, afastar os requisitos da tutela de urgência -, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 5. A proibição legal de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, foi, no caso, rejeitada com base em princípios constitucionais (razoabilidade, devido processo legal e efetividade da jurisdição), cuja reapreciação insere-se na competência constitucionalmente outorgada ao STF (CF/88, art. 102, III, a). 6. O STJ admite a revisão dos valores fixados a título de reparação por danos morais, mas tão-somente quando se tratar de valores ínfimos ou exagerados. Excepcionalidade não-configurada. 7. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de R$ 130.000,00 não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, que ficou tetraplégico em razão do acidente. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, REsp n. 800536 DF 2005/0197799-6, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 6.11.2006, DJ 27.11.2006, p.252).

Desse modo, conclui-se que o quadro de tetraplegia atingiu à própria vítima que a indenização se destina, devendo, portanto, ser devidamente reparada a dor causada pela completa transformação na vida de um jovem e saudável advogado que, de um momento para outro, passou a ser portador de necessidades especiais, sem poder se movimentar e sem deter qualquer capacidade para, sozinho, lidar até mesmo com sua higiene pessoal.

Destarte, mantenho inalterada a sentença no tocante ao valor dos danos morais.

Por tais razões, conheço do recurso interposto por Geraldo Salamene, dando-lhe parcial provimento, nos termos do art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e nego seguimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 557, caput, do citado diploma processual, mantendo-se inalterada, nos demais termos, a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE REJEITARAM OS AGRAVOS RETIDOS, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE GERALDO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO E AO REEXAME NECESSÁRIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 9 de março de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.016981-3 - Maracaju
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO DE PENHOR MERCANTIL – GARANTIA SOJA DEPOSITADA NOS ARMAZÉNS – ARRESTO EFETUADO PELOS DEPOSITÁRIOS – OPERAÇÃO DE ARMAZENAGEM AUTORIZADA PELO ESTATUTO DA COOPERATIVA – DEVOLUÇÃO QUE PODE SER EXIGIDA A QUALQUER TEMPO – NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 83 DA LEI N. 5.764/71 – DEPÓSITO IRREGULAR (BENS FUNGÍVEIS) – NÃO SE IDENTIFICA COM O MÚTUO – FINS DIVERSOS – RECURSO IMPROVIDO.

Se há nos autos documentos expedidos pela própria Cooperativa, dando conta de mercadorias depositadas, tais como notas de produtor e de entrada de mercadorias, resta comprovada a operação de depósito e não de venda e compra.

O fato de serem os depositantes associados da Cooagri não desautoriza a operação de depósito, já que esta é prevista no Estatuto da Cooperativa.

No depósito irregular, que tem por objeto coisas fungíveis ou substituíveis, o depositário pode alienar o que recebeu, desde que restitua, quando solicitado, igual quantidade e qualidade.

Não há perfeita identificação entre o depósito irregular e o mútuo, porque o fim econômico é diverso. O depósito é ultimado no interesse do depositante, enquanto no mútuo o interesse é do mutuário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Firstrand (Ireland) PLC, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Maracaju (MS), que julgou improcedente o pedido formulado nos embargos de terceiro que interpôs em face de Cláudia Cristiane de Souza e outros, apela a este Tribunal.

Alega em suas razões que, inobstante todo o demonstrado pelo apelante, o magistrado de primeiro grau reconheceu que os apelados teriam realizado com a Cooagri uma operação típica de depósito, o que legitimaria a ação cautelar de arresto, não se aplicando o art. 83 da Lei n. 5.764/71.

Aduz que embora confessadamente, sejam os apelados associados da Cooagri, e que os grãos de soja por eles arrestados estariam armazenados na cooperativa em razão de contrato de depósito, não há nos autos, no entanto, qualquer elemento que comprove tal alegação.

Sustenta que a simples leitura do art. 83 da Lei n. 5.764/71 é bastante para demonstrar que, por disposição expressa em lei, o penhor constituído em favor do apelante é válido e eficaz e autoriza a cooperativa a onerar os bens entregues pelos seus cooperados, se coadunando com a forma associativa escolhida pelos apelados para desenvolver sua atividade econômica.

Menciona que com o acolhimento da alegação de que os apelados não teriam vendido, ou autorizado a constituição do ônus sobre a soja por eles entregue aos armazéns da Cooperativa, o magistrado simplesmente desconsiderou a real natureza da relação existente entre a Cooagri e os apelados, no caso, seus associados.

Assevera que o depósito de bem fungível e consumível, implica na existência de depósito irregular regido pelas regras do mútuo onde, a entrega do bem ao depositário implica em transferência da propriedade sobre os bens depositados, sendo a Cooperatíva Cooagri, legítima proprietária da soja, e que, por sua vez é possuidor indireto da mesma.

Contrarrazões (f. 199-206).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível contra sentença proferida nos autos de embargos de terceiro que Firstrand (Ireland) PLC interpôs em face de Cláudia Cristiane de Souza Comparim e outros.

Os embargados, por força de decisão (f. 41-42) concedida nos autos de cautelar de arresto n. 014.08.003698-1, conseguiram a remoção de 943.459 kg (novecentos e quarenta e três mil, quatrocentos e cinquenta e nove quilos) de soja que alegaram ter sido por eles depositados junto à Cooagri.

O embargante interpôs os presentes embargos aduzindo ter firmado em 25 de fevereiro de 2008 contrato de penhor mercantil com a Cooagri, momento em que esta lhe deu em penhor mercantil, como garantia ao pagamento de empréstimo, a quantidade de 8.000 ton. (oito mil toneladas) de soja tipo exportação, que se encontravam depositadas no armazém de Montese-MS, afirmando ter sido vítima de esbulho, tendo em vista que, o art. 83 da Lei n. 5.764/71, autoriza à cooperativa, a livre disposição da produção entregue por associado, inclusive para gravá-la e dá-la em garantia de operações de crédito realizadas pela sociedade.

A sentença (f. 171-74) julgou improcedentes os embargos.

O embargante insurge-se com a sentença, alegando não haver comprovação do contrato de depósito efetuado pelos associados.

No entanto, observa-se através das notas fiscais (f. 14-39; 41-46; 48-50; e 52-73) insertas aos autos da ação de depósito (autos n. 014.08.004467-4) que são notas de depósito emitidas pela própria cooperativa, comprovando que os embargados realmente lhe entregaram para depósito a quantia de 943.459kg de soja, e que, tendo em vista a liminar concedida, lhes foram restituídas através das notas de devolução (f 76-81; 83-85; 87; 89/90).

Assim, verifica-se das notas fiscais emitidas pela cooperativa o efetivo depósito da mercadoria, não havendo que se falar em não comprovação, pois o que se observa das referidas notas é que se trata de notas de entrada como depósito, e não como operação de venda e compra.

Nesse tanto, tendo sido efetuado o depósito, a entrega da mercadoria pode ser exigida a qualquer tempo, não havendo que se cogitar em aplicação do art. 83 da Lei n. 5.764/71, pois que não restou comprovada a autorização para que a cooperativa pudesse dispor da soja depositada em seus silos, já que o art. 2º, I, do Estatuto Social da Cooagri, autoriza a operação realizada, *verbis*:

> Art. 2º A Cooperativa tem por objetivo congregar os produtores rurais de sua área de ação, promovendo a mais ampla defesa de seus interesses econômicos, prestando-lhes o serviço de:
>
> I - recebimento, armazenagem, classificação, beneficiamento, transporte, expedição, industrialização e comercialização da produção vegetal, animal e mineral nos mercados nacional e internacional;

Vê-se, assim, que a operação realizada pelos embargados teve exatamente o fim pretendido, posto que as notas fiscais emitidas pela cooperativa, não deixam dúvida acerca do seu objetivo, o de depósito, conforme consta das referidas notas.

Portanto, não é o caso de se perquirir acerca da relação existente entre os embargados e a cooperativa, uma vez que esta cumpriu com seu objetivo estatuído perante seus associados.

Com relação à assertiva do apelante de que o depósito de bem fungível, implica no reconhecimento de depósito irregular, regido pelas regras do mútuo, não pode prosperar, haja vista que no depósito irregular não há transferência da propriedade sobre o material depositado, pois de acordo com os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa, permanece a obrigação de restituição da mercadoria depositada:

> [...] no depósito irregular [...] aquele que tem por objeto coisas fungíveis ou substituíveis, o depositário pode alienar o que recebeu, desde que restitua, quando solicitado, igual quantidade e qualidade. [...] Não existe perfeita identificação entre o depósito irregular e o mútuo, porque o fim econômico é diverso. O depósito é ultimado no interesse do depositante, enquanto no mútuo o interesse é do mutuário.] (Direito Civil. 2004, p. 260)

Também o eminente civilista Washington de Barros Monteiro ensina que:

> [...] Depósito irregular [...] é aquele em que o depositário pode dispor da coisa depositada, consumindo-a até e restituindo ao depositante, oportunamente, outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. (**Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**, 2. parte. 2003, p. 244 e 245.)

Nesse sentido, trago trecho da decisão proferida pelo magistrado *a quo*:

> Adiante, traçando um paralelo ente as argumentações até agora alinhavadas e o artigo 84 da Lei n. 5.869, de 1974, temos que, este artigo autoriza a Cooperativa gravar os bens recebidos de seus cooperados, como o fez no caso vertente, todavia, tal não exclui o direito do afiliado de efetuar o depósito de sua mercadoria, ou seja o direito da parte embargante não exclui o direito da parte embargada, mesmo porque, foram bens fungíveis que serviram de garantia a ambos os casos.

> Logo, como a parte embargada procedeu, dentro de seu direito ao arresto primeiramente, deve a parte embargante procurar outros bens fungíveis que possam satisfazer seu crédito.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

> EMENTA: AÇÃO DE DEPÓSITO - GRÃOS DE SOJA - VENDA EFETUADA PELO DEPOSITÁRIO - NEGATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS BENS DEPOSITADOS OU SEU EQUIVALENTE EM DINHEIRO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - APELAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA PARA PAGAMENTO FUTURO - PROVAS ABUNDANTES DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO DE DEPÓSITO E NÃO DE COMPRA E VENDA - IMPROVIMENTO DO RECURSO. (1) SE AS PRÓPRIAS NOTAS FISCAIS DO PRODUTOR, QUE ACOMPANHARAM OS CEREAIS, - DA ORIGEM ATÉ SUA CHEGADA NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA ORA APELANTE - REGISTRAM O "DEPÓSITO" COMO "NATUREZA DA OPERAÇÃO" E NESTA CONDIÇÃO OS GRÃO SÃO RECEBIDOS PELA EMPRESA RECORRENTE, CLARO É QUE ESTAMOS FRENTE A UM CONTRATO DE DEPÓSITO. (2) O FATO DE QUE SE ESTABELEÇA SER POSSÍVEL AO DEPOSITÁRIO SE SERVIR DOS BENS DEPOSITADOS, NÃO DESNATURA O CONTRATO DE DEPÓSITO (LEGAL OU CONVENCIONAL), POIS TAL PROCEDER CONSTITUI PERMISSIVO PREVISTO NO ARTIGO 1275 DO CÓDIGO CIVIL. (3) PROVADO QUE O DEPOSITÁRIO UTILIZOU OS CEREAIS OBJETOS DO CONTRATO E NÃO PROCUROU RESTITUIR AOS APELADOS QUANTIDADE E QUALIDADE IDÊNTICA, CORRETA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONDENOU A APELANTE A DEVOLVER O PRODUTO DEPOSITADO, OU, COMO ALTERNATIVA SECUNDÁRIA, O PAGAMENTO ATUALIZADO DO SEU EQUIVALENTE. RECURSO IMPROVIDO. (TJPR, AC n. 65750, Paranavaí, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Oto Sponholz, Primeira Câmara Cível).

Dessarte, tento em vista os documentos anexados aos autos pelos embargados, expedidos pela própria Cooagri, dando conta do depósito efetuado, pois que se trata de notas de produtor rural e de entrada de mercadorias como depósito e não como operação de venda e compra, a sua devolução é devida, não havendo reparos a ser feito na sentença que concluiu pela improcedência dos embargos de terceiro.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2009.

***

Apelação Cível n. 2009.032242-2 - Três Lagoas
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE EM VIA PÚBLICA – OBRAS REALIZADAS PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ÁGUA E ESGOTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal contempla a responsabilidade objetiva, adotando a teoria do risco administrativo, ou seja, aquele que, através de sua atividade cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa.

A concessionária de serviços públicos executa o serviço por sua conta, risco e perigos, incumbindo a ela a responsabilidade perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados.

A responsabilidade do município é somente subsidiária, que só será acionado, caso haja insolvência da concessionária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Carlos Alberto Medina Soares, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida em face do Município de Três Lagoas, julgou extinto o feito sem resolução de mérito, apela a este Tribunal.

Alega que apontou como condutas omissivas do município, a falta de sinalização da área onde se realizava a obra e a ausência de iluminação, que possibilitasse a visualização do perigo, não podendo prosperar a afirmação da magistrada, de ter feito alegações genéricas, não descrevendo fato específico que vinculasse o município ao dever de indenizar.

Afirma estar caracterizada a obrigação de indenizar por parte do apelado, ante a comprovação do fato lesivo e os danos sofridos.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação contra sentença proferida na ação de indenização por danos materiais e morais que Carlos Alberto Medina Soares moveu em face do Município de Três Lagoas.

O autor ajuizou a presente ação em face do requerido alegando ter sofrido acidente em virtude de obras realizadas na Rua Felipe Jaime, Bairro Piloto, onde perdeu o controle de sua motocicleta, sofrendo uma queda que lhe ocasionou várias lesões corporais e fraturas, além de danos materiais sofridos em seu veículo.

Citado, o requerido alegou preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a responsabilidade seria da SANESUL – Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul, empresa que realizou as obras.

A magistrada proferiu sentença (f. 87-9), acolhendo a preliminar aventada pelo Município de Três Lagoas, considerando-o parte ilegítima para figurar no polo passivo desta ação, julgando extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o autor apela da sentença.

Pelo que se depreende dos autos, o acidente ocorreu, em via pública, na realização de obra de responsabilidade da concessionária do serviço de água e esgoto, SANESUL – Empresa de Saneamento de Mago Grosso do Sul.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal contempla a responsabilidade objetiva, adotando a teoria do risco administrativo, ou seja, aquele que, através de sua atividade cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assentada a responsabilidade da administração pública, insta saber a que regime estão sujeitas as concessionárias de obras ou serviços públicos. O fato de estarem atuando por sua conta e risco mas realizando um serviço ou obra em regime de concessão é elucidativo acerca da determinação da natureza da responsabilidade da concessionária. Haverá incidência do artigo 37, § 6º, da CF/88, ou seja, a responsabilidade é objetiva, e se traduz nos exatos termos em que se coloca a responsabilidade do Estado no que respeita aos atos realizados por ele.

Segundo ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O concessionário- já foi visto- gere serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, [...] Isto significa, segundo opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando a relação causal entre a atividade e o dano.[7]

Conclui-se, pelo exposto, que a responsabilidade das concessionárias e de seus prepostos é tão ampla quanto a do Poder Público, alcançando inclusive a responsabilidade objetiva.

Cite-se o Código de Defesa do Consumidor, acerca do tema:

> Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
>
> Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Portanto, não havendo dúvidas quanto à responsabilidade das concessionárias, surge a questão de se localizar a responsabilidade do apelado, a fim de se analisar o acerto da decisão de primeiro grau que concluiu pela sua ilegitimidade passiva ad causam.

Para a resposta, mais uma vez usando da citação acima do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se concluir que o fato de a concessionária agir "por sua conta e risco", deve arcar com os riscos de sua atividade.

Assim, não há que se albergar a idéia de responsabilidade solidária do município, afastando o risco da concessionária.

O que existe, segundo o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, é uma subsidiariedade da responsabilidade do município, que só será acionado, invocando-se sua responsabilidade objetiva, caso haja insolvência da concessionária, verbis:

> Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso via a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado [...] Exauridas as forças do concessionário, desaparece o intermediário que, por ato do concedente, se interpunha entre o terceiro prejudicado e o próprio concedente. Este, por conseguinte, emerge espontaneamente na arena jurídica, defrontando-se diretamente com o lesado, para saldar compromissos derivados do exercício de atuação que lhe competia.[8]

7 **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pag. 699.

8 Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pag. 699.

Nesse sentido:

> Tendo o Departamento de Águas e Esgotos do Município deixado sem sinalização valeta por seus funcionários aberta em via pública, responde com exclusividade por acidente ocorrido no local, sendo inadmissível, portanto, a condenação solidária da municipalidade. (1º TACSP, AC, Oitava Câmara, Rel. Negreiros Penteado, julgado em 15.3.1983, RT 574/129)[9]

Pelo exposto, conclui-se que, indiscutivelmente, agiu com acerto o magistrado de primeiro grau, ao concluir pela ilegitimidade do Município de Três Lagoas para figurar no polo passivo da lide, pois que cabe à concessionária de serviço público (SANESUL), a executora da obra, a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao apelante.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

***

9 STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: RT, 2007, pag.1149

Reexame de Sentença n. 2010.003463-1 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – RECUSA DE FORNECIMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL COMO FORMA DE COAGIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE DÉBITOS FISCAIS – EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA – SENTENÇA MANTIDA.

O exercício de atividade econômica só pode ser limitada por lei, não tendo, o poder público, o poder de obstaculizar a atividade de empresa por ser credor da mesma.

"Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais." (Súmula n. 547 do STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 11 de março de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de reexame necessário da sentença, que o Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos submete a este Egrégio Tribunal, nos autos da ação de mandado de segurança que Prisma Comercio e Serviços Ltda impetrou contra ato do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sob o fundamento de que as sócias da impetrante encontravam-se com débitos de IPVA e ICMS, a impetrante teve negado seu pedido de obtenção de Inscrição Estadual.

Sustentou a ilegalidade de condicionar a Inscrição Estadual à regularização das pendências, tendo em vista tratar-se de meio coercitivo de cobrança, além de ferir o livre exercício do trabalho.

A liminar foi concedida às f. 16-19.

A autoridade coatora prestou as informações (f. 26-31), alegando que o indeferimento da inscrição estadual é ato administrativo vinculado, previsto pela legislação tributaria estadual, não se constituindo em ofensa à Constituição Federal.

Processada regularmente a ação, concedeu-se a segurança, recorrendo de ofício o juiz prolator da sentença para o reexame necessário por este Tribunal.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 70-73) pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Extrai-se dos autos que a impetrante teve negado seu pedido de Incrição Estadual, sob o fundamento de que há débito tributário pendente de adimplemento em nome de suas sócias, Sra. Amanda Brandino Fernandes e Priscila Guedes Valente.

A decisão da autoridade coatora de indeferimento do pedido de inscrição encontra-se consubstanciada no documento de f. 14, cujo teor é abaixo reproduzido:

> A solicitação de Inscrição Estadual foi recusada.
>
> Ocorreram os seguintes problemas com sua solicitação:
>
> Existe(m) pendência(s) fical(is) e/ou cadastral(is) para o sócio (Amanda Brandino Fernandes – 939.679.341-87).
>
> Existe(m) pendência(s) fical(is) e/ou cadastral(is) para o sócio (Priscila Guedes Valente – 02.341731-68).

Não merece reformas a sentença de primeiro grau.

O mérito do recurso cinge-se, portanto, à legalidade ou não do ato consubstanciado na recusa da impetrada de fornecer à impetrante a Inscrição Estadual ante os débitos fiscais das sócias da empresa.

Deve-se frisar, no presente caso, que o ato abusivo não é a cobrança de débitos fiscais pendentes, mas a negativa de concessão da Inscrição Estadual da impetrante, visando os recolhimentos dos referidos tributos.

A autoridade fiscal deve mesmo exigir os créditos que entende devidos, mas deve fazê-lo usando dos meios que a lei disponibiliza que, diga-se de passagem, são superiores aos do contribuinte, sendo que a estes não se pode negar o direito ao devido processo legal, ao contraditório tampouco, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa, do livre exercício de profissão, da ampla defesa e do contraditório.

Inadmissível é que a autoridade se valha de ato coercitivo, que não possui amparo legal, com vistas ao recolhimento de tributos.

Aliás, a Constituição Federal, em seu artigo 170, afirma que o exercício de atividade econômica só pode ser limitada por lei. Por outro lado, o poder público não tem o poder de obstaculizar a atividade de empresa por ser credor da mesma.

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de coibir a prática desse ilícito pelo Poder Público:

> APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA – NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE TALÕES DE NOTA FISCAL POR FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO – ILEGALIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO FERIDO – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (ReexSent n. 2009.021131-8, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 15.10.2009).

O procedimento coercitivo adotado pelo apelante-impetrado, impedindo o exercício das atividades da apelada já se encontra sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

> Súmula n. 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Portanto, restando evidente a ilegalidade e abusividade do ato tido como coator, a manutenção da concessão da segurança no presente caso é medida que se impõe.

Por todo o exposto e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do reexame necessário, 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. DECISÃO COM O PARECER.

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. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 11 de março de 2010.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Apelação Criminal n. 2009.006493-9 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – DEFERIMENTO PARCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVA – DOCUMENTOS QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM A CAUSA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – FUNCIONÁRIA QUE DEPOSITA EM SUA PRÓPRIA CONTA NUMERÁRIO DEVIDO À EMPRESA EM QUE TRABALHA – PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL – DOLO CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS – IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA O CONHECIMENTO RECURSAL – ELEVAÇÃO DA PENA-BASE, ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E NÃO CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS – PREPONDERÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – NÃO PROVIMENTO.

O deferimento parcial de pedido de produção de prova, visando a apresentação de documentos que não guardam nenhuma relação com a causa, não configura cerceamento do seu direito de defesa, pois a instrução processual deve estar limitada aos fatos definidos na denúncia, e não a qualquer situação, indistintamente.

Restam caracterizados o dolo, a materialidade e a autoria do crime de apropriação indébita quando a funcionária recebe numerário devido à empresa em que trabalha, depositando-o em sua própria conta bancária, sem o conhecimento e anuência da empregadora.

A apresentação de razões recursais fora do prazo constitui mera irregularidade, não prejudicando o conhecimento da insurreição.

Não se justifica a exacerbação da pena-base em patamar muito acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais forem favoráveis à ré; pelo mesmo fundamento, devem ser mantidos o regime inicial aberto e a substituição das penas aplicáveis à espécie.

Apelações Criminais interpostas pela defesa e pela Assistente de Acusação às quais se nega provimento, ante a correta análise do acervo probatório e da proporcionalidade na aplicação da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, afastar a preliminar. no mérito, por unanimidade e em parte com o parecer improver ambos os recursos.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Jackeline Bezerra da Silva Fernandes do Nascimento e Plaenge Empreendimentos Ltda**.** interpõem apelações criminais objetivando a reforma da sentença que condenou a primeira recorrente à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a qual foi substituída por pena restritiva de direitos, pela prática do crime de apropriação indébita majorada pelo exercício de profissão, por duas vezes (art. 168, § 1º, III, c/c art. 71, ambos do Código Penal).

Preliminarmente, Jackeline aduz que o processo é nulo, em razão do cerceamento do direito de defesa, acarretado pelo indeferimento de produção de prova documental essencial à verdade dos fatos.

No mérito, requer a absolvição ante a não configuração do tipo penal, porque a empresa Plaenge Empreendimentos Ltda. estava ciente quanto aos depósitos realizados em sua conta, que era utilizada como "caixa-dois".

Contra-razões pelo improvimento do recurso (f. 449-459 e 463-476).

A Plaenge Empreendimentos Ltda. (assistente de acusação), por sua vez, requer a fixação da pena-base em patamar mais elevado, tendo em vista que foram verificadas 4 (quatro) circunstancias desfavoráveis à recorrida.

Em razão do aumento da pena-base que deve ser implementado, entende que não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, muito menos o cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Contrarrazões de Jackeline pelo não conhecimento do apelo interposto por Plaenge Empreendimentos Ltda**.**, devido à intempestividade das razões; e, no mérito, pelo não provimento (f. 497-517).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento de ambos os recurso, pelo não provimento do apelo defensivo, e provimento da pretensão do assistente de acusação (f. 523-538).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas pela acusada Jackeline Bezerra da Silva Fernandes do Nascimento**,** e por Plaenge Empreendimentos Ltda**.** (Assistente de Acusação), objetivando a reforma da sentença que condenou a primeira recorrente à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a qual foi substituída por pena restritiva de direitos, pela prática do crime de apropriação indébita majorada pelo exercício de profissão, por duas vezes (art. 168, § 1º, III, c/c art. 71, ambos do Código Penal).

Jackeline foi denunciada porque – nos meses de setembro de 2002 e abril de 2003, na cidade de Campo Grande – apropriou-se de quantia total de R$ 73.271,77 (setenta e três mil, duzentos e setenta e um reais e setenta e sete centavos), da empresa Plaenge Empreendimentos Ltda., valor correspondente às parcelas de financiamento de imóveis pertencentes construídos pela vítima.

Consta, ainda, que Jackeline era responsável pelo recebimento das parcelas e de depositá-los em favor da empresa em que trabalhava (aqui Assistente de Acusação).

As apropriações foram notadas quando clientes da vítima informaram que possuíam saldo devedor, mesmo após haverem pagado suas parcelas de financiamento de imóveis, por intermédio da entrega de valores à acusada.

Antes de adentrar na análise do mérito, é de se apreciar a prejudicial de nulidade em razão do alegado cerceamento do direito de defesa.

Segundo a recorrente, o juiz indeferiu incorretamente o seu pedido de produção de prova documental no sentido de que fosse determinada à PLAENGE a juntada de contratos, tabelas de preços e comprovantes de pagamento de diversos prédios construídos pela referida empresa (f. 180).

A preliminar deve ser rejeitada.

É verdade que o juiz *a quo* deferiu o pedido contido na alínea "d" da defesa prévia apresentada pela apelante (f. 207); mas não é verdade que esse mesmo pleito relacionado às provas tenha sido indeferido às f. 242.

Na realidade, houve apenas uma definição maior no pertinente à extensão da prova documental requerida, porque a acusada pretendia que fossem juntados tabelas de preços, contratos, comprovantes de pagamento e contratos de todos os imóveis que faziam parte dos prédios denominados "Michelângelo", "Leonardo da Vinci" e "Solar dos Pássaros".

A decisão de f. 242 particularizou a realização da prova, concentrando os esforços nas partes em que havia relação com a denúncia (f. 2-3). Portanto, o magistrado *a quo* não atentou contra o direito de defesa, muito pelo contrário, atendeu o seu pleito na medida do que era plausível para a hipótese dos autos.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa.

No pertinente ao mérito, sem razão a apelante.

A tese defensiva está alicerçada na idéia de que o dolo da apropriação não restou caracterizado. Segundo a recorrente, a empresa tinha ciência da utilização da sua conta-corrente pessoal para depósitos de valores que a empresa pretendia esconder, para fins de sonegação fiscal.

Entretanto, o álibi apresentado não procede, porque os depósitos de valores pertencentes à vítima na conta bancária da ré são incontroversos, como ela mesma reconhece em suas razões recursais, não havendo a necessidade de digressão a esse respeito.

De qualquer modo, as testemunhas Armando Bosco Martins Ribeiro (f. 204-206) e Maria Luiza Sperb Silva (f. 202-203) foram categóricas ao dizerem que não havia autorização de que valores pagos pelos clientes fossem depositados na conta da recorrente, mas que os guardassem no cofre da empresa.

Desse modo, em relação aos depósitos dos cheques entregues pelos clientes Antônio Augusto Carneiro (f. 38-43, no valor de 20.000,00) e Eunice Helena Puzzo (f. 34-35, no valor total de R$ 53.271,77), restou comprovado pelos extratos bancários (f. 72-98) e pelos depoimentos das testemunhas acima referidas que a recorrente utilizou esses numerários sem a autorização da empresa.

Isso porque os extratos fornecidos pelo HSBC Bank Brasil S.A. apontam que, logo após os depósitos dos valores mencionados, a apelante fazia aplicações financeiras com a maior parte do dinheiro, e depois resgatava os valores: 1º) débito no valor de 35.000,00, datado de 17 de outubro de 2002 (f. 76), logo após o depósito de R$ 20.000,00 (f. 74); e 2º) débito no valor de R$ 28.000,00, datado de 29 de abril de 2003 (f. 95), logo após os depósitos nos valores de R$ 28.680,00 e de R$ 24.591,77 (f. 93).

O salário mensal da apelante à época dos fatos era de aproximadamente R$ 1.342,60 (f. 72), e não comportava investimentos de tamanha envergadura. O ônus de comprovar que esses valores foram revertidos em favor a vítima era da apelante – porque a conta beneficiada era da ré – mas a mesma não se desincumbiu dessa atribuição.

Assim, comprovado que os depósitos ocorreram sem autorização da vítima configurado está o crime de apropriação indébita, praticado no exercício de emprego (art. 168, § 3º, III do Código Penal), razão por que não procede o pleito absolutório.

Quanto ao recurso da Plaenge Empreendimentos Ltda. (Assistente de Acusação), é de se analisar, inicialmente, a questão prejudicial de intempestividade das razões recursais, conforme o pleito defensivo.

A preliminar não se refere à extemporaneidade da petição de interposição, mas sim ao oferecimento das razões recursais.

Nesse sentido, o prazo do assistente é de 3 (três) dias após o término do prazo recursal do Ministério Público (8 – oito dias), ou seja, contam-se 11 (onze) dias a partir de 5 de agosto de 2008 – data da intimação para oferecer razões – e 16 de agosto de 2008 (sábado), findando-se o lapso temporal para apresentar razões aos 18 de agosto de 2008 (segunda-feira).

Ocorre que as razões do Assistente de Acusação foram protocolizadas aos 24 de setembro de 2008 (f. 478), ou seja, intempestivamente. Entretanto, consoante o entendimento pacificado do Superior Tribunal De Justiça, a intempestividade das razões recursais constitui mera irregularidade.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de intempestividade, argüida pela apelada.

No que diz respeito ao mérito do recurso acusatório o mesmo não merece prosperar, haja vista que a fixação da pena-base deu-se com a observância às circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, e em obediência ao princípio da proporcionalidade.

Se por um lado a culpabilidade da recorrida pode ser considerada elevada (f. 400), as demais circunstâncias são positivas (conduta social, personalidade e circunstâncias e consequências do crime), não havendo nenhum elemento concreto para a elevação pretendida.

Assim, sendo favoráveis à recorrida a maioria das circunstâncias judiciais, também estão justificadas a imposição do regime inicial aberto – art. 33, § 2º, "c" e § 3º, do Código Penal – e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos interpostos por Jackeline Bezerra da Silva Fernandes e Plaenge Empreendimentos Ltda., mantendo integralmente a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER IMPROVERAM AMBOS OS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.007101-3 - Corumbá
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE MATERIAL EXPLOSIVO – PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INVIABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – MAUS ANTECEDENTES NÃO COMPROVADOS – EXACERBAÇÃO DESPROPORCIONAL – ADEQUAÇÃO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REDUÇÃO MAIOR – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR EM RAZÃO DO CASO *IN CONCRETO* – PATAMAR ADEQUADO QUE SE MANTÉM – PROVIMENTO PARCIAL.

É inaplicável ao crime de tráfico o princípio da insignificância, pois nesse crime o bem jurídico protegido pelo Estado não é de natureza patrimonial, mas sim a incolumidade e a saúde públicas.

Havendo algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis a pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal; todavia, ainda que justificada a exacerbação, o aumento inicial da pena deve ser proporcional ao exame das circunstâncias judiciais negativas, sem que isso represente elevação em quase o dobro do mínimo legal – havendo de ser adequada quando os antecedentes criminais não são prejudiciais e os elementos subsistentes não carregam maior gravame.

É inviável a ampliação do *quantum* cabível à confissão espontânea quando o réu só contribuiu para o esclarecimento dos fatos após a sua prisão em flagrante; mantendo-se o patamar fixado pelo juízo *a quo*, que atende as condições do caso *in concreto*, dentro da discricionariedade permitida em lei.

Apelação Criminal defensiva a que se dá provimento parcial, ante a existência de fundamentos para a redução da pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o revisor, dar parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Sandro de Carvalho objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou como incurso nas sanções do art. 33 (tráfico de

drogas), da Lei n. 11.343/06, e do art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, às penas de 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 889 (oitocentos e oitenta e nove) dias-multa, na proporção de 1/15 (um quinze avos) do salário-mínimo.

O apelante pleiteia a absolvição, amparado no princípio da insignificância, em razão da pequena quantidade de droga apreendida; alternativamente, pugna pela redução da pena-base, pois não há comprovação de que ostenta maus antecedentes, bem como uma diminuição maior decorrente da confissão espontânea.

O apelado bate-se pelo improvimento do recurso (f. 412-416).

No mesmo sentido, a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 450-457).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Sandro de Carvalho irresignado com a sentença que o condenou como incurso nas sanções do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n. 11.343/06, e do art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, interpõe a presente Apelação Criminal.

O recorrente foi denunciado porque – aos 28 de julho de 2007, por volta das 7 horas, na esquina da Rua Edu Rocha com a Alameda Aviação, bairro Aeroporto, em Corumbá – foi surpreendido juntamente com Marcelo Nunes Lisboa da Silva na posse de arma de fogo de uso permitido, material explosivo, bem como 4,7 g (quatro gramas e sete decigramas) de cocaína, para fins de comercialização.

A tese principal do recorrente está fundada na alegada insignificância da sua conduta, no que diz respeito à droga apreendida.

O princípio da insignificância não pode ser utilizado indiscriminadamente a todos os delitos em que houver quantidades envolvidas em sua materialização, como ocorre com os crimes contra o patrimônio.

No caso do tráfico de drogas, o Estado não está preocupado com a quantidade de produto ilícito que circula com cada traficante, mas sim com o fato de que qualquer medida de entorpecente tem potencial para afetar negativamente a saúde pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, tanto que boa parte das condutas previstas no art. 33, da Lei n. 11.343/06, têm relação com o aspecto operacional da cadeia do tráfico (transporte, armazenamento, etc.).

Ademais, a quantidade apreendida com o apelante é apta para gerar vários "papelotes" de menos de 1g (um grama) de cocaína; sendo prática usual dos traficantes a fragmentação do produto, portando o suficiente para vendas rápidas e para inúmeros consumidores.

Por outro lado, o próprio acusado confessou a prática delitiva – e nem mesmo fez referência à conhecida escusa de que era usuário – deixando claro que havia transportado uma quantidade maior de droga, afirmando *in verbis* (f. 303-304):

> [...] no Brasil o interrogando não tem outros antecedentes criminais; que todavia, na Bolívia, o interrogando teve duas "passagens na polícia"; que numa dessas passagens resultou na condenação do interrogando em seis anos e oito meses por narcotráfico, tendo "já pago"; o que a outra passagens (sic), trata-se de acusação de envolvimento na morte da promotora de Justiça de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia

Os policiais Hilderaldo Luiz Torres Amarilho (F. 239) e Marcelo Lobo (f. 8-9) declararam que há vários meses vinham investigando o apelante em sua residência, visando descobrir a existência de crimes de tráfico de drogas e encontrar armas ilegais.

Com base nessas provas, é inviável a absolvição, mesmo que fundado no princípio da insignificância, que, repita-se, não é cabível no presente caso, consoante vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, *ex vi*:

> *HABEAS CORPUS* – DIREITO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEQUENA QUANTIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – PERIGO ABSTRATO.
>
> 1. O delito de tráfico de entorpecente é de perigo abstrato para a saúde pública, fazendo-se irrelevante que seja pequena a quantidade de entorpecente (Precedentes).
>
> 2. Ordem denegada. [1]
>
> *HABEAS CORPUS* – ART. 12, C.C. 18, INCISO IV, DA LEI N. 6.368/76 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE.
>
> 1. Inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
>
> 2. [...]
>
> 3. Ordem denegada. [2]

No entanto, assiste parcial razão ao recorrente no que tange ao pedido de redução da pena-base, haja vista que os crimes (tráfico de drogas e posse de material explosivo) foram cometidos em circunstâncias normais para o tipo penal e, de fato, não há documento algum que comprove a existência de antecedentes negativos.

Por outro lado, a sentença considerou negativos a conduta social e as circunstâncias do crime, razão pela qual a pena-base pode ser fixada em patamar razoavelmente acima do mínimo legal.

Entretanto, estabelecer a pena inicial em quase o dobro do mínimo previsto abstratamente para o tipo penal – 9 (nove) anos de reclusão – fere o princípio da proporcionalidade, pois a primeira fase da dosimetria não é a oportunidade adequada para aumentos elevados, mas sim a terceira fase do art. 68 (causas de aumento), do Código Penal.

Por essas razões, entendo que é cabível a redução da pena-base para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, na proporção de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo.

Considerando-se que a confissão do apelante (f. 303-304) não decorreu somente da sua intenção de colaborar com as autoridades, mas porque foi preso em flagrante (f. 6-13), entendo que ao *quantum* da redução – 3 (três meses) – decorrente do reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, deve ser mantido, pois na segunda fase da dosimetria não se eleva nem se diminui a pena em números elevados.

1 *HC* n. 79.661/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 4.8.2008.

2 *HC* n. 59.190/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 16.10.2006, p. 405.

Assim, quanto ao crime de tráfico, torno definitiva a pena em 7 (sete) anos, 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa; somado esse *quantum* às penas impostas pela prática do crime de posse de material explosivo – 5 (cinco) anos e 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, a quantidade total da reprimenda fica estabelecida em 12 (doze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 736 (setecentos e trinta e seis) dias-multa, à razão de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Sandro de Carvalho, para tão-somente reduzir a pena-base, nos termos da fundamentação, mantendo a condenação e as penas referentes ao crime descrito no art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Revisor)

Concordo com o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, quanto à suficiência probatória para o decreto condenatório**,** no tocante ao delito previsto artigo 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06, sendo inaplicável o princípio da insignificância em face da pequena quantidade de droga apreendida em poder do apelante (4,7 gr de cocaína), por se tratar a espécie em exame de crime de perigo presumido ou abstrato e lesar a saúde pública, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao pedido da Defesa de redução do *quantum* da dosimetria da pena-base referente ao artigo 33 *caput* da Lei de Drogas, também acompanho o relator, porque o tráfico de drogas foi cometido em circunstâncias normais para o tipo penal e, de fato, não há documento algum que comprove a existência de antecedentes negativos do apelante.

Entretanto, ressalto que ser primário e detentor de bons antecedentes não assegura ao apelante o direito de ter a pena-base fixada no mínimo legal, visto que, segundo o comando constante da parte final do artigo 59 do Código Penal, a reprimenda deverá ser de tal forma que não só alcance retributividade repressiva das práticas ilícitas realizadas, como também seja suficientemente desestimuladora da reiteração daquelas.

Neste sentido, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci[3]:

> A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente.

Dessa forma, acompanho o relator para, em relação ao artigo 33 *caput,* da Lei n. 11.343/06, tornar definitiva a pena em 7 (sete) anos, 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa.

Quanto à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tem-se que preenchidos os requisitos exigidos, constitui direito subjetivo do agente a aplicação do referido dispositivo legal, que possui a seguinte redação:

> [...] § 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 [...]

Ocorre que, embora seja primário e de bons antecedentes, o apelante não preenche os demais requisitos elencados no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, benefício que se aplica exclusivamente ao traficante eventual,

3 Código penal comentado.**RT**, 6. ed., 2006, p. 355-356.

o que não é o caso do apelante, conforme se depreende das provas colhidas na instrução criminal, corroborados por seu próprio depoimento judicial à f. 304, em que se esclarece que, *conforme o respectivo auto de apreensão bem como, do material entorpecente que se tratava de um resíduo que o interrogando transportou uns dois meses antes do fato; que aliás, essa quantidade, por se tratar de um resíduo, era bem pouca, de duas a três gramas aproximadamente [...] que no Brasil o interrogando não tem outros antecedentes criminais; todavia, na "Bolívia, o interrogando teve duas passagens na polícia; que uma dessas passagens resultou na condenação do interrogando em seis anos e oito meses por narcotráfico, tendo já pago; que a outra passagem trata-se de acusação de envolvimento de morte da promotora de justiça de Santa Cruz de La Sierra/Bolívia, que ainda não foi sentenciado,* circunstâncias que não deixam dúvida de que se dedicava plenamente à atividade ilícita.

Entretanto, peço vênia para discordar do relator no tocante à manutenção da pena-base referente ao artigo 16, III, da Lei n. 10.826/03, visto que, apesar de consignar que *"assiste parcial razão ao recorrente no que tange ao pedido de redução da pena-base, haja vista que os crimes (tráfico de drogas e posse de material explosivo) foram cometidos em circunstâncias normais para o tipo penal e, de fato, não há documento algum que comprove a existência de antecedentes negativos",* deixou de afastar da dosimetria da reprimenda em apreço os maus antecedentes e a personalidade do agente.

Consta da sentença condenatória, às f. 366-376, que:

> Considerando que foi encontrado verdadeiro "arsenal" de armas, explosivos e acessórios na residência deste acusado, conforme se depreende do auto de exibição e apreensão de f. 32, reputo como sendo de enorme intensidade sua culpabilidade; que registra antecedentes criminais porquanto, como ele próprio asseverou em seu interrogatório judicial, já sofreu condenação por tráfico de drogas na República da Bolívia; que sua conduta social é altamente reprovável, havendo seguras indicações nos autos de que não exerce atividade laboral lícita e se dedica, exclusivamente, à prática de delitos; que sua personalidade é, pelo que restou apurado, de pessoa voltada à prática de crimes; que o motivo do crime não ficou claramente demonstrado nos autos; que as circunstâncias do delito são desfavoráveis ao réu, posto ter escondido o citado "arsenal" em sua própria residência, situada em região quase central desta cidade e em frente ao aeroporto local, demonstrando, assim, evidente descaso para com o Estado, para com sua própria família e para com toda sua vizinhança e que, inclusive, sofreu risco iminente com possível explosão que poderia advir do armazenamento daquela grande carga de explosivos; que as conseqüências do crime são desbordaram da normalidade; que o comportamento da vítima, no caso toda a sociedade, em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, e atento, sobretudo, aos ditames dos artigos 59 e 68 do Código Penal, estabeleço a pena-base em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, esta no valor unitário de 1/15 do salário mínimo, havendo indicação de que se trata de pessoa com razoáveis condições financeiras, inclusive sempre atendido por advogado particular, morador de casa em área nobre da cidade e possuidor de automóvel etc.
>
> 2) DAS ATENUANTES E AGRAVANTES
>
> Não vislumbro agravantes. Vislumbro, por outro lado, a atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, "d", do CP), a despeito da confissão não ter sido prova decisiva para o deslinde do feito, ante o fato de ter sido preso em flagrante, com as armas, explosivos e acessórios, tendo sido apreendidos em sua própria residência. Reputo justo, assim, reduzir a pena em 2 (dois) meses de reclusão e 1(um) dia-multa, restando definitiva para este delito em 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias-multa, no importe unitário de 1/15 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A pena-base privativa de liberdade foi fixada em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, ou seja, 2 (dois) anos e 3 (três) meses acima do mínimo legal.

Não obstante reconhecer-se que há discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base entendo que a defesa tem parcial razão ao pretender a sua redução, porque como bem asseverou o ilustre relator, no tocante aos maus antecedentes do apelante não há nenhum documento nos autos que comprove a existência de antecedentes negativos.

Ademais, consoante, o *"princípio da presunção de inocência, firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que somente podem ser considerados maculados os antecedentes do acusado, de modo a elevar a pena-base, quando houver nos autos notícia de condenação anterior com trânsito em julgado*"[4].

Neste mesmo sentido, o entendimento desta Segunda Turma Criminal deste Sodalício, em que o Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, consignou que *"em abono ao princípio da presunção de inocência, não se consideram maus antecedentes os inquéritos e ações em andamento em desfavor do réu. Circunstâncias judiciais favoráveis. Redução da pena-base de ofício"*.[5]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também consolidou o entendimento de que *viola o princípio constitucional da presunção da inocência (CF, art. 5º, inciso LVII) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional*"[6], e que, *por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial.*[7]

Entretanto, como já consignado, o fato de o apelante ser primário e detentor de bons antecedentes não lhe assegura o direito de ter a pena-base fixada no mínimo legal, segundo o comando constante da parte final do artigo 59 do Código Penal.

Ademais, incensurável a douta decisão recorrida quanto à aplicação da atenuante da confissão espontânea no patamar de 2 (dois) meses de reclusão e 1(um) dia-multa, porquanto o apelante só contribuiu para o esclarecimento dos fatos após a sua prisão em flagrante com as armas, explosivos e acessórios apreendidos em sua própria residência.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Por conseguinte, obedecidas as incensuráveis diretrizes fixadas pela instância inferior e considerando a modificação realizada no tocante ao afastamento dos maus antecedentes e personalidade voltada para a prática delitiva, diante dos fundamentos supramencionados, reestrutura-se a pena imposta ao apelante, pertinente ao delito previsto no artigo 16, III, da Lei n. 10.826/03, nos moldes previstos no artigo 68 do Código Penal, que passa a ser a seguinte:

Na primeira fase da aplicação da pena-base, considerando-se as circunstâncias estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, devidamente valoradas pelo juízo monocrático e afastando-se os antecedentes criminais e a personalidade, reduzo a pena-base para 4 (quatro) anos e 6(seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa à razão de 1/15 do salário mínimo vigente à época do fato, corrigidos monetariamente.

Na segunda fase, mantendo-se a incidência da atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, "d", do CP), reduzo a pena em 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) dia-multa**,** restando a pena em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias-multa, no importe unitário de 1/15 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

4 TJES, ACr n. 24080175763, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, julgado em 7.10.2009, DJES 24.11.2009, p. 75

5 TJMS, Acr. n. 2008.008169-5, Três Lagoas, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, Segunda Turma Criminal, julgado em 6.10.2008)

6 STJ, REsp n. 675.463/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 13.12.2004

7 STJ, *HC* n. 31.693/MS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 6.12.04.

Na terceira fase, ausentes a causa de diminuição e de aumento, resta a pena em definitivo em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias-multa, no importe unitário de 1/15 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Consubstanciado no disposto no artigo 69, *caput,* do Código Penal, procedo à soma das reprimendas, fixadas em 7 (sete) anos, 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa, quanto ao artigo 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06 e 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias-multa, no importe unitário de 1/15 do salário mínimo, no tocante ao artigo 16, III, da Lei n. 10.826/3, resta o apelante, portanto, condenado à pena total e final de 11 (onze) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/15 do salário mínimo, a ser cumprido em regime fechado, a teor do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal e das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante e artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Do exposto, contra o parecer, acompanho o relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por Sandro de Carvalho e reduzir a pena do artigo 33, *caput,* da Lei n. 11.343/06, para 7 (sete) anos, 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa e, no tocante ao artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, reduzo a pena para 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias-multa, mantendo-se as demais cominações da sentença.

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

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Carlos Eduardo Contar, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli e o Exmo. Sr. Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Agravo Criminal - n. 2010.004670-8 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE DROGAS – CRIME NÃO HEDIONDO – PROVIMENTO.

O crime previsto no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/06, quando envolve substância que não está prevista na Portaria n. 344/98, da Secretaria da Vigilância Sanitária, a qual define o conceito de droga, não pode ser considerado hediondo, pois a Lei n. 8.072/90 refere-se exclusivamente ao delito de tráfico de drogas.

Agravo de Execução Penal defensivo a que dá provimento, a fim de afastar a incidência da Lei dos Crimes Hediondos, admitindo a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 8 de março de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Marcio Fernandes Ferreira interpõe Agravo de Execução Penal objetivando a reforma do *decisum* que não afastou a hediondez do delito previsto no art. 33, § 1º (transportar insumo destinado à preparação de drogas), da Lei n. 11.343/06, e deixou de conceder a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda.

Aduz que em razão de a lidocaína e a cafeína – substâncias transportadas pelo agravante – não estarem arroladas na Portaria n. 344, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, não podem ser consideradas drogas, tampouco induzirem à hediondez do delito, porquanto a Lei n. 8.072/90, que define os crimes hediondos, fala em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Alega, ainda, que a aplicação da diminuta prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, extirpa o caráter hediondo da conduta e confere ao agravante o direito de progredir de regime nos moldes previstos na Lei de Execução Penal.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pela manutenção da sentença (f. 49-59).

A decisão recorrida foi mantida pelo juízo *a quo* (f. 60).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 66-74).

VOTO (EM 1º.3.2010)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O deslinde da controvérsia cinge-se à discussão quanto à natureza hedionda (ou não) do crime previsto no art. 33, § 1º (tráfico de insumo destinado à preparação de drogas), da Lei n. 11.343/06.

Embora comungue do entendimento de que a incidência da diminuta prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, absolutamente, não afasta a hediondez do delito, visto que diz respeito à aplicação da pena, e não à natureza do referido tipo penal, o caso em questão engloba questão diversa, daí por que merece provimento.

Como cediço, vige no direito penal brasileiro o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

Por seu turno, o art. 1º, do Código Penal, reforça a ideia e dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina."

O crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, é equiparado ao hediondo e, para a tipificação da conduta, diz o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06, que *"consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causa dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União."*

Sobre o assunto, leciona a doutrina que *"continua a lei antitóxicos a ser uma norma penal em branco. Há órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral no Brasil, que é Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas."* [1]

Atualmente, o veículo normativo que define o conceito de droga é a Portaria n. 344/98, da Secretaria da Vigilância Sanitária, a qual não cataloga as substâncias cafeína e lidocaína, de sorte que a conduta imputada ao agravante não constitui tráfico de drogas, mas uma figura equiparada a esse.

Com efeito, tais substâncias, na verdade, são apenas insumos destinados à preparação da droga – não possuem as mesmas propriedades psicotrópicas – e, por esse motivo, estão arroladas na Lista II, da Portaria n. 1.274/2003, do Ministério da Justiça, editada com o objetivo de intensificar o controle sobre a circulação desses produtos.

Portanto, verificado que as substâncias transportadas pelo agravante não se enquadram no conceito jurídico de droga ou entorpecente – pela terminologia antiga – impossível é a sujeição da sua conduta aos ditames da Lei n. 8.072/90, que faz alusão, em seu art. 2º, tão-somente ao "tráfico de substância entorpecente", *in verbis:*

> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed., São Paulo: **RT**, 2007, p. 293.

[...]

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente."

(Destaques não originais)

Tanto é assim que a figura típica de "transportar insumo destinado à preparação de drogas" não está inserida no "caput" do art. 33, mas sim no § 1º, que traz as chamadas figuras equiparadas, criadas com "a finalidade de evitar situações que pudessem levar à impunidade do agente. [2]

Apregoar em sentido contrário seria o mesmo que aplicar analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme leciona a doutrina:

A extensão analógica que venha a prejudicar o réu, seja por fazê-lo responder por um fato não expressamente previsto em lei, seja por aplicar-lhe uma pena não estabelecida previamente, seja ainda por agravar-lhe a situação, não é de nenhum modo aceita pelo direito penal, em razão do princípio da reserva legal. [3]

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Marcio Fernandes Ferreira, a fim de elidir da execução penal as restrições previstas na Lei n. 8.072/90.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (1º Vogal)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL, APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL PROVEREM O RECURSO.

VOTO (EM 8.3.2010)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal)
Após analisar os autos, acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:
POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.
Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.
Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 8 de março de 2010.

***

2 GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.
3 COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29-30.

Habeas Corpus n. 2010.000091-5 - Bonito
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO – PACIENTE PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE – TRATAMENTO NÃO PRESTADO ADEQUADAMENTE PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO – FALTA DE ESTRUTURA – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS – PRISÃO DOMICILIAR – REQUISITOS DO ARTIGO 117 DA LEP – EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA.

O teor do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar será admitida, em sede de execução penal, somente aos presos submetidos ao regime aberto, contudo, a jurisprudência vem relativizando tal condição, para aqueles que se encontram nos regimes fechado e semiaberto, em casos excepcionais.

Demonstrado o delicado estado de saúde do paciente, acometido de doença grave (diabetes), que exige tratamento rigoroso, com a aplicação de insulina duas vezes ao dia e alimentação controlada, somada à falta de estrutura da cadeia pública local, excepcionalmente, em face da peculiaridade do caso concreto, deve ser admitido o cumprimento do restante da pena em prisão domiciliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, ratificando a liminar,contra o parecer.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Rene Siufi e Honório Suguita, em favor do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira, apontando o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito como autoridade coatora.

Os impetrantes sustentam, em apertada síntese, que o constrangimento ilegal ao paciente estaria consubstanciado na decisão da autoridade apontada como coatora que indeferiu a sua transferência para cumprimento de pena na comarca de Bonito-MS (f. 78-79).

O paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semi-aberto, e possui residência na comarca de Bonito-MS, onde exerce a atividade de Administrador de Fazendas.

Devido ao seu precário estado de saúde, está cumprindo pena nesta capital, entretanto, com a diabetes sob controle e para melhor ressocialização do paciente, buscou sua transferência para cumprimento da pena na comarca de Bonito-MS.

Apesar da declaração de existência de vaga pelo Delegado de Polícia (f. 53), sua pretensão foi negada, sob o fundamento de que *"é lamentável a situação da cadeia pública local, sendo ínfimo não apenas o espaço físico, mas também o efetivo policial, que não permite até mesmo o banho de sol dos detentos"* e que "*se trata de local com muita umidade e mofo, inexistindo ventilação adequada o que, sopesando, tenho como mais prejudicial à saúde do requerente do que apenas uma alimentação inadequada*" (sic – f. 79).

Requer a concessão da ordem, para que lhe seja imposto regime domiciliar de cumprimento de pena, tendo em vista a precariedade da cadeia pública da Comarca de Bonito-MS.

Liminar deferida às f. 82 e v.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 87.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 61-72, opina pela denegação da ordem.

VOTO (EM 25.1.2010)

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

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por Rene Siufi e Honório Suguita, em favor do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira, apontando o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito como autoridade coatora.

Os impetrantes sustentam, em apertada síntese, que o constrangimento ilegal ao paciente estaria consubstanciado na decisão da autoridade apontada como coatora que indeferiu a sua transferência para cumprimento de pena na comarca de Bonito-MS (f. 78-79).

O paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semi-aberto, e possui residência na comarca de Bonito-MS, onde exerce a atividade de Administrador de Fazendas.

Devido ao seu precário estado de saúde, está cumprindo pena nesta capital, entretanto, com a diabetes sob controle e para melhor ressocialização do paciente, buscou sua transferência para cumprimento da pena na comarca de Bonito-MS.

Apesar da declaração de existência de vaga pelo Delegado de Polícia (f. 53), sua pretensão foi negada, sob o fundamento de que *"é lamentável a situação da cadeia pública local, sendo ínfimo não apenas o espaço físico, mas também o efetivo policial, que não permite até mesmo o banho de sol dos detentos"* e que "*se trata de local com muita umidade e mofo, inexistindo ventilação adequada o que, sopesando, tenho como mais prejudicial à saúde do requerente do que apenas uma alimentação inadequada"* (sic – f. 79).

Requer a concessão da ordem, para que lhe seja imposto regime domiciliar de cumprimento de pena, tendo em vista a precariedade da cadeia pública da Comarca de Bonito-MS.

De acordo com as fotos trazidas pelo Ministério Público às f. 77, não restam dúvidas quanto à inadequação da cadeia pública local, o que só viria a agravar o quadro clínico do paciente, uma vez que se encontra em estado de saúde precário.

O teor do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar será admitida, em sede de execução penal, somente aos presos submetidos ao regime aberto, contudo, a jurisprudência vem relativizando tal condição, para aqueles que se encontram nos regimes fechado e semiaberto, em casos excepcionais: O primeiro, quando o preso estiver acometido de doença grave e o estabelecimento prisional não possuir condições de prestar a devida assistência médica, deixando de fornecer os cuidados especiais necessários; o segundo, devido à falta de estrutura do sistema penitenciário, que impeça a progressão de regime do preso ou mesmo a sua transferência, quando houver atestado de vaga emitido por autoridade competente.

No presente caso, a meu ver, estão presentes as situações acima descritas. Conforme relatado na inicial do *writ*, o paciente é portador de doença crônica (f. 36) – *Diabetes Mellitus Insulino Dependente* – necessitando de duas aplicações diárias de insulina e dieta alimentar balanceada para manter o nível adequado de açúcar no sangue, o que não estava sendo realizado na colônia penal agrícola de Campo Grande-MS, razão pela qual lhe foi concedida a saída para tratamento médico pelo prazo de 60 (sessenta) dias (f. 31), tendo em vista a gravidade do seu estado de saúde.

Com efeito, a família do paciente reside em Bonito e poderá lhe proporcionar uma alimentação adequada, para o efetivo controle da doença, além de possuir residência na referida Comarca, exercendo atividade de administrador de fazenda.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* n. 71.179, assentou o entendimento de que "*a ordem jurídica em vigor consagra o direito de o preso ser transferido para o local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares*".

Às f. 53, o delegado de polícia atestou a existência de vaga não se opondo à transferência, todavia, a autoridade coatora, sob o fundamento de que a estrutura local não é suficiente para atender alguém cujo estado de saúde inspira cuidados, negou o pedido de transferência, sendo este o único motivo apresentado.

Na decisão impugnada, ressaltou (f. 79):

> É lamentável a situação da cadeia local, sendo ínfimo não apenas o espaço físico, mas também o efetivo policial, que não permite até mesmo o banho de sol diário dos detentos. Não há cela especial e os detentos do regime semiaberto cumprem pena no mesmo local dos que cumprem pena em regime aberto, ocasionando sérios problemas de acomodação dos mesmos, já que a Comarca não possui local apropriado para o cumprimento de peno do regime aberto e semiaberto (Colônia Penal Agrícola e casa do Albergado)

Conforme destaquei na liminar concedida, é dever do Estado possibilitar o cumprimento de pena do reeducando, não podendo ele ser prejudicado pela falta de estrutura do estabelecimento penal.

A Segunda Turma Criminal deste Sodalício, já se manifestou favorável à prisão domiciliar nos casos em que o regime indicado não possa ser fornecido ao reeducando, nos termos do *HC* n. 2009.025316-5, julgado em 29.10.2009, de relatoria do Des. Manoel Mendes Carli, que ficou assim ementado:

> *HABEAS CORPUS* – REGIME SEMIABERTO – PRESÍDIO INTERDITADO – PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DO RESTANTE DA PENA EM REGIME DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA. (Segunda Turma Criminal, julgado em 29.10.2009).

No mesmo sentido, consoante destacado pelo Des. Romero Osme Dias Lopes, no *HC* n. 2008.021497-1, julgado em 25.8.2008 "*não pode o Judiciário impedir que o paciente seja tratado adequadamente, sob pena de afronta a direito constitucional que garante o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.*"

Desse modo, vislumbra-se, na espécie, hipótese excepcional a justificar a concessão da prisão domiciliar.

Em face do exposto, contra o parecer, concedo a ordem, para possibilitar a transferência do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira, para a Comarca de Bonito-MS, devendo cumprir pena em regime domiciliar, enquanto perdurar o estado crítico do estabelecimento prisional.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL, APÓS O RELATOR CONCEDER A ORDEM. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 1.2.2010)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a matéria colocada em debate, após o ilustre relator conceder a ordem de *habeas corpus*, para possibilitar a transferência do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira para a comarca de Bonito, devendo cumprir pena em regime domiciliar, enquanto perdurar o estado crítico do estabelecimento prisional.

Analisando atentamente o voto elaborado pelo relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, assim como os documentos encartados nos autos, não tenho dúvida de que a concessão da ordem é a medida mais acertada.

Consoante se verifica nos autos, o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, o que, a teor do disposto no art. 117 da Lei de Execução Penal, não lhe permitiria cumprir a reprimenda imposta no regime domiciliar.

Contudo, conforme bem ressaltou o relator, *"[...] a jurisprudência vem relativizando tal condição, para aqueles que se encontram nos regimes fechado e semiaberto, em casos excepcionais: O primeiro, quando o preso estiver acometido de doença grave e o estabelecimento prisional não possuir condições de prestar a devida assistência médica, deixando de fornecer os cuidados especiais necessários; o segundo, devido a falta de estrutura do sistema penitenciário, que impeça a progressão de regime do preso ou mesmo a sua transferência, quando houver atestado de vaga emitido por autoridade competente"*.

Evidente que o paciente enquadra-se nesta segunda hipótese.

Vislumbra-se que o paciente é portador de doença crônica (f. 36) – *Diabetes Mellitus Insulino Dependente* – necessitando de duas aplicações diárias de insulina e dieta alimentar balanceada para manter o nível adequado de açúcar no sangue, o que não estava sendo realizado na colônia penal agrícola de Campo Grande-MS.

Por conta disso, diante da gravidade do estado de saúde do paciente, concedeu-se sua saída para tratamento médico pelo prazo de 60 (sessenta) dias (f. 31).

A família do paciente reside na cidade de Bonito, de modo que poderá lhe proporcionar uma alimentação adequada, a fim de controlar a grave doença.

Não fosse isso, o próprio paciente possui residência naquela Comarca, exercendo atividade de administrador de fazenda.

Por outro lado, o delegado de polícia atestou a existência de vaga não se opondo à transferência do paciente (f. 53). Mesmo assim, a autoridade coatora negou o pedido de transferência, justificando da seguinte forma, *verbis*:

> É lamentável a situação da cadeia local, sendo ínfimo não apenas o espaço físico, mas também o efetivo policial, que não permite até mesmo o banho de sol diário dos detentos. Não há cela especial e os detentos do regime semiaberto cumprem pena no mesmo local dos que cumprem pena em regime aberto, ocasionando sérios problemas de acomodação dos mesmos, já que a Comarca não possui local apropriado para o cumprimento de peno do regime aberto e semiaberto (Colônia Penal Agrícola e casa do Albergado) (f. 79)

Nota-se, portanto, que o indeferimento teve como fundamento a falta de estrutura do estabelecimento penal. E, como já se manifestou esta 2ª Turma Criminal, esse fato, por si só, não obsta a concessão do regime domiciliar, consoante bem destacou o ilustre relator, trazendo inclusive decisão nesse sentido.

Antes de concluir meu voto, não poderia ficar de braços cruzados diante de tudo o que foi exposto pela juíza, relativo à falta de estrutura do estabelecimento penal, mormente por integrar o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, cuja atribuição do Conselho Superior da Magistratura ocorreu por disposição do Conselho Nacional de Justiça.

A Resolução n. 47/CNJ dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal. Seu art. 2º enuncia que o juiz deve elaborar relatório mensal sobre as condições da casa prisional e encaminhá-lo, até determinada data, à corregedoria de Justiça do tribunal ao qual pertence, sem prejuízo de outras providências para o adequado funcionamento do estabelecimento. Destaca-se o papel do juiz da execução conforme o modelo de fiscalização que delineia a própria Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84).

Destarte, quando se averiguar a situação precária da casa prisional, o juiz-corregedor permanente tem a possibilidade de baixar uma portaria, instaurando o respectivo processo de interdição, mediante juntada de uma série de documentos comprobatórios das referidas condições, tais como o laudo médico sobre as condições sanitárias e higiênicas do prédio, o laudo técnico sobre as condições de segurança e de utilização do local, bem como fotografias ilustrativas, além da comunicação da prefeitura do Município onde sediado o estabelecimento, a qual deve informar se há possibilidade de efetuar obras saneadoras (art. 160 e 161). Somente após essa instrução e eventuais diligências, o juiz-corregedor permanente examinará a conveniência da interdição (art. 162). Sendo o caso da medida extrema, deverá o juízo obter aprovação da corregedoria-geral da Justiça, autoridade competente para autorizar que o referido juízo baixe o respectivo decreto de interdição (art. 162.1, 163 e 163.1). A interdição, justamente por ser uma medida extrema que alcança o poder de polícia do Estado, deve ser cientificada aos detentores das pastas de segurança pública e da Justiça no Poder Executivo estadual (art. 163.1 e 164).

Não discrepa a doutrina de tal entendimento, como pode ser visto no magistério de Mirabete, o qual registra, no subcapítulo 3.26 denominado: "Decisões Administrativas", em seu comentário à LEP, a seguinte passagem: *"Pode o juiz também interditar, no todo ou em parte, o estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei (art. 66, VIII). Se, por deficiências materiais, falta de segurança, inexistência de condições de insalubridade, etc., verificar o juiz a impossibilidade de se atender aos requisitos mínimos previstos para a execução penal, deve interditar o estabelecimento total ou parcialmente. Evidentemente, tal determinação somente se justifica na hipótese de graves irregularidades ou deficiências, que não possam ser sanadas por outros meios menos drásticos, já que a interdição, principalmente nos estabelecimentos penais de grande porte, provoca sérios problemas de acomodação da população carcerária. [...] Enquanto as decisões jurisdicionais do juiz da execução estão sujeitas ao recurso de agravo em execução, previsto no artigo 197 da LEP (item 8.4), as decisões administrativas estão submetidas aos recursos estabelecidos pela lei local. Mesmo as decisões administrativas do juiz devem ficar sujeitas ao reexame formal e material e a lei local deve estabelecer a competência e formalidades necessárias à nova apreciação do pronunciamento judicial no sentido de se respeitar o princípio da legalidade da execução penal. De acordo com a legislação federal, aliás, são recorríveis decisões administrativas nos casos de Registros Públicos" (art. 202 e 204 da Lei n. 6.015/73), etc.* (MIRABETE, 2007, p. 186-187).

Portanto, em que pese à realidade da situação atual dos presídios, deve o juízo da execução penal observar, *in loco*, as normas regulamentares acerca das formalidades e procedimentos administrativos que visem à interdição de estabelecimentos prisionais.

Com efeito, existem meios à disposição dos juízes para que eles sanem os eventuais problemas, não se limitando a constatações de deficiências apontadas, quedando-se inertes e omissos em seu mister de tratar com dignidade aqueles que cumprem pena sob sua autoridade. Não custa relembrar que a maioria das pessoas encarregadas deste mister, tratam os condenados como animais e exigem deles comportamento de fidalgos. Em relação a esses fatos, comunique-se ao referido grupo, via seu Presidente, enviando-lhe toda documentação necessária para conhecimento e adoção das medidas cabíveis (v.g., f. 45-79 e f. 86-87).

Diante dessas considerações, não tenho dúvida em acompanhar o relator e também conceder a ordem de *habeas corpus*, para possibilitar a transferência do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira, para a Comarca de Bonito-MS, devendo cumprir pena em regime domiciliar, enquanto perdurar o estado crítico do estabelecimento prisional.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2010.

Apelação Criminal n. 2010.000267-2 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO A MILITAR ART. 299, COM – ABSOLVIÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – PALAVRAS DE BAIXO CALÃO DIRIGIDAS A POLICIAL MILITAR – BOMBEIRO MILITAR EM HORÁRIO DE FOLGA, NA VARANDA DE SUA RESIDÊNCIA – EMBRIAGUEZ – RESPOSTA A PROVOCAÇÃO PRÉVIA DO OFENDIDO – AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO – RECURSO IMPROVIDO.

A caracterização do crime previsto no art. 299, do CPM, exige que o indivíduo pretenda denegrir a imagem do agente militar – diretamente – e da corporação militar – indiretamente.

Se as palavras de baixo calão dirigidas a policial militar foram proferidas por agente que estava embriagado, na varanda de sua residência, após injusta provocação do ofendido, não há evidência da prática do crime de desacato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de março de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença (f. 221-227) que absolveu Augusto Almeida Carneiro Monteiro da prática do crime previsto no art. 299 (desacato a militar), do Código Penal Militar, após decisão do Conselho Permanente de Justiça (f. 219), por maioria (3 X 2), que julgou a denúncia improcedente, com fulcro no art. 439, 'e' (insuficiência de provas), do CPPM.

O Ministério Público Estadual, em suas Razões Recursais (f. 236-243), em apertada síntese, afirma que "*o conjunto probatório carreado aos autos é farto a demonstrar que o ora Apelante agiu, na ocasião, com a intenção de desprestigiar e menosprezar a autoridade dos policiais militares que agiram no exercício de suas funções, razão pela qual a r. Sentença merece ser reformada, para condenar o Bombeiro Militar em questão pela prática da conduta descrita no artigo 299 do Código Penal Militar*" (sic – f. 243).

O apelado pugna, em suas Contra-Razões Recursais (f. 250-273), em apertada síntese, em preliminar, pelo reconhecimento da absoluta incompetência da Justiça Militar Estadual e, consequentemente, nulidade processual *ab initio*, e, no mérito, pelo improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 279-286), opina pela rejeição da preliminar de incompetência de juízo e pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

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

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença (f. 221-227) que absolveu Augusto Almeida Carneiro Monteiro da prática do crime previsto no art. 299 (desacato a militar), do Código Penal Militar, após decisão do Conselho Permanente de Justiça (f. 219), por maioria (3 X 2), que julgou a denúncia improcedente, com fulcro no art. 439, 'e' (insuficiência de provas), do CPPM.

Consta na denúncia que, no dia 23 de junho de 2009, por volta das 22 horas, na Rua Caxambu, 184, Bairro São Francisco, nesta capital, em frente a sua residência, o apelado Cb BM Augusto Almeida Carneiro Monteiro teria desacatado policiais militares que se encontravam no exercício de suas funções.

Na ocasião, os policiais militares teriam se dirigido até aquele local a fim de apurar uma denúncia de possível prática de violência doméstica entre o apelado e sua esposa. Quando abordado, o apelado, em visível estado de embriaguez, teria proferido diversas palavras de baixo calão contra os milicianos.

Em que pese a preliminar de incompetência de juízo suscitada pelo apelante, em sede de contrarrazões Recursais, verifica-se que a decisão judicial questionada é uma sentença absolutória – que possui natureza jurídica sanatória de todos os vícios processuais – razão por que, no caso concreto, tenho-a como prejudicada.

O *parquet* busca a condenação do apelado pela prática do crime previsto no art. 299, do CPM. Cotejando demoradamente os elementos probatórios contidos nos autos, tenho que não é possível a prolação de uma sentença condenatória segura.

Para condenação, é imprescindível a ocorrência do elemento subjetivo do tipo penal em questão. No caso do crime de desacato, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em definir que o elemento subjetivo é o dolo em desprestigiar ou humilhar a função pública exercida pelo funcionário.

Esse dolo, contudo, deve ser deliberado pelo agente, sem interferências externas. No caso concreto, todo o conjunto probatório aponta que o apelado proferiu palavras de baixo calão contra o Policial Militar que lhe abordava, entretanto, as provas indicam que esta conduta se deu em resposta à provocação do miliciano e, ainda, decorrente do elevado grau de embriaguez em que o apelado se encontrava.

Guilherme de Souza Nucci[1] ensina que:

> Deve-se ter a mesma cautela quando o agente estiver descontrolado ou profundamente emocionado ou irado, pois, nessa hipótese, pode (embora não deva ser regra geral) não se configura a vontade de depreciar a função pública – o que está ínsito ao conceito de desacato, como já mencionado.
>
> [...]

1 Código penal comentado. 9. ed. São Paulo: **RT**, 2008, p. 1106-1107.

> Funcionário que provoca a ofensa: não configura desacato se o particular devolve provocação do funcionário público, tendo em vista que não busca desprestigiar a função pública, mas dar resposta ao que julgou indevido

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Cezar Roberto Bittencourt[2]:

> Não raro, nos casos de 'desacato' existe a provocação da autoridade, geralmente policial, na maioria das vezes, propositadamente para encobrir alguma arbitrariedade, forçando o 'pseudodesacato'. A jurisprudência, pelo menos, tem procurado suavizar as arbitrariedades que ocorrem nos discutíveis desacatos perante agentes policiais e judiciais, decidindo que a repulsa à provocação da autoridade não constitui desacato punível, seguindo, no particular, o velho magistério de Hungria: 'não haverá crime quando o funcionário tiver dado causa ao ultraje, de modo que este se apresente como uma repulsa justificada, tal como no caso de resistência à execução de ordens ilegais ou executadas com desnecessária violência'.

Verifica-se que o caso *sub judice* se encaixa perfeitamente nos exemplos mencionados pela doutrina. Aliás, o próprio Sd PM Edgar Rocha Rodovalho, que teria sido vítima direta das declarações insufladas do apelado, reconhece que (depoimento judicial, f. 110):

> JUIZ: Ele usou alguma palavra depreciativa em relação ao senhor e a guarnição?
>
> DEPOENTE: Após, usou, depois de uma pequena conversa, ele usou, aí me xingou, desacatou a guarnição.
>
> JUIZ: Xingou o senhor[...] O senhor poderia repetir as palavras que ele utilizou?
>
> DEPOENTE: É[...] 'filho da puta', com perdão da palavra, é[...] Policial, 'Soldado de merda'.
>
> JUIZ: Em algum momento na abordagem do senhor, o senhor falou para ele que ele não era homem?
>
> DEPOENTE: Eu só fiz um pequeno comentário com a guarnição que tava comigo, o Sol. Erdelan e mais outra viatura que chegou.
>
> JUIZ: Qual foi o comentário?
>
> DEPOENTE: Ah, bom, pra mim esse aí, pra mim não é homem não, homem que bate em mulher não é homem não. Agora, se ele escutou, aí não sei, porque só tava ele na frente da casa.

Dessa forma, há que se reconhecer que o apelado, de fato, xingou e destratou o policial militar em questão, entretanto, não se pode olvidar que estava em sua casa, embriagado – condição conhecida do policial em questão – e sofrera provocação prévia ao evento.

Assim sendo, a decisão do Conselho Permanente de Justiça não merece reforma, eis que o juízo absolutório se impõe.

Diante do exposto, contrariando o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

2 **Tratado de direito pena**l: Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2007, p.181-182. v. 5

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 1º de março de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.026696-6 - Itaquiraí
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – QUESTÃO PRELIMINAR – CONFUSÃO COM O MÉRITO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA COM BASE EM DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA ISOLADA DOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A questão preliminar que se confunde com o mérito deve ser analisada nesta seara.

A juntada de declaração particular, extrajudicial, não constitui prova capaz de modificar, no todo ou em parte, o conteúdo da sentença condenatória, uma vez que viola o princípio constitucional do contraditório.

Apresenta-se de forma cristalina que o arrependimento da vítima e de sua mãe trata-se do mais puro temor reverencial, e até mesmo por pressões externas, porquanto suas declarações seriam responsáveis pela condenação do apelante, prejudicando o sustento da casa, devendo prevalecer, pois, os seus depoimentos iniciais na busca da verdade real.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Aldo Dutra irresignado com a decisão que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão como incurso no art. 214 c.c. 224, "a", ambos do Código Penal, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, interpõe a presente apelação criminal, requerendo, preliminarmente, a inexistência de crime, diante da declaração pública trazida aos autos. No mérito, requer sua absolvição, com fundamento no artigo 386 do Código de Processo Penal.

Em contrarrazões (f. 156-161) o *parquet* pugna pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se a sentença na íntegra.

O Parecer Ministerial (f. 166-171) opina igualmente pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Trata-se de recurso de apelação em que o apelante, Aldo Dutra, requer, preliminarmente, seja reconhecida a inexistência do crime, diante da declaração pública juntada aos autos. No mérito, pleiteia sua absolvição, com fundamento no artigo 386 do Código de Processo Penal.

Quanto à preliminar, como bem ressalvado no parecer ministerial, a eventual resolução da mesma nada mais seria do que o adentrar na matéria de mérito propriamente dito, já que com ele se confunde.

Esquadrinhando-se os autos, verifica-se que o apelante foi condenado por ter praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com sua enteada N. da S. F., que à época dos fatos contava com 10 (dez) anos de idade.

O apelante aduz que as declarações prestadas pela vítima e sua genitora o inocentam do crime. Porém, conforme se pode verificar às f. 152, o depoimento foi prestado perante o Tabelião, que lavrou a respectiva escritura pública.

O documento juntado não merece credibilidade, visto que dele não participou o órgão do Ministério Público. Como é sabido, o procedimento para se obter provas válidas nestes casos deve ser feito através de justificação judicial.

A juntada de declaração particular, extrajudicial, não constitui prova capaz de modificar, no todo ou em parte, o conteúdo da sentença condenatória, uma vez que viola o princípio constitucional do contraditório.

O desmentido, além de não vir acompanhado de nenhum elemento capaz de lhe dar suporte, não serve para o fim almejado, qual seja, a absolvição, principalmente porque consta dos autos a representação de f. 10, que é irretratável após o oferecimento da denúncia, conforme preceitua o art. 25 do Código de Processo Penal.

Depois da ocorrência dos fatos, a vítima foi submetida a avaliação psicológica perante a psicóloga do município. Do relatório, oportuno se faz extrair algumas informações: "[...] Ele se aproveitava dos momentos em que a mãe estava na cozinha e tocava nos seios e na vagina da menor, nunca lhe tirou a roupa. [...]" (f. 13)

Em juízo, repetiu a mesma versão, com divergência ao dizer que o fato ocorreu apenas uma vez (f. 49). Porém, não altera em nada o âmago da questão, consistente no fato incontroverso de que o acusado, ora apelante, molestou a menor.

A palavra da vítima, no caso, encontra amparo no depoimento prestado por sua genitora, Irene Maria da Silva, de seguinte teor: "[...] Já conversou com a sua filha a respeito dos fatos e ela falou que o réu realmente passou a mão em seus seios e em sua perna [...]". (f. 50)

De sabença geral, ainda, que nos crimes contra os costumes, em razão de sua natureza, geralmente praticados à clandestinidade, as palavras da vítima revestem-se de especial relevância, o que se repete para enfatizar.

Nesse contexto:

> Em crimes da natureza do aqui considerado, rotineiramente praticados às escondidas, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não é desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contradita, o que cumpre é aceitá-la sem dúvida. [...] A criança, a despeito da

> sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato (**RT** 663/285).

A narrativa da menor prestada na fase policial, portanto, encontra suporte tanto na prova testemunhal, quanto no relatório psicológico, ambos produzidos durante a instrução criminal, o que se mostra suficiente para o édito condenatório exarado.

Até porque durante todo o processo, a vítima e sua genitora foram enfáticas em afirmar a responsabilidade do réu, deixando assim, evidente, neste momento, o propósito de inocentá-lo por compaixão, ou mesmo por interesse econômico, visto ter ficado demonstrado que o apelante é quem mantém as despesas, sendo o proprietário da casa onde residem, conforme se vê dos depoimentos:

> [...] a declarante esclarece que após os fatos, separou-se do companheiro, porém este continua mantendo as despesas da casa, sendo que está prestes a se reconciliar, acreditando que pode dar uma nova chance e que Aldo não terá mas este comportamento em relação a sua filha [...] (sic) (f. 21)

> [...] o declarante esclarece que no decorrer do período que morou com Irene, sempre tratou de seus filhos como se fossem seus, onde até hoje, estando separados, continua a ajudá-la a tratar dos filhos, sendo que até mesmo a casa que ela mora lhe pertence [...] (f. 22)

> [...] A casa onde morou com Irene é do interrogando e até hoje ela mora lá. [...] (f. 39)

> [...] Atualmente não está vivendo mais com o réu, mas ele frequenta a casa da depoente de dia. É ele que está mantendo a residência. [...] (f. 50)

Dessa forma, pode-se considerar natural a atitude de arrependimento da vítima e de sua mãe, em face do temor e insegurança da atual situação econômico-social na qual a família se encontra, e até mesmo por pressões externas, porquanto suas declarações seriam responsáveis pela condenação do apelante, prejudicando, inclusive, o sustento da casa.

Assim, apresenta-se de forma cristalina, que a retratação extrajudicial trata-se do mais puro temor reverencial, devendo prevalecer, pois, os seus depoimentos iniciais na busca da verdade real.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> REVISÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PADASTRO CONTRA ENTEADA - NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA - INOCORRÊNCIA - RÉU NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO POR ELE FORNECIDO NO INQUÉRITO POLICIAL - PROVA NOVA - RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA POR ESCRITURA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO - IMPRESTABILIDADE PARA RESCINDIR A SENTENÇA CONDENATÓRIA EM QUE SE BASEOU EM PROVA NÃO TOTALMENTE INFIRMADA PELA RETRATAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO.
>
> Não se verifica nulidade da citação editalícia se o acusado, procurado pelo Oficial de Justiça, não é encontrado no endereço que forneceu no inquérito policial e não comunicou nos autos sua mudança, nem esclareceu onde se encontrava a residir à época da diligência, declinando agora, na revisão criminal, paradeiro completamente distinto daquele.

> É imprestável como prova nova, para instruir revisão criminal desconstitutiva da coisa julgada, a retratação da ofendida e de sua genitora, através de escritura pública que não sofreu o crivo do contraditório e, além disso, não derruiu por completo o concerto probatório que embasou a condenação do réu por crime contra a liberdade sexual. (TJSC, RevCr n. 2002.019975-9, Rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 27.11.2002).

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2010.

***

Recurso em Sentido Estrito n. 2009.029731-8 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRODUTOS PIRATAS – NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – OFENSA IRRELEVANTE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRETENDIDA REFORMA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Como *ultima ratio* no sistema punitivo, o Direito Penal deve-se concentrar nos fatos de relevância, afastando de punição as chamadas "bagatelas", como se revela o caso em comento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande, que não recebeu a denúncia do Ministério Público Estadual onde se imputou aos recorridos a conduta pela prática do crime capitulado no art. 184, § 2º do CP.

Consta dos autos que, no dia 2 de julho de 2007, por volta das 7h30min, na avenida Afonso Pena, esquina com a Avenida Ernesto Geisel, Centro, nesta capital, os denunciados foram presos em flagrante delito por exporem à venda cópias de DVDs e CDs reproduzidos com violação de direito de autor.

O Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão monocrática, em suas razões de recurso em sentido estrito f. 78-82, requer a reforma da *decisum*, e seja o presente recurso conhecido e provido. Prequestiona os artigos 395, I, do Código de Processo Penal e 184, § 2º, do Código Penal e não sendo acolhido o pedido requer que esse órgão colegiado manifesta-se a respeito da dimensão dos artigos citados.

Os recorridos, em contrarrazões f. 101-115, pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina em seu parecer, f. 120-127, pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

A decisão objurgada mostra-se absolutamente irrepreensível, devendo continuar assim como foi decidido pelo juiz *a quo*. O *jus puniendi* deve ficar restrito aos casos em que efetivamente haja perturbação do meio social, que haja relevância para o Direito Penal, o que não ficou demonstrado na hipótese.

Colaciono posicionamentos da doutrina acerca do "princípio da insignificância":

> Princípio da insignificância. Ligado aos chamados 'crimes de bagatela' ('ou delitos de lesão mínima'), recomenda que o direito penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante (subtração de um pano de chão, sapatos usados de pouco valor, uma passagem de ônibus etc.); lesão insignificante ao Fisco; maus-tratos de importância mínima; descaminho e dano de pequena monta; lesão corporal de extrema singeleza etc. (JESUS, Damásio Evangelista de; **Código Penal Anotado**, 9. ed. rev., SP: Saraiva, 1999, p. 2).

> A lei penal jamais deve ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do nullum crimen sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal (RT 733/579) (MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código penal interpretado**, 5. ed. atual., São Paulo, Atlas, 2005, p. 145).

> Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio no sistema punitivo, não deve se ocupar das bagatelas. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: ed. **Revista dos Tribunais**, 2008. P. 216).

Assim, considerando que o caso em comento amolda-se ao que abrange o referido princípio, muito embora o delito de violação de direito autoral tenha ocorrido formalmente, entendo não cabível na hipótese a imposição da sanção penal.

É nesse sentido o magistério de Salo de Carvalho[1], acerca do garantismo penal:

> Correta, portanto, a constatação de que hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da retribuição por uma função política de garantia da liberdade individual.

> Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é dúplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a possibilidade e consequentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (*quantum*) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta.

1 CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008, p. 46-47.

O material apreendido pertencente aos recorridos, submetido a perícia, confirmou a existência de 737 CDs e DVDs "piratas", obras pertencentes a diversos autores. Ou seja, considerando-se cada um dos sujeitos passivos do delito (autor da obra violada e exposta à venda), a conduta dos acusados mostra-se irrelevante.

Destaco que não há nos autos elementos que permitam aferir a proporção cabível aos titulares dos direitos autorais, também sendo notório o fato de que os artistas e titulares desses direitos percebem mínima fração dos recursos obtidos com a comercialização de suas obras, pelo que se pode deduzir que é mínimo o prejuízo patrimonial produzido com a conduta narrada na denúncia.

Aliás, no caso, a conduta delitiva em nada afetará o patrimônio das vítimas, pois além do parco valor dos produtos e da insignificância para os diversos autores, todo o material foi apreendido e ser-lhe-á dada a destinação legal.

Registre-se que os recorridos sempre trabalharam como ambulantes vendendo as mais diversas mercadorias, sem qualquer mácula em sua conduta social, buscando com a conduta criminosa tão-somente obter recursos para sua subsistência e de sua família, mostrando-se manifestamente desaconselhável acrescentar-lhes os nomes à lista de apenados, diante de fato de somenos gravidade. A prática combatida não deve ser àquela dos trabalhadores que buscam nesse comércio um meio de sobrevivência e sim daqueles que obtêm fortuna, fabricando ilegalmente milhões de cópias de CDs e DVDs, sem a autorização dos detentores do direito autoral.

Dessa Turma Criminal colho precedentes:

> APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – RÉ SURPREENDIDA OCULTANDO 65 CDS e 12 DVDS – VALOR IRRISÓRIO – AGENTE QUE NÃO REGISTRA ANTECEDENTES CRIMINAIS – RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO PROVIDO. O valor ínfimo dos objetos encontrados em poder do agente que não registra antecedentes criminais, sem força para causar dano relevante, não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, sendo caso de absolvição, com força no art. 386, III, do CPP. 10.3.2009. (TJMS, ACr n. 2009.001330-3, Rio Verde de Mato Grosso, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 10.3.2009).

No mesmo sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART.184, § 2º, DO CP – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO – AUSÊNCIA DE CONTEÚDO MATERIAL DO CRIME – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – INTELIGÊNCIA DO ART. 386, III, DO CPP – RECURSO PROVIDO. O direito penal deve punir somente as condutas que atinjam de maneira mais veemente os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade, sendo sua aplicação reservada, ademais, quando os demais ramos do direito foram insuficientes para cumpri essa função. Na esteira do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância é aplicável quando os vetores da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada se fazem simultaneamente presentes. (TJMS, ACr n. 2009023775-2, Maracaju, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ 12.1.2010).

Por fim, registre-se que os artigos prequestionados restaram analisados, ainda que de forma implícita.

Assim, contra o parecer, nego provimento ao presente recurso em sentido estrito, mantendo-se a decisão de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.031875-3 - Bandeirantes
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – LEI NOVA N. 12.015 – MAIS FAVORÁVEL – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE – CRIME ÚNICO – AFASTADO CONCURSO MATERIAL – PENA-BASE ELEVADA – PRÁTICA DE MAIS DE UM FATO DESCRITO NO TIPO PENAL – PENA REDUZIDA – APELO PROVIDO.

A mudança no Código Penal, introduzida pela Lei n. 12.015, é favorável ao réu, que cometeu mais de um fato que atente contra a dignidade sexual. Assim, deve-se reconhecer a ocorrência de crime único e não concurso material, com a consequente redução da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública contra a sentença que condenou Oscar Pinheiro Santos a dezoito anos e nove meses de reclusão pela prática dos crimes dos art. 213 e 214 c.c. arts. 224, "a" e 226, II do CP, sendo aplicado o concurso material dos crimes. Pugna pela fixação da pena-base ao mínimo legal, afastamento do aumento previsto no art. 226, II, e reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

O órgão ministerial apresentou contrarrazões (f. 198-205) apontando *reformatio in mellius* ante as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/09 e manifestando-se pelo provimento parcial do recurso para afastamento do concurso material e reconhecimento da ocorrência de crime único.

No mesmo sentido o parecer da Procuradoria de Justiça. (f. 211-224)

Sentença às f. 164-169.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Narra a denúncia contra o apelante:

> Foi apurado no caderno investigatório, que na data de 5.3.2009, aproximadamente às 2h, na Estrada Velha de Camapuã, na cidade de Bandeirantes, a vítima foi agredida fisicamente, psicologicamente e emocionalmente pelo tio, Oscar Pinheiro Santos, quando este disse a Munike que tirasse toda a sua roupa, em seguida Oscar arreou as calças e começou a alisar a vítima, tendo este ficando passando a mão e introduziu o dedo em sua vagina.
>
> Ato contínuo, o tipo pediu que esta pegasse o pênis dele enquanto passava em sua vagina, nas pernas e em outras partes do corpo, de modo que o acusado também fez sexo oral com a vítima, tudo mediante ameaça nos seguintes termos: 'que se a vítima contasse ao pai e a mãe dela iria mata-los'.
>
> A relação de parentesco da vítima com esse tio é consaguínea paternal, salientado-se que este estava nesta cidade há poucos dias, uma vez que veio do Estado do Rio Grande do Sul.
>
> O acusado confirmou os crimes praticados, alegando que é dependente de bebida alcoólica, igualmente, que praticou os delitos sob a influência de álcool.

Não há na apelação negativa dos fatos imputados, praticados contra criança de seis anos de idade. Portanto, desnecessário aprofundar análise em torno da autoria e materialidade, posto que pacíficas.

A Defensoria sustenta ter sido definida de forma exarcebada a pena-base, ancorada na análise das circunstâncias judiciais do art. 59. Cita que a consideração da idade da vítima para agravar as penas é incorreto, e, diante da ausência de outras circunstâncias, a mesma deveria ficar no mínimo legal.

Ataca, ainda, a exasperação prevista no art. 226, II, do CP, argumentando que, mesmo sendo tio da vítima (irmão do pai da criança), não exerceu autoridade diante da relação familiar, uma vez que não morava na cidade e havia chegado fazia pouco tempo em Bandeirantes, não mantendo laços estreitos com a criança.

Por fim, pugnou pelo reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que os crimes relatados ocorreram na mesma situação fática.

Antes da análise da dosimetria da pena, necessário reconsiderar a condenação do apelante, diante das alterações legislativas trazidas aos crimes sexuais com a Lei n. 12.015, de agosto de 2009.

A sentença foi proferida e apelada exatamente no período em que começava a viger a alteração no Título VI do CP, tutelando não mais os costumes, mas a dignidade sexual. Embora não conste nas razões de apelo, bem lembrou o órgão ministerial, em suas contrarrazões, que o art. 214 do CP foi excluído, porém, não a conduta tipificada, não ocorrendo, assim, *abolitio criminis*, mas deslocamento do fato para o art. 213, e unificação das condutas em um mesmo tipo penal, tornando-se o estupro um crime plurissubsistente.

Trata-se de um tipo penal alternativo, afirma Nucci[2], no qual *"a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo cenário, mormente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal"*.

Dessa forma, a violência consistente na prática de mais de um ato contra a vítima, em um mesmo contexto, não poderia mais configurar concurso material.

> Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra mesma vítima, outro estupro. [3]

2 NUCCI. Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: **RT**, 2009. p 63.

3 Op. Cit. p. 18-19.

Assim, em consonância com a doutrina majoritária, tratando-se de *novatio legis in mellius,* necessário realizar nova dosimetria da pena.

É também a análise de Rogério Sanches[4]:

> Com a lei n. 12.015/09 o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando mais de um núcleo, dentro do mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar fatos pretéritos (art. 2º, parágrafo único, do CP). Em todos os casos concretos em que o juiz (ou tribunal) reconheceu qualquer tipo de concurso de crimes (formal, material ou continuado) cabe agora a revisão judicial para adequar as penas, visto que doravante já não existe distinção tipológica entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Cuida-se doravante de crime único (cabendo ao juiz, no caso de multiplicidade de atos, fazer a adequada dosagem da pena).

No mesmo sentido segue a doutrina de Rogério Greco[5]:

> Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crime. (f. 40).

O autor não cita, porém, a necessária adequação da pena-base nos termos do art. 59 do CP.

Na jurisprudência, a recente alteração legislativa já se reflete nos julgados.

> Apelação Criminal. Prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso. Materialidade e autoria delitiva. Conjunto de provas congruente. Manutenção da condenação. Palavra da vítima em consonância com demais provas. Retroatividade da Lei mais benéfica. Aplicação das alterações introduzidas pela nova lei n. 12.015/09. Condenação tipo único. aplicação da pena. 1 - Sendo o conjunto probatório coerente e harmonioso a indicar condenação, não procede a pretensão absolutória. 2 - A palavra da vítima, nos crimes sexuais, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. 3 - Considerando as alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/09 aos crimes sexuais, e tendo em conta que a conduta de pratica de atos libidinosos e conjunção carnal se subsumiram no estupro, constituindo crime de conteúdo múltiplo, bem assim a aplicação do principio da retroatividade da lei para beneficiar o réu, deve ser alterada, de oficio, a sentença para aplicar condenação em tipo único. 4 - Alterando-se a condenação, via de conseqüência, altera-se também a aplicação da sanção penal, a qual fica fixada, definitivamente, in casu, em 9 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. apelação conhecida e provida. sentença reformada de oficio para alterar a condenação em aplicação da lei n. 12.015/09 (*novatio legis in mellius*), via de conseqüência, modificando a pena. (TJGO, ACr n. 32559-1/213, Relª. Desª. Rozana Fernandes Camapum).

Portanto, conforme as alterações legislativas, passo a uma nova dosimetria da pena de Oscar Pinheiro Santos.

A vítima apontou várias condutas do autor, quais sejam, que o apelante passou a mão e lambeu o órgão genital da criança, fez com que ela pegasse no órgão genital dele, e ainda a estuprou, conforme laudo, que atestou lesões na vagina, e ainda no ânus da menina (f. 27 e 28).

4 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p. 36-37.

5 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte especial. v. 3. Atualização em 26.8.2009, acessada no site http://www.editoraimpetus.com.br/

O juiz *a quo* fixou a pena-base, em sete anos e seis meses, para cada crime (atentado violento ao pudor e estupro). Deixa de existir o concurso material, mas, diante da prática de mais de uma conduta prevista no art. 213, elevo a pena do apelante a dez anos. Incidindo a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena a oito anos e nove meses, mantendo o patamar adotado pelo sentenciante para a redução.

Incide ainda sobre a pena a causa de aumento do ar. 226, II, que deve ser mantida. A lei não especifica, se deve haver ou não laço afetivo, relações estreitas entre vítima e autor.

Porém, no caso em comento, extrai-se dos autos, que havia uma relação de confiança da criança com o autor. O pai da menina narra (f. 9), que o tio encontrou a vítima e as irmãs em um mercado, e tendo dito que iria à praça, a menina resolveu acompanhá-lo, o que prova que a mesma tinha confiança nele, mesmo tendo estabelecido contato recente com ele, que estava afastado do pai das crianças e tinha chegado à cidade havia cerca de dois meses antes dos fatos.

O próprio autor narrou que ficava com a vítima e suas irmãs, à noite, para que a mãe delas fosse à escola e enquanto o pai das crianças não chegasse do trabalho. Portanto, não se tratava de um desconhecido, de uma pessoa estranha para a vítima. (f. 15)

Dessa forma, elevo a pena a 13 anos, um mês e 15 dias. Mantenho a sentença em seus demais termos.

Do exposto, com o parecer, dou provimento à apelação, para reformar a sentença, que condenou Oscar Pinheiro Santos, em consonância com as alterações previstas na Lei n. 12.015/09, reduzindo a pena do mesmo a 13 (treze) anos, 1 (um mês) e 15 (quinze) dias de reclusão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.017536-6 - Corumbá
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA É ABSOLUTA – ACOLHIMENTO DO FUNDAMENTO DE QUE O ACUSADO SE ENGANOU COM RELAÇÃO À IDADE DA VÍTIMA – PROVAS E CIRCUNSTÂNCIAS NESSE SENTIDO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – IMPROVIMENTO.

Não há falar em violência presumida e do seu caráter absoluto, quando a absolvição também se deu pelo acolhimento da tese de que o agente se enganou com a idade da vítima e face das circunstâncias que cercaram os fatos e também pela própria constituição física da vítima e da sua experiência para os assuntos sexuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O Ministério Público Estadual, inconformado com sentença (f.83-87), que absolveu ao réu Luiz Antônio Mendes Ortiz, da imputação lançada na denúncia (art. 213, *caput,* c.c. artigo 224, alínea "a", do Código Penal), interpõe recurso (f. 94-106), argumentando que não é suficiente a tese de dúvida ou ignorância sobre a idade da vítima, ou o consentimento desta sobre o ato sexual, para comportar o edito absolutório, considerando que tais elementos não se constituem em teses adotadas pelos Tribunais como causas para a absolvição.

Nas contra-razões (f. 110-113), a defesa pede a manutenção da sentença de 1º grau ao argumento de que a relação sexual entre réu e vítima foi consentida.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 119-129, opinando pelo provimento do recurso, com o argumento de hodiernamente a presunção de violência é absoluta e, por isso, irrelevante o fato da vítima ter consentido na relação sexual.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

A tese a ser apreciada neste recurso se restringe à exegese de que a presunção de violência (artigo 224, alínea "a", do CP) é ou não absoluta, eis que o magistrado amparou a absolvição em alguns aspectos que faço destaque:

> Em suma, portanto, tenho que a absolvição do réu é medida que se impõe por vários motivos que, para espancar qualquer dúvida, faço questão de repisar: a) não existe prova da materialidade do delito; b) vencido o item "a", a prova produzida estão a indicar que o réu não sabia que a vítima era menor de 14 anos de idade incidindo, assim, em erro de tipo, afastando a tipicidade de sua conduta; c) a vítima demonstrou 'maturidade sexual' de pessoa com idade superior à sua então real idade, o que, como argumento secundário desta sentença absolutória e com as cautelas que tal afirmação merece, indica que a regra do artigo 224, "a", do CP por ser relativizada no caso. A meu ver, friso e insisto, os dois primeiros fundamentos são inquestionáveis, de clareza solar e levam, indubitavelmente, à absolvição do réu [...] (grifei).

Já o representante do *parquet* (apelante) não entende da mesma forma, com base na nova definição do Superior Tribunal de Justiça que tem julgado no sentido de que a presunção de violência tem caráter absoluto, sendo irrelevante o fato de a vítima ter consentido.

A vítima nasceu em 9.4.1993. O fato criminoso ocorreu 7.1.2007, logo, a vítima possuía na época do fato 13 anos, mas estava prestes a completar 14 anos. Assim, dependendo da constituição física da vítima é bem possível que o réu tenha se enganado sobre sua idade, até porque a própria forma em que tudo ocorreu podia lhe fazer presumir a idade um pouco mais avançada da vítima.

Importante observarmos com atenção o depoimento da vítima, Kalissa das Neves Guadalupe, prestada logo a seguir aos fatos, ou seja, na data de 7.1.2007, onde ela relata o seguinte:

> Que a declarante informar conhecer a pessoa de LUIZ ANTONIO há cerca de dois meses, que desde então começaram a conversar, até então não havia ocorrido nenhum ato sexual, nem mesmo troca de carícias entre ambos. Que com a aquisição de confiança entre a declarante e LUIZ ANTONIO, o mesmo passou a deixar a chave de sua oficina com a declarante, com o intuito de estreitos laços; Que a declarante informa que passou a sentir atração pela pessoa de LUIZ ANTONIO, e que este não sabia que a declarante seria menor de 14 anos; Que na data de hoje, por volta das 23:30 h, a declarante estava na residência de sua tia SONIA onde assistia a alguns filmes, na companhia de suas primas; Que ao terminar de assistir ao filem, se despediu de sua tia e foi até o portão de acesso da residência acompanhada pela sua prima GRAZIELI; Que GRAZIELI abriu o portão, porém a declarante disse à prima: "FECHA O PORTÃO QUE VOU LÁ PRO FUNDO"; que os fundos da casa de sua tia tem um muro que dá acesso à residência do LUIZ ANTONIO, ato contínuo, a declarante pulou o muro e em seguida, adentrou à casa de LUIZ ANTONIO vindo a acordá-lo; Que a declarante informa que dias atrás veio a beijar e a abraçar a pessoa de LUIZ ANTONIO e que na data de hoje, quando adentrou à residência do mesmo, agarrou-o e começou a beijá-lo;Que em seguida, a troca de carícias desencadeou na realização de conjunção carnal entre a declarante e LUIZ ANTONIO; Que após o término do ato sexual, a declarante informou que começaram a bater na porta, contudo a declarante e o seu parceiro sexual resolveram ficar calados;Que após o passar de algum tempo a declarante se deslocou até o portão da residência, quando então percebeu a chegada da viatura da Polícia Militar [...]

Depreende-se, também das provas, que a vítima já tinha experiência sexual antes desse fato. Olha o que disse o réu Luiz Antonio Mendes Ortiz, nas suas declarações prestadas na fase policial, f. 16:

> Que foi atender e era a KALISSA, sua vizinha, a qual se agarrou ao declarante, abraçando-o; Que alega ter se assustado com a atitude da KALISSA, visto que a mesma nunca agiu de tal maneira antes; Que alega não ter tido tempo de perguntar o que estava acontecendo, pois logo surgiu o genitor da KALISSA, que chegou pelos fundos da residência; Que ao ver o pai, KALISSA tentou deixar o local, contudo foi detida pelo pai que disse que ela ficar ali até a chegada da polícia; que o genitor da KALISSA então gritou para o declarante: 'QUE É ISSO CARA, QUE VOCÊ TÁ FAZENDO COM MINHA FILHA?' Que o declarante tentou se explicar, dizendo que havia acabado de acordar e não sabia o que acontecia no momento; Que o genitor da KALISSA disse que esta era a quarta vez que a filha lhe dava problema por se envolver com homens mais velhos, motivo pelo qual havia acionado a Polícia e o Conselho Tutelar [...]

O detalhe mais interessante das provas vem do relatório da psicóloga do Conselho Tutelar, Dra. Miriam Feitosa Camacho Leiques, f. 19, onde a menor lhe relatou o seguinte: *"Em atendimento com a adolescente, ela, sem nenhum constrangimento, relatou o que aconteceu, confirmando a fala da mãe complementando apenas que há tinha ficado juntos antes e que nesse dia já tinham combinado tudo. Contou que tiveram relações sexuais, que ele não usou camisinha, disse que não estava preocupada porque queria engravidar e que estava muito feliz porque ele conseguiu realizá-la sexualmente".*

Denota-se pelo universo das provas que a vítima era totalmente aberta ao assunto sexual e não teve receio em dizer para a psicóloga que quis se relacionar sexualmente com o acusado porque desejava engravidar e inclusive insinuou que foi o único que conseguiu fazer ela se realizar sexualmente. Digo que ela insinuou tal questão, porque quem diz que determinada pessoa conseguiu realizá-la sexualmente é porque outros, por óbvio, não tinham conseguido.

Como então condenar em tais casos? Daí, a meu ver, vem o equívoco do novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fruto apenas de uma tendência momentânea já que o Ministério Público tem espalhado na sociedade que o Poder Judiciário tem se tornado muito sensível à questão da relatividade da presunção da violência e, por isso, a Corte Maior, atendendo a esse reclame, passou a ver com novos olhos essa realidade, deixando o julgador de 'mãos atadas' em casos desta natureza.

Entretanto, ainda acho que o julgador deve avaliar caso a caso e aplicar o entendimento que mais lhe pareça justo, para não condenar por um crime tão grave um cidadão que estava dormindo e foi acordado algumas horas da noite por uma menina que queria fazer sexo com ele. Seria se exigir que (em tais circunstâncias) o acusado mandasse a menina embora, mesmo sabendo que ela ia insistir?

Nesse norte, prefiro seguir a ótica estampada pelo Supremo Tribunal Federal, que mesmo considerando o caráter absoluto da presunção de violência, entende ser compatível que o réu se engana com a idade da vítima, acatando, assim, a tese de que nesse caso o crime não resta caracterizado. Vejamos um julgado nesse sentido:

> *EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Penal, arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Penal, art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC n. 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC n. 74286, Primeira Turma, 22.10.1996, Sanches, RTJ 163/291; HC n. 75608, 10.2.1998, Jobim, DJ 27.3.1998): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.* (grifei).

No presente caso, a vítima tinha constituição física compatível com idade mais avançada, pois o próprio magistrado que presidiu o feito assim afiançou em sua sentença, f. 86, cujo argumento merece destaque:

> Ora, as firmes declarações do réu; as declarações contraditórias da vítima e as declarações da mãe da vítima, formam, no meu sentir, conjunto probatório suficiente para indicar, *ad argumentandum tantum* e isto na improvável hipótese de se admitir a comprovação da relação sexual entre réu e vítima, que ele não sabia a idade real desta tendo, assim, na "pior das hipóteses", agido em "erro do tipo", forma indicada pelo artigo 20, *caput,* do Código Penal. Afastando, assim, a tipicidade de sua conduta, mesmo porque, como é sabido, não há previsão do delito de "estupro culposo".

Ora, observando-se que o magistrado – que viu a constituição física da vítima – não teve dúvidas em admitir que o acusado poderia ter se enganado com relação à idade da vítima, curial, que esta Corte, que não teve esse acesso também pense da mesma forma.

Por todas essas razões, não tenho dúvida em manter a absolvição e improver o recurso do representante do *parquet*.

É como voto, contrariando o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2009.

***

Conflito de Jurisdição n. 2009.022475-5 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relato Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PADRASTO VISA CORRIGIR ADOLESCENTE, EMPURRA-O E ESTE SE CORTA EM VIDRO DA PORTA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE MAUS-TRATOS – CRIME COMUM – ARTIGO 129, § 9º, DO CP – COMPETÊNCIA DAS VARAS RESIDUAIS A QUEM O FEITO DEVE SER REDISTRIBUÍDO.

Denotando-se que dos fatos não se constata os maus-tratos e também o crime não se enquadra nas hipóteses legais do Juizado Especial Criminal, o feito deve ser redistribuído a uma das turmas residuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente o conflito.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

A Promotoria de Justiça do 5º Juizado Cível e Criminal desta Capital e 46ª Promotoria de Justiça desta Capital suscita o presente conflito de competência em desfavor do Juiz de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da comarca de Campo Grande, ao argumento de que o presente feito debate crime do artigo 136 do Código Penal, ou seja, crime de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais Criminal, logo, não pode ser utilizado o argumento de que a vítima é menor, em função de que a competência não se mede, neste caso, pela capacidade civil da vítima, mas sim em razão da natureza da causa.

Como o conflito de competência foi instaurado em face da atuação de Promotores de Justiça, o feito foi encaminhado ao Procurador Geral de Justiça, que através da quota de f. 40-44, opinou que se houver declaração de incompetência também dos juízes que atuam nas jurisdições oponentes, os autos foram remetido a esta Corte para solução do problema.

A Juíza da 5ª Vara do Juizado Especial Criminal se manifestou f. 49, reafirmando que não é competente para presidir os atos processuais, tendo em vista não se tratar de delito de menor potencial ofensivo, já que a pena do artigo 129, § 9º, do Código Penal, comina pena de 3 meses a 3 anos de detenção, extrapolando o limite para a competência dos Juizados Especiais Criminais.

VOTO (EM 1º.12.2009)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Vamos aos fatos objetos de apuração neste feito. A ocorrência registra que Valdeir Martins dos Santos, enteado da vítima Rodrigo da Silva Rosa, foi advertir ao adolescente que não estava bem nos estudos e este reagiu, o que ocasionou uma discussão, sendo certo que o autor ficou nervoso e começou a agredir a vítima com tapas e socos pelo corpo, empurrando a vítima sob a porta da cozinha, gerando um corte profundo no seu braço do lado direito, considerando que o vidro da porta estava quebrado.

Daí originou-se as lesões leves constantes no Laudo de Corpo de Delito de f. 9, eis que não se consubstanciou nenhuma das hipóteses que possa conduzir o delito para uma lesão corporal de natureza grave.

Não nos parece que tais fatos devam ser interpretados com 'maus-tratos', conforme afirmado no parecer. Trata-se apenas de um episódio envolvendo um adulto responsável por um adolescente, onde o autor – visando fazer correções no campo educacional – acabou agredindo de forma exagerada, causando lesões corporais no enteado.

Assim, os fatos conduzem á caracterização de um crime comum, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente protege o adolescente dos maus tratos, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, não há que se cogitar a idade da vítima, para remeter o feito ao juizado Especial Criminal.

Entretanto, como bem acentuou a ilustre magistrada do Juizado Especial Criminal, estamos tratando, também, de uma infração com pena superior o teto tratado na Lei Especial n. 9.099/95, com as alterações determinadas pela Lei n. 11.340/06.

Destarte, parece-nos que a decisão mais acertada é remeter o processo á justiça comum, para que o processo seja redistribuído por sorteio para uma das varas residuais.

Assim, acompanho o parecer da lavra do Dr. Givaldo Tenório da Silva, f. 30, quando diz o seguinte:

> Assim, a conduta do autor da infração se amolda ao crime de violência doméstica, prevista no artigo 129, § 9º, do CP, apenado com detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos, pena com redação determinada pela Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006, fugindo da competência do Juizado Especial Criminal.
>
> É cediço que a competência dos Juizados Especiais Criminais está limitada aos crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, nos termos do artigo 61 da Lei n. 9.099/1995.
>
> Mediante todo exposto, o órgão ministerial vem perante Vossa Excelência postular pela rema dos autos à Justiça Comum (face à incompetência do Juizado Especial Criminal), para ser redistribuído a uma das Varas Residuais desta comarca.

Dito isto, julgo competente para processar e julgar o presente um dos juízos da Vara Residuais, a quem o processo deve ser redistribuído.

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (1ª Vogal)

Dou provimento. De acordo com o voto do relator.

ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL TEREM DADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 15.12.2009)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

ACOMPANHO O RELATOR NA ÍNTEGRA.

A competência no caso é do juízo comum, tendo em vista se tratar de crime de lesão corporal leve, praticado contra pessoa da família, com pena de até três anos, ultrapassando, portanto, o limite estabelecido para a competência dos Juizados, conforme consignado na Lei Especial n. 9.099/95:

> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.024269-8 - Bandeirantes
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PEDIDO ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – DÚVIDAS ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – *IN DUBIO PRO REU* – RECURSO PROVIDO.

Para a configuração do delito de apropriação indébita, necessária a caracterização insofismável do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, a vontade deliberada de apropriar-se de coisa alheia móvel, pairando dúvidas quanto a este elemento, a absolvição é medida que se impõe nos termos do art. 386, VII, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

A apelante foi condenado pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, a uma pena de um ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso no art. 168, caput, do Código Penal.

Consta dos citados autos de inquérito Policial que em meados do mês de junho de 2005, a acusada apropriou-se indevidamente de uma vaca com bezerro bens pertencentes à associação do Assentamento Harmonia, da qual participava.

Segundo se apurou, a acusada era casada com Manoel Rodrigues, apontado como vítima nestes autos, e proprietário de um lote na associação, e após divorciarem-se, esta se apoderou dos animais acima descritos, que se encontravam na responsabilidade de seu ex-amásio, mas que pertenciam à associação.

A apelante pleiteia sua absolvição, com inversão do ônus da sucumbência e alternativamente a redução da pena fixada.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Raquel Mota Vieira foi condenada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, a uma pena de 1 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso no art. 168, *caput*, do Código Penal.

Consta dos citados autos de inquérito Policial que em meados do mês de junho de 2005, a acusada apropriou-se indevidamente de uma vaca com bezerro bens pertencentes à associação do Assentamento Harmonia, da qual participava.

Segundo se apurou, a acusada era casada com Manoel Rodrigues, apontado como vítima nestes autos, e proprietário de um lote na associação, e após divorciarem-se, esta se apoderou dos animais acima descritos, que se encontravam na responsabilidade de seu ex-amásio, mas que pertenciam à associação.

A apelante pleiteia sua absolvição, com inversão do ônus da sucumbência e alternativamente a redução da pena fixada.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo improvimento do recurso.

Passo a análise do recurso.

I - Da Absolvição.

A defesa alega que a apelante durante a instrução do processo não teve oportunidade de se defender, requer a reforma da sentença condenatória, para que a ora apelante seja absolvida, alegando falta de tipicidade do crime de apropriação indébita. Alternativamente, requer redução da pena base.

Primeiramente, cumpre salientar que a alegação de cerceamento de defesa não prospera, pois a apelante foi devidamente citada, conforme se verifica às f. 46, bem como foi intimada para comparecimento em audiência às f. 52 v. quedando-se inerte em comparecer em audiência às f. 53, sendo-lhe nomeado defensor público para patrocinar a sua defesa, não havendo falar em nulidade.

Quanto ao mérito, verifico que o recurso merece provimento.

O magistrado acolheu a pretensão acusatória, fundamentando sua convicção da seguinte forma, f. 123:

> [...] Logo, tendo a ré confessado que retirou os animais do lote e os vendeu para terceiros, restando comprovado que mantinha tão somente a detenção dos animais, a autoria é inconteste, devendo ser julgada procedente a pretensão punitiva. (f. 123).

Não obstante, a defesa da apelante sustenta que não houve o crime em razão falta de tipicidade, materialidade e legitimidade.

Em seu interrogatório, Raquel Mota Vieira às f. 26-27:

> Que a declarante ratifica em todos os termos suas declaração juntada às f. 11, nos presentes autos de Inquérito Policial, esclarecendo que viveu maritalmente com a pessoa de MANOEL RODRIGUES durante o período de vinte e sete anos, ocasião em que separaram-se, quando a declarante ficou morando em C. Grande e MANOEL foi-se embora para Dourados, porém a questão de quatro anos atrás, MANOEL foi contemplado com um lote no

> Assentamento Harmonia, quando aquele a procurou e presenteou-a com citado lote, sendo que o lote 5 foi registrado em nome de MANOEL e da declarante, esclarecendo que continuaram separados, tendo a declarante mudado-se pra o lote, e MANOEL ficou morando em Dourados, então entrou na Justiça itinerante, quando foi feita a separação e a declarante ficou com 50% dos bens adquiridos durante o período em que viveu com MANOEL, porém alega que resolveu abrir mão dos bens, alegando que deixou tudo para MANOEL, inclusive o lote supra citado, sendo certo que amasiou-se com a pessoa de MARCOS, passando então a morar com aquele, o que acredita que MANOEL não aceitou, quando passou a acusa-la de Dano e Furto no lote 05 adquirido por aquele, o que afirma que não é verdade, frisando que nunca furtou, muito menos praticou qualquer Dano no lote 05 de MANOEL, esclarecendo que tirou apenas a vaca e a bezerra do lote, inclusive com a autorização de MANOEL, esclarecendo que a vaca e a bezerra vendeu logo em que separaram-se para uma pessoa que não recorda-se o nome, porém afirma que vende os animais para tal Senhor, o qual morava no Assentamento Harmonia, sendo que mencionado comprador vendeu o lote e foi-se embora daquele Assentamento, e a declarante não mais tomou conhecimento sobre o destino dos animais;[...].

Valdeliro Bremm do Nascimento, Presidente da Associação Harmonia na época dos fatos, afirmou perante a autoridade policial (f. 35), que acredita que Raquel não tenha furtado os objetos, pois era casada com Manoel e tinha direito de levar os bens para outro lote que tinha conseguido, corroborando a versão apresentada pela apelante.

Em juízo, às f. 70, o Sr. Valdeliro, prestou depoimento, ratificando o já prestado na Policia, acrescentando:

> "[...] Que a ré sempre morou no assentamento e quem ia de vez em quando era o marido, que trabalhava com caminhão. Que hoje a denunciada mora novamente no lote, pelo falecimento de Manoel Rodrigues. Que a denunciada vendeu a vaca e a novilha e que hoje ela repôs os animais. Que a testemunha sabia que a ré tinha repassado os animais, tendo havido então o conhecimento da associação. […] Que os animais da Associação podem ser vendidos, mas tem que ser colocado outro no lugar, pois é patrimônio d associação. Que à época a ré era quem cuidava dos animais, pois seu ex-marido quase nunca estava na chácara. Que acredita que a denunciada está sendo processada por causa da briga com seu ex- marido quanto a separação. Que a ré tem 2 filhos que são maiores. Que a ré é boa pessoa, tem bom relacionamento com os donos dos lotes e que hoje a testemunha está passando a presidência da associação pra ela. Que atualmente a ré mora no assentamento Harmonia, lote 5 […] Que na época o titular do lote era o esposo da ré, e ela estava cadastrada como cônjuge. Quem cuidava de fato do lote era a ré, mas quando tinha que assinar algum documento era o titular, que o titular poderia dispor dos animais desde que colocasse outro no lugar."

Em que pese a tese defendida pela acusação, de uma análise minudente dos autos vê-se que a versão da apelante mostra-se coerente com a prova produzida. Senão Vejamos.

A apelante declarou perante a autoridade policial, que retirou a vaca e o bezerro do lote com a autorização do seu ex-marido Manoel.

Consta no termo de audiência de Divorcio Consensual às f. 12, que os bens que guarneciam a residência foram partilhados amigavelmente quando da separação, logo, como tais bens não foram arrolados, tudo leva crer que possivelmente os semoventes tenham entrado no acordo.

Ademais, não existem motivos para desacreditar o depoimento da apelante, pelo fato de ter sido casada com a suposta vítima por um período de 23 anos, tendo com este dois filhos, não sendo uma aventureira qualquer.

De outro vértice o Presidente da Associação Harmonia afirmou que tinha conhecimento da venda dos animais, acrescentando ainda, que os mesmos poderiam ser vendidos com a condição de serem repostos quando da desistência ou transferência do lote, esclareceu ainda, que a acusada já havia devolvido os semoventes, não havendo prejuízo à Associação.

Somado a este fato, o ex- marido da apelante, suposta vítima veio a falecer no curso do processo, conforme certidão de f. 77, e hoje quem efetivamente detém a titularidade da propriedade é a apelante Raquel, sendo inconcebível responder por apropriação indébita de um bem que efetivamente lhe pertence.

Cumpre salientar, que há nos autos somente o depoimento extrajudicial da suposta vítima Manoel Rodrigues, havendo indícios de que tenha processado Raquel por conta de desentendimentos durante a separação, sendo que sua morte impossibilitou o esclarecimento essa situação.

É certo que pairam dúvidas acerca de um possível acordo entre a acusada e seu ex-marido, não estando bem caracterizado o dolo na conduta da apelante.

Colha-se posicionamento da Corte Pátria:

> Comprovado o relacionamento concubinário anterior entre ré e vítima, formado entre eles patrimônio comum, objeto de direitos patrimoniais por parte dos concubinos, não pode falar em apropriação indébita e, dissolvida a sociedade de fato, retira a concubina bens móveis que guarneciam o imóvel antes habitado pelo casal e sobre parcela dos quais tinha posse própria, a título de proprietária ou co-proprietária. È que para a configuração do delito do art. 168 do CP deve existir justa posse ou detenção exercida pelo agente alieno nomine, que, por ato próprio, doloso, passa a possuir causa *dominii*. A verificação do excesso na conduta descrita depende de definição dos direitos no campo cível. TACRSP (RT 643/322).

Ainda:

> Inexistindo inversão arbitrária da posse da coisa por parte do réu, mas alteração do título de posse, por convenção com a vítima, não se configura o delito de apropriação indébita (JTACRIM 36/55).

Para a configuração do delito de apropriação indébita, necessária a caracterização insofismável do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, a vontade deliberada de apropriar-se de coisa alheia móvel, pairando dúvidas quanto a este elemento, a absolvição é medida que se impõe nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Ante o exposto, contra o parecer dou provimento ao recurso para absolver Raquel Mota Vieira com fulcro no artigo 386, VII, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.026510-8 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – USO DE DOCUMENTO FALSO E CRIME AMBIENTAL – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – VISÍVEIS SINAIS DE FALSIDADE – DESCARACTERIZAÇÃO – CRIME IMPOSSÍVEL POR ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO – CRIME REMANESCENTE QUE PERMITE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO E APELO DEFENSIVO PROVIDO.

A aplicação do princípio da consunção, na modalidade de *ante factum* impunível, pressupõe a prática de um delito menos grave atuando na fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo, assim, sua absorção.

Estando o documento falsificado com sinais visíveis e grosseiros da falsidade, descaracterizado está o crime de uso de documento falso, devendo se impor a absolvição do réu, por se tratar de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio.

Se o crime remanescente possui pena mínima a permitir a proposta de suspensão condicional do processo, deve ser acolhido o pedido nesse sentido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso defensivo e negar provimento ao recurso ministerial.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Daniel Alves de Santa Rosa, em relação à sentença que o absolveu do crime de uso de documento falso (artigo 304 do CP) e o condenou à pena de um ano de reclusão e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, a ser cumprida em regime aberto, a qual foi substituída por prestação pecuniária, consistente no pagamento de dois salários-mínimos, pelo crime previsto no artigo 56, *caput*, da Lei n. 9.605/98.

O Ministério Público Estadual afirma que os delitos são autônomos, pois não se faz necessário o uso do documento falso para que o crime ambiental esteja configurado, o qual, aliás, é de menor gravidade que

aquele, razão pela qual não poderia ter sido absorvido, restando o princípio da consunção aplicado de maneira equivocada.

Contrarrazões oferecidas pela Defensoria Pública Estadual às f. 189-194, pelo improvimento do recurso.

Daniel Alves da Santa Rosa pretende a desconstituição da sentença a fim de que os autos sejam remetidos ao Ministério Público Estadual, para que lhe seja porposta a suspensão condicional do processo, já que preenche os requisitos subjetivos e objetivos para tanto.

Contrarrazões oferecidas pelo *Parquet* às f. 204-206, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do apelo defensivo e provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia em desfavor de Daniel Alves de Santa Rosa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 56, *caput*, da Lei Federal n. 9.605/98, combinado com os arts. 304 e 69, ambos do Código Penal, porque que no dia 22.10.2004, por volta de 9h15min, na BR163, o denunciado trafegava com o veículo caminhão Mercedes Bens, transportando 2.100 (dois mil e cem) litros de gasolina e 6.000 (seis mil) litros de óleo diesel, em desacordo com determinação legal e fazendo uso de documento falso.

Abordado por policiais rodoviários federais, o recorrente apresentou o Certificado para Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos exigido para o transporte de material combustível, sendo certificada a falta do número de registro no documento, o qual se verificou ser falso.

O membro do Ministério Público afirma que o delito de uso de documento falso não poderia ter sido absorvido pelo crime ambiental (artigo 56, caput, da Lei Federal n. 9.605/98) porque é mais grave que este e não constitui meio necessário para a sua configuração.

Assiste razão ao órgão ministerial quanto a não-aplicabilidade do princípio da consunção no presente caso, conforme, aliás, também decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, senão confira-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. OFENSA À UNIÃO. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de um delito como fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo sua absorção.
>
> 2. Desse modo, não se pode admitir que o crime de falsidade ideológica, cuja pena abstrata varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão (documento público), seja absorvido pelo crime ambiental do art. 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, cuja pena varia de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção.

> 3. Ademais, no caso, os acusados, supostamente, além de comercializarem madeira sem licença válida para todo o tempo de viagem, inseriram declarações diversas das que deviam constar na Autorização de Transporte de Produto Florestal (ATPF), em prejuízo da atividade fiscalizatória do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, praticando, assim, crimes autônomos, pois um não constitui fase normal de preparação ou execução de outro, bem como tutelam bens jurídicos diversos, de um lado a fé pública e de outro a proteção ao meio ambiente.
>
> 4. Embora não haja, no crime ambiental, elementos que indiquem o interesse da União a justificar a competência do juízo federal, o mesmo não se pode afirmar quanto ao crime de falsidade ideológica. Isso porque o documento falsificado e supostamente utilizado pelos recorridos para ludibriar a fiscalização do IBAMA refere-se a serviços executados pela União por meio de uma autarquia.
>
> 5. Considerando a conexão entre os delitos, a competência quanto ao crime ambiental é atraída para a Justiça Federal.
>
> 6. Recurso especial provido. (REsp n. 896312/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 16.8.2007).

Logo, além de o delito de uso de documento falso não constituir fase normal de preparação ou execução do crime de transporte de produtos perigosos em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, possui pena mais grave e também tutela bem jurídico diverso, assim como os crimes relacionados no acórdão supra retratado.

Não obstante, muito embora o crime previsto no artigo 304 do Código Penal não tenha constituído um *ante factum* impunível, a hipótese é de crime impossível.

Isso porque, verifica-se no relato da única testemunha constante nos autos, o Policial Rodoviário Federal Davidson Pereira de Souza, cujo depoimento foi prestado apenas na fase inquisitiva, que realizando fiscalizações na BR 163, solicitou ao motorista Daniel Alves de Santa Rosa, que exibisse a licença para transporte de produtos perigosos, de modo que presumiu ser falso o certificado apresentado porque não possuía o número de registro, uma vez que todo certificado do MPO possui este número (f. 10).

O réu, por sua vez, afirmou em todas as oportunidades em que foi ouvido, que tão logo apresentou o certificado aos Policiais Rodoviários Federais, estes constataram que o documento era falsificado (f. 11, 52 e 90-91).

Restou dispensável, desta feita, a realização do exame pericial para a comprovação da falsidade material.

Assim, consoante o próprio representante ministerial sustentou em suas alegações finais: "o documento apresentado aos autos é manifestamente falso, inclusive com erro grosseiro de ortografia (consta no certificado acostado às f. 61 'serviço 'nacinal' de aprendizagem comercial." (f. 117).

Logo, trata-se de falsificação grosseira, facilmente notada pelos policiais, ou mesmo por qualquer pessoa leiga que se atenha na leitura do documento. Tal como feita, a adulteração não tinha e não tem a mínima chance de enganar.

O falso assim praticado é inócuo. Não traz perigo à fé pública, já que se mostrou absolutamente incapaz de produzir o resultado visado pelo agente.

Nesse sentido, o seguinte julgado do TJSP:

> FALSIDADE DOCUMENTAL – Uso de documento falso – Descaracterização – Falsificação grosseira, facilmente perceptível – Hipótese de crime impossível, por absoluta ineficácia do meio – Inteligência do art. 304 do Código Penal.
>
> A falsidade grosseira de documento, facilmente perceptível, configura crime impossível por absoluta ineficácia do meio, e não o delito do art. 304 do Código Penal (Uso de Documento Falso) (RT- 674/298).

Por conseguinte, merece prosperar o pedido de desconstituição da sentença para que lhe seja oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, pois, com a manutenção da condenação apenas pelo crime ambiental previsto no artigo 56, *caput*, da Lei n. 9.605/98, que prevê penas de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa, o instituto deve lhe ser oportunizado, sobretudo diante das consequências mais benéficas que produz em relação à um decreto condenatório para efeito de reincidência e maus antecedentes.

Com efeito, dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que:

> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Posto isso, nego provimento ao recurso do Ministério Público Estadual e dou provimento ao recurso interposto por Daniel Alves da Santa Rosa, a fim de determinar o encaminhamento dos autos ao Ministério Público de primeiro grau para que seja observado o artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.030424-2 - Cassilândia
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MP – ABANDONO MATERIAL E INTELECTUAL – AUSÊNCIA DE PROVAS – FILHAS DA RÉ QUE SUSTENTARAM NÃO TEREM PASSADO NECESSIDADE – DOLO NÃO DEMONSTRADO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Mantém-se a sentença absolutória se o conjunto probatório colhido nos autos não demonstra ter tido a ré a vontade consciente de deixar de prover à subsistência material e intelectual às suas filhas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

O Ministério Público Estadual, inconformado com a sentença que absolveu Edinalva Francisco Camacho, das penas cominadas aos artigos 244, *caput*, e 246, ambos do Código Penal, interpõe o presente recurso de apelação criminal, onde persegue a condenação da apelada.

Alega o *Parquet* que as vítimas passam por sérias dificuldades, pois a apelada teria deixado de dar a subsistência necessária que elas precisam para viver dignamente, "haja vista que a mesma constantemente frequenta bailes e festas, bem como ingere bebidas alcoólicas, e não dispensa às suas filhas alimentação, cuidados com saúde e educação, mantendo-as em verdadeira situação de abandono". Sustenta, ainda, que a apelada teria, sem justa causa, deixado de prover a instrução primária da filha mais nova (f. 121-133).

Em contrarrazões, a Defensoria Pública Estadual pede a manutenção da sentença absolutória (f. 134-139).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, se manifestou pelo provimento da apelação criminal (f. 145-151).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Edinalva Francisca Camacho foi denunciada pelo Ministério Público Estadual porque teria, desde março de 2008, deixado de prover, sem justa causa, a subsistência de suas filhas menores Kezia Cristina Camacho da Silva, Kelly Cristina Camacho da Silva e Adriele Camacho Almeida, configurando o crime de abandono material.

Consta, ainda, da inicial acusatória que:

> Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar,a denunciada deixou, sem justa causa, de prover a instrução a instrução primária da filha ADRIELE CAMACHO ALMEIDA.
>
> Consta dos autos que, em virtude da desídia da denunciada, as vítimas não mais freqüentam a escola, apesar da atuação diligente do Conselho Tutelar.
>
> Em decorrência dos crimes de abandono material e intelectual cometidos pela denunciada, suas filhas menores não freqüentam a escola e de forma contínua envolvem-se na prática de atos infracionais, dando causa à constante atuação do Conselho Tutelar, tendo inclusive a vítima ADRIELE CAMACHO ALMEIDA sido internada recentemente na UNEI de Campo Grande. (Sic, f. 01-B).

Regularmente processada, a apelada foi absolvida com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a sentença absolutória, o Ministério Público Estadual recorre, sob o argumento de estar plenamente demonstrado que a apelada incorreu nos crimes de abandono material e intelectual.

Passa-se à análise do recurso.

O crime de abandono material, descrito no art. 244, do Código Penal, consiste em:

> Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Na lição de César Roberto Bitencourt *in* **Código Penal Comentado**, 5. Ed. 2009; Editora Saraiva, esse dispositivo, tem, como bem jurídico tutelado, *"o organismo familiar, particularmente a sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de deixar de prover à subsistência, ou de faltar ao pagamento de pensão, ou, ainda, de omitir socorro, na diversas hipóteses previstas em lei."*

Dessa forma, o delito de abandono material consuma-se com a recusa intencional e injustificada do réu em prover os meios necessários à subsistência dos filhos menores de 18 anos, ou quando falta ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada.

No presente caso, as provas colacionadas nos autos não apontam que a recorrida tenha abandonado suas filhas, ao ponto de ensejar condenação criminal, mormente diante da precária situação sócio cultural de seu núcleo familiar.

As filhas da apelada Kezia Cristina Camacho da Silva e Kelly Cristina Camacho da Silva declararam em juízo, respectivamente às f. 108 e 110 dos autos, que, na época dos fatos, ambas já tinham saído de casa e estavam vivendo em união estável, tendo a última, inclusive, um filho recém nascido. Relataram, ainda, que sempre se deram bem com sua mãe, apesar dos problemas de alcoolismo que ela tinha e que não teriam passado necessidade.

De certo, a apelada teve grandes problemas com a filha "caçula" Adriele Camacho Almeida, que se mostrou, ao que tudo indica, rebelde, com sérios problemas de comportamento.

O fato é que a menor Adrielli teve problemas de relacionamento tanto na escola, onde se envolveu em "atritos" com professores e colegas de sala, bem como deixou de ir às aulas, mas depois retornou aos estudos na Escola Municipal CEMEIC, no 4º ano, como a mesma afirmou na f. 62, dos autos, o que descaracteriza o crime de abandono intelectual.

Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o art. 246 do Código Penal, ensina que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, já que "Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico." (**Código Penal Comentado**, 2003, Ed. RT, 744).

Não se vislumbra ter a apelada tido a intenção de deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de sua filha, pelo que, igualmente, impossível falar em condenação.

Ressalto, por oportuno, que a absolvição está sendo mantida por ausência de demonstração do dolo, pois o comportamento rebelde da menor Adrielle não exime sua genitora da assistência material e intelectual para com a mesma.

Ora, a convivência familiar sadia é indispensável para modular o temperamento e instrumentalizar o caráter.

Discordo com o afirmado pelo magistrado singular:

> [...] Ao que parece, infelizmente, não vai ter uma recuperação, e quando atingir a maioridade, infelizmente também, **deve ingressar** o coro da massa carcerária desse estado." grifo nosso (sic, f. 118).

Inadequado ao meu sentir estigmatizar a menor, máxime diante da insuficiência cristalina de recursos afetivos, financeiros e assistenciais com que a mesma foi criada. Até mesmo o criminoso que cumpriu pena tem direito a reconstruir a sua imagem moral!

A propósito, cito trecho da tese de Doutorado em Direito do Procurador de Justiça de São Paulo (SP), Dr. David Cury Júnior, *verbis*:

> No caso do menor infrator que tenha cumprido medida sócio-educativa, além da proteção conferida pelos artigos 143 e 144, da Lei n. 8.069/90, contra a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, **parece claro que ele possui o direito ao esquecimento** em relação ao ato criminoso que tenha praticado quando era penalmente inimputável, o qual não pode, v.g., ser considerado na investigação social prevista em edital de concurso público, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça. grifo nosso (*in* **A Proteção Jurídica da Imagem da Criança e do Adolescente**, PUC - Pontifícia Universidade Católica – 2006, f. 98).

Destarte, se até mesmo o adolescente condenado pela prática de ato infracional tem "direito ao esquecimento", inadequado, como dito alhures, afirmar que a adolescente "deve ingressar a massa carcerária" quando atingir a maioridade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.003010-7 - Ponta Porã
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA CONCRETAMENTE – CLAMOR PÚBLICO – MOTIVAÇÃO INIDÔNEA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

A manutenção da prisão preventiva, medida extrema somente cabível em casos excepcionais, deve ser feita por decisão fundamentada, de modo a apontar, no caso concreto, os motivos pelos quais se entenderem presentes quaisquer das hipóteses do art. 312 do CPP, e quando se estiver diante de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes do STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem, confirmando-se a liminar deferida.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de *Habeas corpus* impetrado pelo advogado José Carlos Bresciani em favor do paciente Isácio Domingues, preso em data de 6.1.2010, pela suposta prática do delito previsto no artigo 218 do Código Penal, sob o argumento de estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, consistente no indeferimento do pedido de liberdade provisória.

Aduz, em síntese, que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não apontou sequer um motivo concreto para mantê-lo segregado cautelarmente. Sustenta estarem ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Afirma, ainda, que o paciente não cometeu diretamente o crime pelo qual foi preso. Ademais, que o mesmo é primário, possui ocupação lícita, bem como é vinculado ao distrito da culpa.

Liminar deferida às f. 106-7.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de f. 112-3.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (f. 124-8).

VOTO (EM 23.2.2010)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Consoante relatado trata-se de *Habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado José Carlos Bresciani em favor do paciente Isácio Domingues**,** preso em data de 6.1.2010, pela suposta prática do delito previsto no artigo 218 do Código Penal, sob o argumento de estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, consistente no indeferimento do pedido de liberdade provisória.

Aduz, em síntese, que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não apontou sequer um motivo concreto para mantê-lo segregado cautelarmente. Sustenta estarem ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Afirma, ainda, que o paciente não cometeu diretamente o crime pelo qual foi preso. Ademais, que o mesmo é primário, possui ocupação lícita, bem como é vinculado ao distrito da culpa.

Sabe-se que, ao analisar o auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial deve, nos termos do que disciplina o parágrafo único do art. 310 do CPP, "quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)", conceder ao réu liberdade provisória.

In casu, a liberdade provisória merece ser concedida quando não estiverem presentes as hipóteses que, em tese, justificariam a segregação cautelar, quais sejam, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para se assegurar a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

Mister ressaltar que, para a decretação da prisão preventiva, medida extrema somente cabível em casos excepcionais e na presença dos requisitos anteriormente mencionados, a decisão que o fizer deve ser fundamentada, de modo a apontar, no caso concreto, os motivos pelos quais se entenderem presentes quaisquer das hipóteses do art. 312 do CPP, e quando se estiver diante de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso em análise, no entanto, verifica-se que a decisão objurgada carece da devida fundamentação, pois deixou de apontar, na hipótese concreta e de acordo com as circunstâncias pessoais do paciente, de que modo estaria comprometendo a ordem pública ou econômica, o bom andamento da instrução criminal ou a certeza da aplicação da lei penal.

Para que não paire dúvida a respeito da ausência de fundamentação, trascrevo a decisão censurada, *verbis*:

> [...] Acolhendo os bem lançados argumentos do Ministério Público, como razão de decidir, tenho que, não há como acolher o pedido formulado pelo requerente, ao menos por ora.

> O delito questão é extremamente grave, eis que se apura suposto crime sexual contra uma criança de 10 anos, mas as investigações ainda não estão concluídas de molde a precisar qual foi a atuação imputada a cada agente.
>
> O fato e seus desdobramentos tiveram grande repercussão na região. Necessário e justificável, portanto, um tratamento mais rigoroso, tudo para salvaguardar a ordem pública.
>
> Ademais, a proximidade da fronteira é outro fator que deve ser considerado, já que é comum a fuga de pessoas para o país vizinho, na tentativa de ficarem fora do alcance das autoridades brasileiras, prejudicando, assim, a instrução criminal e a aplicação da lei penal [...]

Note que a magistrada *a quo*, embora afirme ser necessária a manutenção da prisão para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, não aponta concretamente qual seria o motivo que a faz assim decidir.

Ao meu sentir, não estão presentes tais requisitos, pois além de o paciente não ameaçar a ordem pública, nada consta que poderia prejudicar a instrução da ação penal.

A esse respeito, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. RECEPTAÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. NECESSIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. Para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, é dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não basta a simples consideração acerca da gravidade genérica do delito, sendo indispensável a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da segregação cautelar, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou econômica, o risco para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal. Precedentes (*HC* n. 60123/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.9.2006).

Registra-se, também, que o simples fato de o paciente residir em região fronteiriça, não é motivo idôneo a ensejar na manutenção da segregação, sob o fundamento de que o paciente poderia furtar-se à aplicação da lei penal, quando inexistentes motivos concretos a fundamentar tal proposição.

A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

Por outro lado, apesar de não ter verificado a existência do citado "clamor público" no presente caso, anoto que a jurisprudência vem decidindo não ser este, também, motivo idôneo a autorizar a segregação cautelar. Nesse sentido recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A

> PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da Justiça". AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva (STF, *HC* n. 96095/SP, São Paulo, ementa parcial, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 48, Divulg 12.3.2009, Public 13.3.2009).

Registro, por fim, que as condições subjetivas são favoráveis ao paciente, pois esse é réu primário, sem antecentes criminais, tem ocupação lícita, sendo vinculado ao distrito da culpa.

Desse modo, ausentes quaisquer das circunstâncias que autorizariam a prisão preventiva, ao menos sob a ótica dada na fundamentação combatida, a concessão de liberdade provisória ao paciente é medida que se impõe, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, A PEDIDO DO 2° VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS O RELATOR E A 1ª VOGAL CONCEDEREM A ORDEM.

VOTO (EM 2.3.2010)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

Acompanho na íntegra o relator, pois, "*ilegal é a prisão decretada com base apenas na necessidade da medida para conter o clamor social. Referência, no mais, à gravidade abstrata do delito e na presença de requisitos legais, sem indicar elementos concretos a justificar a medida.*" (*HC* n. 125.146/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, Rel. p/Acórdão Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.5.2009, DJ 22.6.2009).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 2 de março de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.025179-0 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ARTIGO 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO – AFASTADA – PRETENDIDA APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – ART. 89 DA LEI N. 9.099/95 – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 41 DA LEI MARIA DA PENHA – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – PROVAS SEGURAS PARA MANTER A CONDENAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

I - A suspensão condicional do processo é inaplicável aos delitos praticados mediante violência doméstica, conforme expressa vedação legal do art. 41 da Lei n. 11.340/06, que foi declarada integralmente constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal.

II - A palavra da vítima, corroborada com o depoimento da testemunha é suficiente a ensejar o édito condenatório. Comprovada a ocorrência do fato delituoso, a condenação é consequência necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Ciro Eduardo de Oliveira Marques pela da Defensoria Pública Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença monocrática (f. 79-81) que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia oferecida pelo Ministério Público, para condená-lo nas sanções do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, no regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviço à comunidade.

Busca o recorrente, às f. 97-106, a reforma da sentença monocrática, sustentando, em apertada síntese, preliminarmente a suspensão condicional do processo como medida despenalizadora, a qual é aplicável aos crimes capitulados no Código Penal, e não é proibida pelo artigo 17 da Lei n. 11.340/06, requerendo o retorno dos autos ao juiz *a quo*, oportunizando-se ao representante do *parquet* o oferecimento de proposta nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95;

No mérito, pugna pela absolvição, ao argumento de ausência de provas aptas para embasar o decreto condenatório.

Ao final, prequestiona dispositivos legais pertinentes à matéria recorrida.

Em contrarrazões (f. 109-115), o apelado pugna pela manutenção da sentença.

A Defensoria Pública de Defesa da Mulher, às f. 117 ratifica as contrarrazões recursais apresentadas pelo Ministério Público.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 124-129, pelo afastamento da preliminar e no mérito, pelo improvimento do recurso da defesa, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa de Ciro Eduardo de Oliveira Marques, contra a sentença monocrática (f. 79-81) que julgou procedente o pedido contido na denúncia oferecida pelo Ministério Público, para condená-lo nas sanções do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, no regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviço à comunidade.

Em suas razões, postula, preliminarmente, a suspensão condicional do processo como medida despenalizadora, a qual é aplicável ao caso em apreço, e não é proibida pelo artigo 17 da Lei n. 11.340/06; requerendo o retorno dos autos ao juiz *a quo*, oportunizando-se ao representante do *parquet* o oferecimento de proposta nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Ora, como bem consignado pelo juízo monocrático, em sua sentença às f. 79-81:

> O pedido deve ser indeferido já que a Lei n. 11.340/2006 veda, em seu artigo 41, a aplicabilidade e da Lei n. 9.099/95 aos casos sob sua influência e se a suspensão processual esta prevista no art. 89 da referida Lei é de se concluir ser impossível sua aplicabilidade. O julgador singelo acatava a possibilidade, inicialmente, mas posteriormente ao participar da jornada sobre a Lei, em Brasília, foi convencido a constitucionalidade da Lei e passou a adotar o posicionamento acima.

Com efeito, o artigo 41 da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, dispõe que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Acerca do tema, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 7.1.2009, por unanimidade e com o parecer ministerial, na Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso em Sentido Estrito n 2007.023422-4/002.00, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) em sua integralidade, por sua absoluta conformidade com a Constituição Federal.

A propósito, preceitua Guilherme de Souza Nucci**,** *in verbis*:

> Os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o quantum da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei n. 9099/95. Embora severa, a disposição do art. 41, é

> constitucional. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou a Lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite a transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e na da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador.
>
> Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei n. 11340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a 'pena de cesta básica', além de outros benefícios (art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 (*in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 884).

O artigo 41 da Lei n. 11.340/06 é claro no sentido de que não se aplica aos crimes praticados com violência doméstica, a Lei n. 9.099/1995 e não apenas alguns de seus institutos. Destarte, o legislador quis propor mudanças que efetivamente pudessem contribuir para fazer cessar, ou, ao menos reduzir drasticamente, a violência cometida no âmbito da família, não podendo desta feita abrir-se exceção à vedação expressa do art. 41 da Lei Maria da Penha, independentemente da pena aplicada, não havendo violação ao princípio da proporcionalidade, em razão do intuito da lei.

Acaso se proceda de forma diversa, estar-se-á definitivamente retirando qualquer eficácia que o legislador pretendeu atribuir à Lei n. 11.340/2006.

Portanto, descabida a suspensão condicional do processo, conforme bem consignado pela Procuradoria-Geral de Justiça, *primeiro porque o mesmo não encontra respaldo legal, e segundo, que no caso dos autos, o pedido torna-se inapropriado não só por sua extemporaneidade, mas também, por ausência de lógica na medida em que o processo já tramitou em sua integralidade*[1].

DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DELITIVA

No mérito, a defesa do apelante pugna pela absolvição, ao argumento de ausência de provas aptas para embasar o decreto condenatório.

Narra a denúncia, às f. 2-3, que:

> Consta do inquérito policial incluso que, na data de 10 de outubro de 2007, por volta das 12h30min., na Rua da Liberdade, Vila Santa Dorotheia, nesta Capital, o denunciado Ciro Eduardo, ameaçou causar mal injusto e grave a vítima Tatiana Ramos Teixeira, sua ex-esposa. Outrossim, por acinte, o denunciado perturbou a vítima em sua tranquilidade.
>
> Apurou-se que, na data dos fatos, o denunciado ameaçou de morte a vítima dizendo: "eu vou te matar[...]Você vai me pagar (f. 3). Ademais, ante a negativa em reatar o relacionamento, o denunciado telefona e envia mensagens a ela inúmeras vezes ao dia e ainda a procura em casa e até mesmo em seu local de trabalho.

É cediço que a tranquilidade integra o cenário de paz da pessoa, em virtude do qual está autorizado a impor que lhe respeite o bem-estar ou a comodidade de seu viver.

1 A suspensão condicional do processo (Lei n. 9099/95, art. 89) só é possível enquanto não proferida a sentença condenatória. (STF, *HC* n. 77264/SP, Paciente: Maurício Romano Felipe, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 29.9.1998, DJ de 4.8.2000, p. 4).

Da análise dos autos, constata-se que a autoria e a materialidade do delito restaram comprovadas pela prova oral colhida e pelo boletim de ocorrência (f. 5) e ante a perturbação da tranquilidade da vítima, culminou na representação contra o apelante (f 7), ratificada em juízo à f. 52.

A vítima Tatiana Ramos Teixeira, em juízo às f. 52, aduziu que *o acusado perturbava sua tranquilidade fazendo inúmeras ligações e ainda mandava mensagens via celular e que isso tem incomodado a depoente. Que inclusive ele foi duas vezes ao seu local de trabalho e nessa última foi a que deu motivo para a depoente ir à delegacia eis que ele fez um escândalo lá, pertubando-a".*

A testemunha Elaine Cristina de Lima Schwind, por seu turno, tanto na fase administrativa (f. 12) quanto na judicial (f. 65) confirma os fatos narrados na denúncia e em juízo afirma que *foi madrinha deles e a vítima pediu que ela ficasse na residência dela porque estava temerosa à respeito da separação já que o acusado não aceitava; que ele ligou umas duas ou três vezes; que a depoente viu algumas mensagens de texto gravadas no celular em que o acusado dizia que ia acabar com ela; Que a vítima comentou com a depoente que o acusado tinha ido ao seu trabalho e gritado com ela dizendo que ela tinha um outro homem.*

Some-se a isto, muito embora o acusado negue o emprego das expressões da denúncia, confirma que em juízo, às f. 51, mandava mensagens pelo celular dela, mas que era para o filho e confirma ter se dirigido até o local de trabalho da vítima e lá ter tido uma discussão com a mesma, por outros motivos.

Dessa forma, a prova oral colhida nos autos, conforme examinadas, são claras e uníssonas, não deixando dúvidas quanto à prática do delito de perturbação de tranquilidade, praticado pelo réu, ora apelante.

Nessa senda, suficiente a palavra da vítima, corroborada pelo depoimento da testemunha, a ensejar o édito condenatório.

Logo, a manutenção da sentença hostilizada é medida que se impõe, por seus próprios fundamentos jurídicos e legais.

Por fim, no que tange ao prequestionamento suscitado pela defesa, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, afasto a preliminar de suspensão condicional do processo e no mérito, nego provimento ao recurso da defesa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.026887-4 - Nova Andradina
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – ARTIGO 297, *CAPUT,* CÓDIGO PENAL – ADULTERAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – CRIME IMPOSSÍVEL – PREJUDICADA A ANÁLISE DAS DEMAIS TESES DEFENSIVAS – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

As alterações no documento público capazes de serem descobertas de plano pelo que se chama de "homem comum", sem a necessidade de grandes verificações ou de conhecimentos técnicos, torna o fato atípico, nos moldes do artigo 17 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 18 de janeiro de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Marcio Paulo dos Santos Barbosa interpôs apelação criminal contra a sentença oriunda da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina (f. 118-120), que o condenou nas sanções do art. 297, *caput,* do Código Penal Brasileiro à pena privativa de liberdade de dois anos de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de dez dias-multa, no mínimo legal, sendo aquela substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e proibição de frequentar lugares de prostituição, jogos de azar, consumo de drogas ou outros em que se pratiquem quaisquer ilícitos.

Inconformado com a sentença, pugna pela absolvição, alegando crime impossível diante de falsificação grosseira, e sustenta que não há provas da autoria do delito, porquanto não foi realizado exame grafotécnico para apurar se a adulteração realmente foi praticada pelo apelante.

Contrarrazoando o recurso (f. 145-149), sustenta o ilustre Representante do Ministério Público o improvimento do apelo e manutenção do *decisum*. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 154-162).

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de Marcio Paulo dos Santos Barbosa (f. 136-141) contra sentença que o condenou nas sanções do art. 297, caput, do Código Penal Brasileiro, à pena privativa de liberdade de dois anos de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de dez dias-multa, no mínimo legal, sendo aquela substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e proibição de frequentar lugares de prostituição, jogos de azar, consumo de drogas ou outros em que se pratiquem quaisquer ilícitos.

A denúncia relatou os fatos nos seguintes termos (f. 2-3):

> Consta do incluso autos de inquérito policial que no dia 29 de abril de 2005, o denunciado Márcio Paulo dos Santos Barbosa alterou documento público verdadeiro, pois, ao dar entrada na documentação necessária junto ao CIRETRAN para revalidar a sua CNH, adulterou a data do vencimento do exame médico (f. 20-24).

O elemento de materialidade é demonstrado por meio do Laudo Pericial n. 55.527 (f. 23-27).

Pleiteia a defesa a absolvição por ausência de exame grafotécnico para a comprovação da autoria do delito, bem como por tratar-se de crime impossível, devido à falsificação ser grosseira.

Primeiramente, por ordem de prejudicialidade, examina-se quanto à alegação de crime impossível em face da falsificação grosseira, pois tem-se que para configurar o tipo penal de falsificação de documento público é necessário a potencialidade lesiva da alteração, devendo ela ser apta a ludibriar, entretanto, a falsificação grosseira não constitui esse crime.

Nesse sentido o escólio de Guilherme Souza Nucci:

> [...] exige-se a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros é inócua para esse fim. [...][2]

Observe que, no caso, o apelante ao apresentar o documento no "Centro de Formação de Condutores Confiança" rapidamente foi detectada a adulteração, pois conforme dito pelo Sr. José Edson Gonçalves Freires na fase inquisitiva (f. 34), que posteriormente foi ratificado na fase judicial (f. 101): "inclusive apresentava indícios de adulteração."

Note que a adulteração foi feita com caneta esferográfica com tinta na cor vermelha, conforme Laudo Pericial às f. 44-48, sendo tão grosseira que qualquer homem em conhecimento mediano a reconheceria, portanto, desconfigurado está o crime de Falsificação de Documento Público em face da impossibilidade de ludibriar, tornando o ato um crime impossível.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. ALTERAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. MODIFICAÇÃO GROSSEIRA, INCAPAZ DE LUDIBRIAR PESSOA COMUM. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CRIME. ORDEM CONCEDIDA.[3]

2 *in* Código penal comentado. 9. ed., **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 431.

3 *HC* n. 33708/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, julgado em 18.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 598, LexSTJ v. 186, p. 297.

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. FALSIFICAÇÃO NITIDAMENTE GROSSEIRA. INCABÍVEL A CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. 1. A falsificação nitidamente grosseira de documento afasta o delito insculpido no art. 304 do Código Penal, tendo em vista a incapacidade de ofender a fé pública e a impossibilidade de ser objeto do mencionado crime. 2. Recurso não conhecido.[4]

> APELAÇÃO. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. ALTERAÇÃO DA CATEGORIA PERCEPTÍVEL A OLHO NU. FALSIDADE GROSSEIRA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Perceptível, a olho nu, a alteração na CNH, tendo em vista a péssima qualidade da falsificação, deve ser mantida a absolvição. Recurso ministerial improvido.[5]

Ante o exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso da defesa para absolver Marcio Paulo dos Santos Barbosa, com amparo no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, tendo em vista a grosseira alteração tornando impossível ludibriar o "homem comum", restando prejudicada a análise das demais teses defensivas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs.Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 18 de janeiro de 2010.

***

4 REsp n. 838344/RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 3.4.2007, DJ 14.5.2007, p. 386.

5 TJRS, ACr n. 70027599380, Santa Maria, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, julgado em 19.2.2009, DOERS 10.3.2009, p. 82.

Habeas Corpus n. 2009.034546-8 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ABATE CLANDESTINO DE RESES DE TERCEIRO A TIROS – VACAS CARNEADAS E TRANSPORTADAS SEM CONDIÇÕES DE HIGIENE – PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE ABSTRATA – GARANTIA DA SAÚDE PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA – EXTENSÃO AOS CORRÉUS – SIMILITUDE FÁTICA – ORDEM CONCEDIDA.

A potencialidade lesiva do crime, no caso, prejuízo à saúde pública decorrente do abate de vacas clandestino, sem as mínimas condições de higiene, não é fundamento idôneo a manter a segregação cautelar dos agentes.

> Verificado que o julgado se baseou em motivos não de caráter exclusivamente pessoal para conceder a ordem impetrada, impõe-se a extensão dos efeitos da decisão proferida por esta Egrégia Turma aos requerentes, em observância ao princípio constitucional da isonomia e de acordo com o art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ, PExt no *HC* n. 115.033/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 3.12.2009, DJ 18.12.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a ordem com extensão aos corréus.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

Trata-se de *Habeas corpus* impetrado pelo advogado Gilberto Garcia de Sousa em favor do paciente José Carlos Xavier, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Para tanto, argumenta que o paciente está sendo processado por infração aos artigos 155, 288, do Código Penal e artigo 14, da Lei n. 10.826/2003 e como é pessoa honesta, trabalhadora e réu confesso, não há razão para sua prisão preventiva.

Aduz que a autoridade apontada como coatora negou seu pedido de liberdade provisória, sendo que preenche os requisitos do artigo 310, do Código Penal.

Ao final, requer a concessão da ordem para que o paciente seja posto em liberdade.

Documentos de f. 7-56.

Liminar deferida às f. 58-62.

Alvará de soltura cumprido às f. 63-68.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 69-70. Documentos de f. 71-75.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 79-82, pela concessão da ordem, ante a inexistência de hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Extensão da liminar aos corréus Cláudio Rosa e Valdir Carlos da Silva.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *Habeas corpus* impetrado pelo advogado Gilberto Garcia de Sousa em favor do paciente José Carlos Xavier, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

A autoridade apontada como coatora negou a liberdade provisória ao paciente nos seguintes termos, *in verbis*, (55-56):

> Trata-se de pedido de pedido de liberdade provisória formulado por José Carlos Xavier, aduzindo que suas condições são favoráveis para a concessão do benefício de responder ao processo em liberdade, no entanto, não faz jus ao benefício, pois, consta dos autos ter sido indiciado pelas práticas dos delitos de furto, porte ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha ou bando.
>
> **Narra o auto de prisão que o requerente, juntamente com o co-indiciado Cláudio Rosa teriam sido presos em flagrante transportando duas vacas abatidas, em um veículo Corcel branco, placas HSC-7484, conduzido pelo requerente.**
>
> Prosseguindo nas investigações, policiais teriam apreendido na residência, localizada na Rua Taumaturgo, sem número, Bairro Jardim Aerorancho, **mais duas vacas, também abatidas, que teriam sido transportadas no veículo Ford/Pampa, vermelho, conduzido pelo também, co-indiciado, Edson Barbosa de Araújo e ainda, 1 (uma) espingarda, calibre 22, com 2 munições, e 13 munições do mesmo calibre, todas intactas, sob a guarda do co-indiciado Valdir Barbosa, na residência retro mencionada.**
>
> **O fato dos co-indiciados se unirem para praticar os crimes, sugere-se a expectativa de lucro fácil, e a alegação do requerente que é réu confesso não é adequada, visto no presente caso, não se vislumbra confissão, mas situação de flagrante, em que o agente não tinha outra saída, senão admitir, pois surpreendido transportando as vacas abatidas clandestinamente, sem as menores condições de higiene, ferindo todas as normas da vigilância sanitária, o que representa um dos mais preocupantes fatores de risco à saúde pública.**

> Conceder-lhe a liberdade, nesse momento, é temerário, visto que sequer foi citado para responder a ação penal. **Por outro lado, interessa à garantia da ordem pública a prisão cautelar do Requerente, na medida em que o crime praticado, como já citado, é daqueles que causa sérios prejuízos à saúde pública, logo necessita ser severamente coibido.**
>
> Como o dolo do delito somente poderá ser analisado quando do julgamento do mérito do processo, não há como ser apreciado neste momento, e relevando que ainda se encontram presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal deve ser mantida.
>
> Diante do exposto, indefiro o pedido de Liberdade Provisória formulado por José Carlos Xavier, qualificado nos autos. (Grifo nosso).
>
> A prisão preventiva é medida excepcional, deve vir amparada em um dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e fundamentada em dados concretos.
>
> Com efeito, a prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar de índole processual que é, somente pode ser decretada nos dizeres de Fernando da Costa Tourinho Filho *in* 'Processo Penal - Volume 3', Ed. Saraiva, 29. Ed., 2007, pág. 507 quando verificados os seus pressupostos (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e uma de suas condições (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e asseguração da aplicação da lei penal). Assim, **a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas com base na gravidade abstrata do delito** (*HC* n. 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21.6.2007; *HC* n. 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28.6.2007); **na periculosidade presumida do agente** (*HC* n. 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13.9.2007); **no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa** (*HC n.* 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 6.6.2007) **ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social** (*HC* n. 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 6.6.2007). (STJ, *HC* n. 101.592/SE (2008/0051159-0), Rel. Min. Felix Fischer, Decisão Monocrática: 7.5.2008). Grifo nosso.

Como consignado na decisão que deferiu a liminar, a prisão do paciente foi mantida por prejuízo à saúde pública, que não é requisito ao artigo 312 do Código de Processo Penal, além de referências genéricas à garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Frise-se que a potencialidade lesiva do crime, no caso, prejuízo à saúde pública decorrente do abate de vacas clandestino, sem as mínimas condições de higiene, não é fundamento idôneo a manter a segregação cautelar do paciente.

A gravidade da imputação, ainda que amparada em provas da materialidade e autoria do delito decorrente do flagrante e a confissão extrajudicial, bem como a repercussão do fato na imprensa local, não são suficientes a justificar a prisão preventiva, como bem anotado no parecer ministerial às f. 81-82, ante a falta da real necessidade da prisão cautelar do paciente.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a ordem para deferir a liberdade provisória ao paciente José Carlos Xavier, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais e outras condições a ser estabelecidas pelo MM. Juiz de primeiro grau, se achar necessário.

Tendo em vista que foi concedida liminar ao corréu Edson Barbosa de Araújo (habeas corpus n. 2010.000734-2), tratando-se do mesmo fato delituoso e segregação cautelar mantida nos mesmos moldes, nos termos do artigo 580, do Código de Processo Penal, dou efeito extensivo da presente ordem aos demais corréus CLÁUDIO ROSA e VALDIR CARLOS DA SILVA, mediante o cumprimento das mesmas condições acima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM COM EXTENSÃO AOS CORRÉUS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Juiz Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2008.032611-1/0001-00
Campo Grande - Seção Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO ATIVA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AGENTE QUE OFERECE QUANTIA EM DINHEIRO A PROMOTORES DE JUSTIÇA PARA OMITIR OU RETARDAR ATO DE OFÍCIO – CRIME FORMAL – DELITO QUE SE CONSUMA NO MOMENTO DO OFERECIMENTO – IMPROVIDO.

Ficando evidente que o agente ofereceu dinheiro a Promotores de Justiça, para que suspendessem uma investigação que apurava improbidade de servidores e ex-servidores estaduais, não há falar em absolvição, pois patente sua intenção de corrompê-los.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2009.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Alberto Aparecido Roberto Nogueira opõe embargos infringentes em face de acórdão, não unânime, proferido pela 2ª Turma (ACr n. 2008.32611-1), que negou provimento ao seu recurso (f. 427-437).

Alega que todas as testemunhas presenciais relataram que os fatos foram extremamente genéricos, não se vislumbrando em suas palavras oferta ou promessa de vantagem, não configurando o crime de corrupção ativa. Pugna pela manutenção do voto vencido proferido pelo Vogal, Des. Carlos Eduardo Contar, o qual lhe absolvia, com fulcro no art. 386, III, CPP (f. 440-449).

Os embargos foram admitidos (f. 451).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos embargos (f. 458-467).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Pugna o embargante pela absolvição do crime de corrupção ativa, nos termos do voto do Vogal, Des. Contar.

No entanto, constata-se que deve ser mantido o voto do ilustre Relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Consta na denúncia que:

> [...] o denunciado, na condição de funcionário da Secretaria de Fazenda Estadual, dirigiu-se no dia 18 de abril de 2001, por volta das 13:40 horas, até o prédio da Procuradoria Geral de Justiça, onde acompanhado do Promotor de Justiça, Dr. Adhemar Mombrum de Carvalho Neto, apresentou-se no gabinete do Dr. Carlos Alberto Zeola, também membro do Ministério Público, que atua no feito que apura improbidade de servidores e ex-servidores da secretaria de Estado e Receita e Controle de Estado, onde ofereceu e prometeu aos referidos Promotores de Justiça, vantagem indevida para determiná-los a omitir/retardar ato de ofício.
>
> Quando ali se apresentou o ora denunciado, Dr. Zeolla convocou o funcionário Normam Kalmus, para presenciar a conversa que o mesmo teria com os mencionados membros do *parquet*.
>
> Demonstrando grande intimidade com o "pessoal do fisco estadual", e seus "esquemas", disse ser "porta-voz" do grupo conhecido como máfia dos fiscais, e que gostariam de serem poupados pelo Ministério Público.
>
> Estando muito a vontade, o que causou estranheza aos representantes do Ministério Público, Alberto (vulgo "Betão") foi mais explícito e disse que "seu pessoal" estava assustado com as investigações, quebra de sigilo bancário, e a prisão do Fiscal "Tourinho", estando dispostos a "jogar dinheiro para cima" e, sorrindo disse aos Promotores de Justiça o seguinte: "Vocês precisam de informações, se não quiserem dinheiro, tudo fica para mim, afinal, também preciso ganhar [...]
>
> Neste momento, o Dr. Zeolla estupefato e indignado com a proposta trazida pelo intermediário dos fiscais investigados, levantou-se e mandou que o denunciado mandasse um recado ao seu "pessoal", de que "fossem todos tomar no cú", e encerrou a conversa, tendo o denunciado ainda dito que se mudassem de opinião era para ligarem em seu celular, pois "o pessoal estava disposto a jogar cem, trezentos, quinhentos e até um milhão [...].

De fato, analisando todo o conjunto probatório, ficou evidente que o embargante ofereceu vantagem indevida (dinheiro) a funcionários públicos (Promotores de Justiça, Adhemar Mombrum de Carvalho Neto e Carlos Alberto Zeola), para que omitissem ou retardassem ato de ofício (suspendessem a investigação que apurava improbidade de servidores e ex-servidores da Secretaria de Estado e Receita e Controle de Estado – conhecida como "máfia dos fiscais").

O embargante, sob o pretexto de que iria testemunhar a respeito da investigação que apurava improbidade de servidores e ex-servidores estaduais, se dirigiu ao Gabinete do Dr. Carlos Alberto Zeola, juntamente com o Promotor de Justiça Adhemar Mombrum de Carvalho Neto, onde também estava Norman Kalmus, funcionário da PGJ e passou a dizer que o pessoal do fisco estadual gostaria de ser poupado pelo Ministério Público, pois estavam assustados com as investigações, quebra de sigilo bancário e a prisão do fiscal "Tourinho", passando a oferecer dinheiro com palavras e gestos, ou seja, dizendo que "o pessoal estava disposto a jogar cem, trezentos, quinhentos, até um milhão" e simulando jogar dinheiro para cima.

As testemunhas ouvidas em juízo confirmaram que ficou nítido pelas expressões e gestos do embargante, que o mesmo tinha a intenção deliberada de corrompê-las, oferecendo dinheiro para que suspendessem as investigações da "máfia dos fiscais".

Aliás, as testemunhas afirmaram que ficaram perplexas e indignadas com tamanha audácia do embargante, chegando ao ponto da vítima, Dr. Carlos Alberto Zeola, já exaltada, dizer que era para o embargante mandar um recado ao seu pessoal, de que "que fossem todos tomar no cú" (f. 293-299).

Como bem asseverou o relator do acórdão (f. 431):

> Como se vê, está claro que o apelante tinha a intenção deliberada de corromper não somente o Dr. Zeola, bem como os presentes na sala. O gesto feito, de jogar dinheiro para o alto e o pronunciamento verbal de que poderia levantar até um milhão de reais, com certeza são condutas inequívocas positivando o propósito de corromper. Isto é, configura deliberadamente a intenção não somente de oferecimento de vantagem financeira, mas a promessa de que o valor a ser pago poderia ser de até um milhão.

Por tratar-se de crime formal, também chamado de crime de consumação antecipada, para sua consumação basta que o verbo nuclear do tipo ocorra, ou seja, o simples oferecimento ou promessa, independentemente da ocorrência de resultado, ou seja, não há a necessidade de que o funcionário realize a conduta requerida ou sequer que aceite a vantagem oferecida.

É o entendimento jurisprudencial:

> CORRUPÇÃO ATIVA - PRISÃO EM FLAGRANTE - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - AGENTE QUE OFERECE QUANTIA EM DINHEIRO A POLICIAIS MILITARES PARA OMITIR ATO DE OFÍCIO - CRIME FORMAL - DELITO QUE SE CONSUMA NO MOMENTO DO OFERECIMENTO - FUNCIONÁRIO QUE TINHA DEVER DE REALIZAR ATO DE OFÍCIO - TIPICIDADE DA CONDUTA - FIRMES E COERENTES DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS - VALIDADE - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Tratando-se de crime formal, o delito de corrupção ativa consuma-se com o mero oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, independentemente de aceitação ou recusa. Se os firmes e coerentes depoimentos dos policiais dão conta do oferecimento de vantagem pelo agente para liberação de sua moto, é de ser mantida a condenação pelo crime de corrupção ativa. (TJMS, Acr n. 2006.002374-5, Rel. Des. José Augusto de Souza, julgado em 19.4.2006).

Desta feita, como a corrupção ativa se consuma quando o oferecimento ou promessa chega ao conhecimento do funcionário, ainda que ele o recuse, não há falar em absolvição, visto que a conduta do embargante é claramente típica.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Alberto Aparecido Roberto Nogueira em decorrência do acórdão prolatado pela 2ª Turma Criminal, que, por maioria, negou provimento ao recurso defensivo, vencido o vogal, que dava provimento ao recurso defensivo.

O embargante sustenta que todas as testemunhas relataram que os fatos foram extremamente genéricos, não se vislumbrando em suas palavras, oferta ou promessa de vantagem, não configurando o crime de corrupção ativa. Pugna pela manutenção do voto vencido proferido pelo vogal, Des. Carlos Eduardo Contar, o qual lhe absolvia, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O parecer é pelo improvimento dos embargos.

Os embargos infringentes não merecem acolhimento.

Após analisar novamente a matéria colocada em debate, não tenho dúvida em manter o meu voto.

No julgamento da apelação criminal, fiz a revisão minuciosa desse processo, chegando a mesma conclusão que o relator do processo, o eminente relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, pelo que, o acompanhei na votação, para improver o recurso defensivo do ora embargante.

Peço vênia para transcrever o voto do Eminente Des. Claudionor, *in verbis*:

> Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Alberto Aparecido Roberto Nogueira, objetivando a reforma do decisum que condenou o recorrente Alberto Aparecido Roberto Nogueira à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, por infração ao delito capitulado no art. 333 do Código Penal. (Corrupção Ativa)
>
> Consta na denúncia que: "[...] o denunciado, na condição de funcionário da Secretaria de Fazenda Estadual, dirigiu-se no dia 18 de abril de 2001, por volta das 13:40 horas, até o prédio da Procuradoria Geral de Justiça, onde acompanhado do Promotor de Justiça, Dr. Adhemar Mombrum de Carvalho Neto, apresentou-se no gabinete do Dr. Carlos Alberto Zeola, também membro do Ministério Público, que atua no feito que apura improbidade de servidores e ex-servidores da secretaria de Estado e Receita e Controle de Estado, onde ofereceu e prometeu aos referidos Promotores de Justiça, vantagem indevida para determiná-los a omitir/retardar ato de ofício.
>
> Quando ali se apresentou o ora denunciado, Dr. Zeolla convocou o funcionário Normam Kalmus, para presenciar a conversa que o mesmo teria com os mencionados membros do parquet.
>
> Demonstrando grande intimidade com o "pessoal do fisco estadual", e seus "esquemas", disse ser "porta-voz" do grupo conhecido como máfia dos fiscais, e que gostariam de serem poupados pelo Ministério Público.
>
> Estando muito a vontade, o que causou estranheza aos representantes do Ministério Público, Alberto (vulgo 'Betão') foi mais explícito e disse que "seu pessoal" estava assustado com as investigações, quebra de sigilo bancário, e a prisão do Fiscal 'Tourinho', estando dispostos a "jogar dinheiro para cima" e, sorrindo disse aos Promotores de Justiça o seguinte: 'Vocês precisam de informações, se não quiserem dinheiro, tudo fica para mim, afinal, também preciso ganhar [...].
>
> Neste momento, o Dr. Zeolla estupefato e indignado com a proposta trazida pelo intermediário dos fiscais investigados, levantou-se e mandou que o denunciado mandasse um recado ao seu "pessoal", de que "fossem todos tomar no cú", e encerrou a conversa, tendo o denunciado ainda dito que se mudassem de opinião era para ligarem em seu celular, pois "o pessoal estava disposto a jogar cem, trezentos, quinhentos e até um milhão" [...]". (f 2-3)

Em razões recursais, requer o Ministério Público a modificação do regime de cumprimento de pena imposto pelo julgador monocrático, pleiteando que o apenado cumpra sua pena no regime semiaberto, e não no aberto.

Alberto Aparecido Roberto Nogueira também recorre, aduzindo: 1) que não há nos autos elementos que embasem um decreto condenatório seguro; 2) minoração da pena-base para 2 anos de reclusão e, consequentemente, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer (f. 386-404), pelo PROVIMENTO do recurso ministerial, para que seja modificado o regime inicial de cumprimento de pena (do aberto para o semiaberto), bem como pelo IMPROVIMENTO do recurso de Alberto Aparecido Roberto Nogueira, para que seja mantida a sentença pelos seus próprios fundamentos.

Passa-se à análise dos recursos.

Do recurso do Ministério Público Estadual

O Ministério Público Estadual, em suas razões, pleiteia a modificação do regime de cumprimento de pena imposto ao recorrente Alberto Aparecido Roberto Nogueira, para um mais gravoso (do aberto para o semiaberto).

Entendo que não merece prosperar o pedido do apelante.

O apelado Alberto Aparecido Roberto Nogueira foi condenado à pena de **3 anos de reclusão** em regime inicial aberto, por infração ao delito capitulado no art. 333 do Código Penal (Corrupção Ativa).

O art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal preconiza que:

"c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

É o caso dos autos. O apelante foi condenado à pena de 3 (três) anos, não sendo, à época dos fatos, reincidente. Assim, não merece guarida o pedido do parquet, devendo ser mantido, portanto, o regime inicial de cumprimento de pena fixado no Aberto.

Do recurso de Alberto Aparecido Roberto Nogueira

Analisando o recurso da defesa, considero que este não merece provimento.

Pugna o apelante, *ab initio*, por sua absolvição, sob a alegação de que inexistem nos autos elementos que embasem um decreto condenatório seguro.

Não merece ser acolhida sua pretensão. Explico:

A denúncia imputou ao apelante a prática do crime de corrupção ativa. A materialidade do delito consiste em oferecer (exibir ou propor para que seja aceita) ou prometer (obrigar-se a dar) vantagem indevida a funcionário, para levá-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

De acordo com os ensinamentos doutrinários, de todos os meios pode valer-se o corruptor: palavras, atos, gestos, escritos, etc. Tanto é corruptor quem dá dinheiro ao funcionário, quanto o que lhe envia uma carta, ou a deixa sobre sua mesa na repartição. É mister apenas que a ação seja inequívoca positivando o propósito do agente.

A lição de Rui Stoco, na obra "Código penal e sua interpretação jurisprudencial", pág. 4021, 7. ed., editora **RT**, é oportuna. Ensina que não se desfigura a corrupção ativa por não ser exercida diretamente sobre o servidor.

Conforme muito bem salientado pelo magistrado sentenciante, o crime em tela é formal e se consuma com o simples oferecimento (ainda que não aceito) ou com a promessa. O oferecimento ou promessa de vantagem, para que possam constituir corrupção ativa, devem ser espontâneos, o que não exclui que a iniciativa da ação parta do funcionário corrompido.

In casu, foi seguramente comprovado que a intenção do apelante, quando conversou com o promotor de justiça e com as demais pessoas presentes na sala, era corrompê-las. Agiu com gestos e palavras, gesticulou simulando jogar dinheiro para o alto e expressou a quantidade de dinheiro necessária para suspender as investigações. Portanto, agiu de forma indireta, mas com a intenção deliberada de corromper.

Nesse sentido, é o depoimento da testemunha Norman Kalmus, às f. 294-295, *in verbis*:

"Foi, realmente, foi absolutamente informal né, ele se sentiu muito à vontade para conversar e, pra dizer que ele conhecia todos os mecanismos, que nós estaríamos investigando dentro do Ministério Público e que ele poderia ajudar, né, dando a entender como é que isso, como é que realmente acontecia. E que, como estariam todos os fiscais muitos assustados com as investigações, com o rumo que essas investigações estariam tomando, então, que eles estavam jogando dinheiro para o alto, e ficou uma expressão estranha, meio, meio vaga."

Esta mesma testemunha, indagada se o recorrente olhou para alguém quando disse: "jogando dinheiro para alto", respondeu:

"Não, ele olhou para cima e fez o sinal de que estava jogando, estava lançando alguma coisa para cima. Não foi exatamente para o Dr. Zeola. Era uma mesa pequena, nós estávamos os três conversando."

E prosseguindo a testemunha afirmou:

"Então, ai, o Dr. Zeola, na hora, ele ficou irritado e falou: como assim? O que é que você quer dizer com isso?

E o apelante respondeu:

"Não... Porque seria fácil levantar aí, 300, 350, até um milhão, seria fácil de levantar e dar para quem quisesse, para vocês, ou, se vocês não quiserem"

Como se vê, está claro que o apelante tinha a intenção deliberada de corromper não somente o Dr. Zeola, bem como os presentes na sala. O gesto feito, de jogar dinheiro para o alto e o pronunciamento verbal de que poderia levantar até um milhão de reais, com certeza, são

condutas inequívocas positivando o propósito de corromper. Isto é, configura deliberadamente a intenção não somente de oferecimento de vantagem financeira, mas, a promessa de que o valor a ser pago poderia ser de até um milhão.

O depoimento da testemunha acima está em perfeita consonância com as declarações das demais testemunhas, mormente o prestado pelo Dr. Carlos Alberto Zeola, (f. 296-297), que assim se manifestou:

"JUIZ: O senhor declarou que confirma os fatos noticiados na representação, f. 25, e que o Betão compareceu na sala ocupada pela promotoria de Justiça Defesa do Patrimônio Público, na sede da procuradoria geral, na data de 18.4.2001 por volta das 14 horas. Onde foi recebido pelo Dr. Ademar Mombrum, e pelo depoente que se encontrava no aguardo. Desde que o Ademar tinha noticiado sua vinda, minutos antes. E até então, declarando que não tinha sequer conhecimento da existência de Betão. E o declarante chamou o funcionário Norman para acompanhar a conversa, com o Betão. Este se apresentou como técnico de contabilidade, ou contador da Secretaria da Fazenda, iniciou a conversa com o Dr. Ademar, com o qual já havia mantido um contato anterior. Em virtude de ser cliente de sua ex-companheira Dra. Fátima, o qual estava defendendo, em um homicidiozinho, dizendo que o pessoal estava assustado, referindo-se ao decreto de prisão e quebra de sigilo bancário fiscal de Tourinho. No decorrer da conversa Betão esclareceu que o pessoal que se referia estava jogando dinheiro para cima, alusão esta que é o depoente em princípio não percebeu o alcance, e prosseguindo em sua conversa, Betão deixou claro a que se referia, desde que se esclareceu, ter um grupo que queria colaborar prestando informações do caso das investigações, da corrupção na Secretaria da Fazenda, titular da máfia dos fiscais, mas que precisariam ser poupados nas investigações, porque também não eram santos. O declarante ainda sem entender bem o alcance, perguntou especificamente o que significava isso, ao que ele disse, que o pessoal estava disposto a jogar 100, 300, 500 e até um 1 milhão. Acrescentou, se vocês não querem ganhar dinheiro eu posso ganhar em cima. Deixando bem claro, que estava sendo porta-voz de um grupo que estava oferecendo dinheiro para os promotores de justiça ou [ininteligível] nas investigações, mediante um pouco de colaboração, que diante disso o declarante se irritou e falou ao Betão que falasse aos seus amigos que fosse tomar no cu. Que a conversa se encerrou, logo em seguida tendo o Betão se retirado. O declarante neste ato requer ajuntado o ofício 001 e do exemplar do Jornal Correio do Estado, que acompanha. Que relata a participação de Betão em um crime de homicídio, que lamenta amargamente não ter dado voz de prisão em flagrante ao Betão. Pois se quer na ocasião, percebeu o estado de flagrância do início de corrupção ativa, principalmente, por que posteriormente Norman Calmons disse que o próprio Betão relatara na sala perante nos promotores, que sabia que estava correndo o risco de ser preso. Uma alegação que o declarante não captou na ocasião. O declarante quando o Betão disse estar respondendo a um homicídio e que já havia matado uma mulher por atropelamento, bem como, ter praticado alguns outros crimes, quando trabalhava em garimpo não sabe se ele estava se vangloriando ou se relatava os fatos no intuito de atemorizar os promotores de justiça. Relembrou, doutor?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: O senhor confirma, ratifica os termos desse depoimento?

DEPOENTE: Integralmente, integralmente.

JUIZ: Alguma coisa que o senhor queira acrescentar entre os fatos que o senhor já relatou?

DEPOENTE: Eu, se V.Exa. permitisse e o Ministério Público concordasse, eu pediria que fosse juntados aos autos diversos documentos atinentes a esse caso, inclusive. Inclusive de natureza confidencial, que poderão colaborar nos crescimentos dos fatos.

JUIZ: De acordo, doutor?

MP: Sim.

JUIZ: Defesa também de acordo. Toma a ciência dos documentos juntados. Mais alguma coisa que o senhor queira esclarecer?

DEPOENTE: É, eu... a coisa que eu mais lamento neste caso é realmente não ter apreendido a gravidade da situação e não ter dado a voz de prisão a esse sujeito no momento em que a propostas de extorsão foi feita.

JUIZ: Mas da forma, do modo como ele agiu, o senhor entendeu que ele teve realmente a intenção deliberada de corrompê-lo?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Ele ofereceu vantagens?

DEPOENTE: Sim, ele chegou a dizer em determinado momento que o pessoal estava muito assustado com a quebra de sigilo bancário e fiscal do Tourinho, que era o superintendente da administração tributária da Secretaria de Fazenda na época. E muito assustado também com o decreto de prisão por crime de lavagem pela Dra. Dileta em Dourados. E que eles estavam jogando dinheiro para cima. Eu, nesse momento não entendi. Nesse momento eu não entendi. E aí ele veio com a história, ele continuou insistindo dizendo que se nós não quisemos pegar e estava nesse momento apenas o Dr. Ademar e o Dr. Norman Calmons na sala, se nós não quiséssemos pegar que ele pegaria, entendeu? E que ele estava dispostos a jogar 200, 300 e até 1 milhão, eu me recordo da cifra, até um milhão de reais.

JUIZ: Sim. Mais alguma coisa, doutor?

DEPOENTE: É uma coisa que me deixou, foi o movimento pelo qual eu mandei ele tomar no cu, eu falei, poxa, ao invés do prender porque mandou tomou no cu, né? Foi que ele se referiu, na época eu tinha um Palio já bem usado, ele se referiu ao fato de que apesar de ser um assistente administrativo técnico em contabilidade, ele ganhava apenas 800 reais e ele tinha um carro muito melhor do que um Paliozinho, né? E eu senti que ela estava se referindo a minha pessoa, porque eu era o promotor que tinha o Paliozinho, não sei se o Dr. Ademar também tinha um Palio na época, né? E ele se referiu que tinha, inclusive, um carro importado, alguma coisa assim, uma caminhonete. Enfim... Foi extremamente suntuoso, tanto é que nós pedimos ao Dr. Moreli, oficialmente, inclusive, que está entre os documentos que nós apresentamos, que fosse instalado naquele setor um sistema de micro filmagem, de gravação de áudio para que situações tais não nos pegassem mais desprevenidos, como nós fomos apanhados, né? “

Embora o apelante negue ter praticado a conduta de oferecer a vantagem, denota-se das provas colhidas, mormente nos depoimentos de Normam Kalmus, Carlos Alberto Zeola e Adhemar Mombrum de Carvalho, a certeza de que ele foi até Procuradoria de Justiça com a intenção dolosa de corromper os promotores de justiça.

Destarte, é certo que ficou suficientemente comprovada a materialidade do delito e autoria. Verifica-se no conjunto probatório elementos suficientes para a manutenção da sentença.

As outras testemunhas inquiridas (f. 293-298) confirmaram que o apelante esteve na sala do Dr. Carlos Alberto Zeola e, embora não tivessem ouvido nem presenciado a conversa, relataram que o Dr. Carlos Alberto Zeola ficou emocionalmente abalado.

Disse a testemunha Mara Cristiane Crisóstomo Bravo, às f. 298:

[...] Eles contaram a história, como o fato havia acontecido, que era absurdo, que a pessoa teria ido até lá e oferecido vantagem patrimonial para cessarem as investigações[...].

Os argumentos da defesa, de que não há provas suficientes para comprovar que o apelante ofereceu vantagem financeira aos promotores, não encontram ressonância nas provas dos autos. E, mais, a defesa não produziu nenhuma prova que pudesse comprovar suas alegações.

Assim, está comprovada a autoria do delito, não havendo falar em absolvição.

Quanto ao pedido de minoração da pena, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Ao fixar a pena, assim se manifestou o magistrado sentenciante, in verbis: [...] Atento as diretrizes previstas no art. 59 do CPB, e havendo nos autos informações de que o denunciado possui antecedentes, que a culpabilidade foi intensa, e ainda, o modo como agiu, despojado e atrevido, foi a uma repartição pública objetivando impedir trabalhos de investigação, tudo isso relevado, aplico-lhe a pena base em 3 (três anos) de reclusão e 50 (cinquenta dias-multa) [...].

Como alegado pelo juiz *a quo* e verificado nos autos, o apelante Alberto Aparecido Roberto possui uma vasta ficha de antecedentes (tentativa de homicídio, homicídio, etc.), ficando demonstrada, assim, sua personalidade voltada para práticas de crimes.

Dessa forma, claro está que, ao prolatar a sentença, o magistrado sentenciante obedeceu aos ditames legais quanto à fixação da pena, sopesando com imparcialidade as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Assim, a r. sentença foi muito bem fundamentada, dosou a reprimenda legal de forma correta, fixando-a em 3 (três anos), em regime inicial aberto.

Ficam, portanto, rejeitados os pedidos do apelante Alberto Aparecido Roberto Nogueira.

Diante do exposto, contrariando em parte o parecer, nego provimento a ambos os recursos, mantendo a sentença de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos.

Ad Argumentandum tantum, no tocante ao recurso ministerial, fiquei vencido pelo relator, o qual teve por bem, manter o regime aberto para o cumprimento da pena, aplicado na sentença.

Naquela oportunidade, meu voto foi no sentido de reformar a sentença para aplicar o regime semi-aberto, por entender que as circunstâncias judiciais lhe eram desfavoráveis, de modo que, o regime aberto não se mostrava suficiente para reprimir a conduta do acusado.

Todavia, tal matéria restou superada nos presentes embargos infringentes.

Assim, não tenho dúvidas em manter o voto do condutor, do e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, o qual mantinha a condenação do acusado.

Diante do exposto, deixo de acolher os presentes embargos infringentes. Decisão com o parecer ministerial.

Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Mantenho o meu voto de f. 435.

Dou provimento ao recurso.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (3º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (4º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5º Vogal)

De acordo com a relatora.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (6º Vogal)

De acordo com a relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

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

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2009.

***

Apelação Criminal n. 2009.026714-0- Ponta Porã
Primeira Turma Criminal
Relator Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TORTURA E REDUÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO CONTRA MENOR DE 14 ANOS – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 9.455/97 – INOCORRÊNCIA – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS FIRMADAS PELO BRASIL QUE AUTORIZA A AMPLIAÇÃO DO ROL DOS QUE PODEM COMETER O CRIME DE TORTURA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA TORTURA PARA MAUS TRATOS – IMPOSSIBILIDADE – APELANTE QUE, MOTIVADA POR SENTIMENTO DE CRUELDADE AGRIDE A VÍTIMA CAUSANDO-LHE GRAVE SOFRIMENTO FÍSICO – PEDIDO MINISTERIAL PARA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA AO CRIME DE TORTURA E CONDENAÇÃO DA RECORRENTE NO CRIME DE REDUÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – INOCORRÊNCIA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Por ser mais abrangente, e atender ao artigo 1º da Convenção da ONU, que possui status de norma constitucional, a Lei Federal n. 9.455/97, que ampliou o rol dos sujeitos ativos do crime de tortura, é, além de constitucional, mais benéfica à vítima, pois, sendo mais abrangente, tem mais chances de punir efetivamente o criminoso.

Não há falar em desclassificação do crime de tortura pelo de maus-tratos, se o agente causa na vítima intenso sofrimento físico e mental, motivado por sentimento de ódio e crueldade, e não com o fim de corrigi-la ou discipliná-la.

Não há falar em continuidade delitiva no crime de tortura vez que a partícula elementar do crime de tortura é o sofrimento causado, que é uno, independentemente da quantidade de violências sofridas.

A configuração do crime de redução análoga à de escravo pressupõe que haja uma relação de emprego entre os agentes, situação essa que não foi comprovada nos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes

Kátia Elizabeth Cristaldo foi condenada a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II e § 4º, inciso II, ambos da Lei n. 9.455/97 (tortura praticada contra menor de 14 anos).

Inconformados com a decisão lançada, tanto o *parquet*, quanto Kátia, recorrem.

Do recurso de KÁTIA:

A apelante alega que o art. 1º, inciso II da Lei n. 9.455/97 (tortura) é inconstitucional por se tratar de crime próprio, que somente pode ser cometido por pessoas dotadas de função pública.

Alternativamente, a recorrente requer a desclassificação do crime de tortura para maus tratos.

Do recurso Ministerial:

O Ministério Público recorre pleiteando o reconhecimento da continuidade delitiva para o crime de tortura e a condenação da apelante pelo crime de redução análoga à de escravo.

Ambos apelantes contra-arrazoam pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo improvimento do recurso de Kátia e parcial provimento do recurso ministerial para aplicar a continuidade delitiva entre os crimes de tortura e redução análoga à de escravo.

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relator)

Kátia Elizabeth Cristaldo foi condenada a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II e § 4º, inciso II, ambos da Lei n. 9.455/97 (tortura contra menor de 14 anos); e absolvida do crime de redução análoga à de escravo.

Inconformados com a decisão lançada, tanto o *Parquet*, quanto Kátia, recorrem.

Do recurso de KÁTIA:

A apelante alega que o art. 1º, inciso II da Lei n. 9.455/97 (tortura) é inconstitucional por se tratar de crime próprio, que somente pode ser cometido por pessoas dotadas de função pública.

A Lei de Tortura assim dispõe, *in verbis:*

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
>
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
>
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
>
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
>
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
>
> § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.
>
> § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.
>
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
>
> I - se o crime é cometido por agente público;
>
> II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;
>
> II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)
>
> III - se o crime é cometido mediante seqüestro.
>
> § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.
>
> § 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.
>
> § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.
>
> Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.
>
> [...]

Aprofundando no tema, faço meu os estudos de Érick V. Micheletti Felicio Advogado Criminalista em Sorocaba (SP), que assim explicita:

> [...] Críticas severas vêm sendo feitas por alguns juristas, tanto na doutrina nacional como na doutrina internacional, quanto à conceituação da tortura como "crime comum" pela lei especial de 1997.

Com isso, a atual tipificação do delito de tortura, estaria eivada de inconstitucionalidade, uma vez que a Lei n. 9.455/97 teria lesionado uma norma constitucional com embasamento em tratados internacionais de Direitos Humanos.

Explica-se.

> O Brasil é país signatário dos tratados internacionais de prevenção e repressão à prática de tortura. Comprometeu-se, portanto, a punir tal prática no âmbito de sua jurisdição e, de acordo com os princípios fundamentais previstos nesses instrumentos jurídico-internacionais.
>
> Consta que, tanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes, de 1984, quanto a Convenção Interamenricana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985 - esta, mais explícita sobre a caracterização do tipo e seus responsáveis - definiram a prática da tortura como "crime próprio.
>
> A Convenção de 1984 consignou, depois de ter definido o termo "tortura", que as dores e sofrimentos referidos devem ser "infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência(1).
>
> Quanto à Convenção Interamenricana de 1985, destaca-se o artigo 3º, dispositivo este que define como responsáveis pelos delitos de tortura: "a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam"; e, "b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere à alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices".
>
> Ou seja, de acordo com tais Convenções Internacionais, o delito autônomo de tortura é "próprio", isto é, cometido apenas por funcionários ou empregados públicos em autoria mediata ou imediata, e ainda, por indução ou instigação a que o provoquem, prevista também, a responsabilidade decorrente da omissão de tais agentes no impedimento da realização do fato delituoso, quando possível efetuá-lo.
>
> Da mesma forma, atribuiu-se a responsabilidade àquelas pessoas que, não pertencendo aos quadros públicos, são instigadas pelos agentes da Administração, e assim, cometem diretamente o delito ou figuram como cúmplices dele, entendida essa cumplicidade de forma ampla (co-autoria ou participação).
>
> Porém, a Lei n. 9.455/97 não definiu o tipo delituoso como "crime próprio", mas ao contrário, o fez de maneira ampla, tornando possível que qualquer pessoa do povo o pratique. Assim, não se observou na lei nacional específica a restrição feita nos tratados internacionais, classificando-se a prática da tortura como "crime comum" e, desta forma, ampliando a sua abrangência no que se refere a responsabilização penal.
>
> Para alegarem a inconstitucionalidade da lei pátria, determinados autores nacionais levantam o problema relativo à incorporação automática dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional, brilhantemente abordado por FLÁVIA PIOVESAN(2).
>
> Referida autora expressa a seguinte conclusão:

Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do artigo 5º, parágrafo 2º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um Decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se as sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. Ainda no que tange a estes tratados tradicionais e, nos termos do artigo 102, III, b, da Carta maior, o texto lhes atribui natureza de norma infra-constitucional(3).

FLÁVIA PIOVESAN, classificando tal sistema propugnado pela Constituição Federal brasileira como "misto", acrescenta que tal sistemática tem sido a da tendência de algumas Constituições contemporâneas(4).

Realmente, parece ser esta sistemática a mais aceitável, uma vez que atende à predominância dos direitos fundamentais da pessoa humana, merecedores de aplicação imediata; dando-lhes status de norma constitucional, fazendo assim, a devida separação hierárquica - no que concerne ao fundamento de validade das normas - em comparação aos demais atos internacionais, os quais possuirão status de lei infra-constitucional ao serem incorporados não automaticamente(5).

Este fato evita problemas eventualmente causados por denúncias dos tratados pelos demais Estados deles signatários, uma vez que apenas os Acordos definidores de preceitos protetores dos direitos inerentes ao ser humano, como tal, assumem o caráter de imutáveis, ao passo que, os outros tratados, os quais resguardam direitos diversos, não se constituem em cláusulas pétreas ao serem incorporados pelo ordenamento jurídico nacional, e podem ser mais facilmente expurgados dele, já que não estariam assim, inseridos no título constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos(6).

De acordo com essas conclusões, alguns doutrinadores brasileiros têm como ilusória evidência o desvirtuamento, gerado pela Lei n. 9.455/97, do teor da Convenções Internacionais supramencionadas, uma vez que a nova Lei de Prevenção e Repressão da Prática da Tortura criou delito classificado como "comum" - com a devida exceção feita às figuras típicas do artigo 1º, inciso II, §§ 1º e 2º - decorrendo desse fato a sua inconstitucionalidade, justificada pelo referido status de normas constitucionais que referidos atos jurídicos internacionais assumiram ao serem incorporados no Direito Brasileiro. Havendo tal divergência tipológica e, atentando-se para o método de hierarquização das normas jurídicas para a busca do fundamento de validade das mesmas, a Lei Federal n. 9.455/97 seria, à primeira vista, inconstitucional.

Defensor assíduo da inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.455/97, ALBERTO SILVA FRANCO - considerando como "o mais grave defeito do mencionado diploma legal"(7) a definição de um tipo classificado como "comum" - assim se manifestou:

[...] o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em

conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade [...] (8)

Referido jurista (9) argumenta, ainda, que a classificação doutrinária relativa ao delito de tortura como "próprio" é a predominante nos meios jurídicos nacional e internacional. Reforça o seu entendimento através da transcrição de considerações, no mesmo sentido, de outros doutrinadores, indicando, por exemplo, MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBA(10), JOAN QUERALT JIMÉNES(11), T. S. VIVES ANTÓN et al(12), FRANCISCO MUÑOZ CONDE (13).

Ainda defendendo a predominância de seu entendimento no Direito nacional e internacional, SILVA FRANCO menciona o artigo 174, do Código Penal Espanhol(14), e, o artigo 243, do Código Penal Português(15). Em âmbito nacional, faz referência ao Esboço do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal Brasileiro(16).

Este Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, segundo referido autor, baseou-se na Convenção Interamenricana para Prevenir e Punir a Tortura, apresentando a seguinte redação em seu artigo 186:

Infligir, direta e intencionalmente, o funcionário público ou outrem, por sua ordem, solicitação ou instigação, para fins de investigação criminal ou com qualquer outra finalidade, ou como castigo pessoal, como medida preventiva, ou como pena, ato doloroso ou sofrimento físico ou psíquico, contra alguém para obter informação, testemunho ou confissão sobre fato praticado, ou que se suspeita que tenha praticado, ou para provocar sua intimidação ou de terceiros.

RUI STOCO(17) e SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA(18), ambos com manifestações posteriores a edição e publicação da Lei n. 9.455/97, reforçaram, ainda mais, a idéia defendida por ALBERTO SILVA FRANCO(19) de que a conduta definida como tortura deveria constituir crime próprio, sendo o comportamento antijurídico de particulares punido através das variadas figuras típicas genéricas previstas no Código Penal Brasileiro.

Feita tal exposição e desenvolvidas as pertinentes considerações sobre essa questão, chega-se a conclusão de que, apesar de representar a opinião de renomados juristas nacionais e estrangeiros e, de contrariar a alusão de muitos dispositivos legais de outras Nações, cujos respectivos meios jurídicos se preocuparam com o mesmo tema ora tratado, a novel Lei Federal n. 9.455/97 andou bem ao definir a prática da tortura como crime autônomo e descrevê-la como "delito comum".

Neste sentido, em nenhuma hipótese o diploma legal criado para punir a tortura, e, classificado em uma de suas modalidades como sendo passível de cometimento por qualquer cidadão, ou seja, independentemente da existência de quaisquer exigências de condições especiais pertinentes ao seu sujeito ativo, poderá, sob esse ângulo, ser considerada inconstitucional frente a princípios decorrentes de tratado internacional pertinente à questão que se faz presente.

Fundamenta-se tal assertiva.

No que se refere à descrição do tipo "tortura" como delito comum, as justificativas encontrada na doutrina são coerentes e harmônicas com os verdadeiros anseios sociais de justiça, principalmente, na atualidade, onde o cidadão, de um modo geral, vive intimidado e

até mesmo espantado com as crescentes práticas criminosas atrozes realizadas por membros das mais diversas profissões e níveis sociais. A violência, ao contrário do mito criado por uma parcela hipócrita da sociedade - que prega a presunção da culpabilidade - não vê nível social, profissional, cultural. Pelo contrário, não são apenas os "excluídos sociais" que vivem do crime. A Deusa Themis pode ter os olhos vendados, mas deve se superar na sensibilidade, principalmente na mão em que empunha a balança, pois, ao pesar os interesses conflitantes, deve buscar a Justiça deixando o fiel da balança livre de influências geradas por valores outros que não a prova lícita. Se o fiel, no início da lide, já estiver tendente para um dos lados, com certeza, qualquer decisão não refletirá o objetivo do instrumento chamado Direito, qual seja, a tão clamada Justiça.

O entendimento de ALEJANDRO DEL TORO MARZAL que, por sinal, foi mencionado por SILVA FRANCO como exemplo de tese contrária a defendida por ele em seu artigo, é um dos que mais deixa evidenciado um dos vários acertos, sem querer, cometidos pelo legislador pátrio, ao editar a Lei n. 9.455/97. Fala-se da definição do delito de prática de tortura como crime próprio.

A tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à liberdade e dignidade. Destarte, não considerar que particulares ou extremistas de qualquer tendência possam também empregar a tortura, tanto em relação a outros indivíduos, como aos próprios funcionários públicos, é limitação demagógica e contraproducente, pois tal conclusão carece de lógica jurídica, se se consideram crimes internacionais, fatos cometidos por particulares, como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas, e se ainda, como parece óbvio, nem todos os funcionários públicos de todos os países foram ou serão torturadores. O monopólio do tipo, pelos funcionários públicos, não contribui para melhorar suas atuações, nem para incrementar seu apreço pelos direitos humanos (20).

E não se diga, como argumentação contrária, que a Lei n. 9.455/97 é inconstitucional por ferir o também constitucional princípio da legalidade, tendo ampliado o alcance do delito de prática de tortura, previsto pelo mandamento constitucional decorrente das Convenções internacionais mencionadas, ratificadas pelo Brasil, tornando-o crime comum, quando por elas era definido como "próprio".

Essa conclusão se justifica pelos seguintes argumentos, na mesma linha de raciocínio que considera o sistema monista para a incorporação dos tratados internacionais protetores de direitos humanitários fundamentais, absorvido ainda esta, pela acepção mista adotada pela Constituição de 1988, defendida também pelos opositores da constitucionalidade da nova Lei de Repressão e Punição da Tortura.

Basta, inicialmente, atentar-se para o disposto no artigo 16 da Convenção Interamenricana de 1985, o qual reza:

[...]

Artigo 16

Esta Convenção deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras Convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamenricana de Direitos Humanos, com relação ao delito de tortura.

Neste sentido, procede-se à leitura do artigo 1º da Convenção da ONU de 1984, para exterminar, de uma vez por todas, qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Lei Federal Especial Brasileira de 1997:

Artigo 1º

[...] O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Conclui-se que, depois de definir a tortura como crime próprio, o restrito artigo 1º da Convenção da ONU - assim como o também nestes moldes delimitador artigo 2º da Convenção Interamericana de 1985 - o próprio tratado internacional de 1984, derivado das Nações Unidas, ratificado e promulgado pelo Brasil, e, de acordo com a concepção mista, incorporado no ordenamento jurídico nacional com status de norma constitucional, não impede "qualquer instrumento internacional ou LEGISLAÇÃO NACIONAL que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplos.

Como dito, a Convenção Interamericana pertinente ao assunto também é restritiva ao conceituar a tortura apenas como delito próprio, mas deixa a salvo a Convenção da ONU, de 1984, por força de seu artigo 16.

Assim, a própria norma constitucional, decorrente de Tratado Internacional de Prevenção e Punição da Tortura, incorporada como cláusula pétrea na Constituição Federal Brasileira(21), contém uma ressalva relativa à sua interpretação, tornando constitucional a Lei n. 9.455/97 ao permitir que a legislação nacional edite dispositivos de maior alcance, de maior abrangência, visando o tratamento legal adequado e justo frente a este crime grave. A Lei de 1997, relativa à prática da tortura, não agiu de maneira diferente à permitida pelo artigo 1º da Convenção da ONU, norma esta constitucional. O que obedece a Constituição não pode ser declarado inconstitucional.

E, mesmo que se tentasse achar um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, neste caso, ditados pelas Convenções mencionadas, e, o Direito Interno Brasileiro, esquecendo-se do teor integral do artigo 1.º, da Convenção de 1984, ou mesmo, considerando-se como conflituoso o fato desta última Convenção conter a referida ressalva, não encontrada no outro Ato Internacional de 1985, também ratificado pelo Estado Brasileiro, apela-se para o entendimento de FLÁVIA PIOVESAN(22):

[...] na hipótese do eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana (23).

Como a Convenção da ONU (1984) é mais benéfica à vítima de tortura, por descrever, da mesma maneira que a Convenção Interamericana pertinente datada de 1985, o delito de tortura como próprio, mas permitir que seu conceito seja ampliado por legislação nacional ou outro Acordo Internacional, deve permanecer - se entre tais documentos interpretar-se pela existência de conflito em função da ressalva determinada (24).

Do mesmo modo, no que se refere a descrição típica da Convenção de 1985, a Lei n. 9.455/97 é mais benéfica, por permitir que não só o funcionário público seja o autor do crime de tortura, mas sim, qualquer pessoa, prevendo a possibilidade de configuração de tal prática delituosa como "comum".

Isso impede que o torturador que não pertence aos quadros da Administração esteja isento de responsabilização caso viesse a torturar alguém, circunstância que poderia ocorrer se

> considerada inconstitucional a Lei Federal de 1997. Tal diploma legal, de forma mista, prevê a devida responsabilização do torturador funcionário público, do torturador do qual ela mesmo exige outras condições especiais, diversas das existentes em função do desempenho público, criando outros tipos penais próprios, bem como prevê a punição daquele torturador que age praticando a conduta delitiva, classificada como tortura, sem no entanto, ter usado de qualquer condição especial necessária para isso.
>
> Por ser mais abrangente e atender ao artigo 1. da Convenção da ONU, que possui status de norma constitucional, a Lei Federal n. 9.455/97 é, além de constitucional, mais benéfica à vítima. Pois, sendo mais abrangente, tem mais chances de punir efetivamente o criminoso, prevalecendo assim, se alegado eventual conflito frente à Convenção Interamericana de 1985 [...]

Como se verifica, a convenção da ONU, de 1984, do qual o Brasil aderiu permite uma ampliação da abrangência da norma, de modo a beneficiar as vítimas de tortura, não havendo falar em inconstitucionalidade, tampouco em crime próprio.

Quanto ao pedido para se desclassificar o crime de tortura para maus tratos, saliento que, na tortura, o dolo é dirigido com a finalidade de causa, intenso sofrimento físico ou moral, com o fim de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ou seja, o propósito de quem pratica a conduta é, de forma livre e consciente, implicar sofrimento de ordem física ou moral, como forma de castigo ou prevenção.

O crime de maus tratos, que é mais abrangente do que o anterior, tem com elemento subjetivo a vontade de corrigir ou de disciplinar, mas o autor do fato age com excesso.

Pois bem, no caso em tela, os exames de corpo de delito, f. 25, as fotos às f. 21-23, e as reportagens contidas no DVD às f. 83 comprovam que a vítima fora toda machucada, quer por objetos contundentes, como pauladas, socos, chutes, quer por objetos cortantes, como facas.

Os depoimentos constantes nos autos, em especial a estenotipia de Lucinéia às f. 7-8 e 130-134, e 122-125, de Iraci, confirmam que a vítima, de então 12 anos à época dos fatos, era obrigada a fazer todo o serviço da casa a apelante, inclusive cuidar de seus filhos, mas, quando fazia alguma coisa errada, era violentamente castigada.

Inclusive, como versado, que restou comprovado nos autos que a vítima, de então 12 anos de idade apresentava equimoses (roxos), por todo corpo, co colorações variadas, indicando que as agressões eram constantes e já ocorriam por longa data.

Ademais, o exame de corpo de delito às f. 25, e o vídeo às f. 83 confirmam, sem sombra de dúvida, que a criança foi agredida com socos ou pauladas várias vezes no rosto, coxas, costas, nádegas; e as cicatrizes informam que a agressão com faca no couro cabeludo e costas era recente (menos de 48 horas).

E não parou por aí, há também marcas no pescoço da vítima indicando uma tentativa de esganadura, e o fato da apelante constantemente provocar o sofrimento psicológico ao ameaçar constantemente a criança de morte.

Dessa forma, os constantes e intensos castigos proporcionados pela apelante não tinham caráter disciplinar ou de correção, razão pela qual, com o Parecer, nego provimento ao recurso da apelante.

Do recurso Ministerial:

O Ministério Público recorre pleiteando o reconhecimento da continuidade delitiva para o crime de tortura e a condenação da apelante pelo crime de redução análoga à de escravo.

Sobre a continuidade delitiva, há de se considerar que, apesar da apelante ter agredido a vítima por varias vezes, durante muito tempo, a partícula elementar do crime de tortura é o sofrimento causado, que é uno, independentemente da quantidade de violências sofridas, não prosperando tal tese recursal.

Quanto ao pedido de para condenar a apelante no crime previsto no art. 149 do Código Penal, redução análoga à de escravo, é importante registrar que a doutrina de Nucci, e de Rogério Greco, prescreve que a ocorrência desse crime pressupõe a existência de uma relação de trabalho, situação que não foi comprovada nos autos, razão pela qual, deve ser mantida a decisão do magistrado sentenciante que absolveu a recorrente de tal delito.

Ante o exposto, em parte com o parecer, nego provimento a ambos recursos, mantendo inalterada a sentença lançada.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Revisor)

Acompanho integralmente a relatora, uma vez que o crime de tortura pode ser praticado não só por funcionário público, mas por qualquer pessoa, apresentando-se este entendimento de pleno acordo não só com a Constituição, mas também com as normas internacionais.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Vogal)

De acordo com a relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.031437-7 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – PRELIMINAR – INÉPCIA DA DENÚNCIA – REJEITADA – TENTATIVA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – INÍCIO DA EXECUÇÃO DO DELITO – NÃO CONSUMADO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA EMBRIAGADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 324, DO CPM – INCABÍVEL – PREVARICAÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO E DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – AGENTES QUE DEIXARAM DE PRATICAR, INDEVIDAMENTE, ATO DE OFÍCIO, PARA SATISFAZER SENTIMENTO PESSOAL DE CORPORATIVISMO – CRIMES CONFIGURADOS – IMPROVIDO.

Se a preencheu todos os requisitos necessários para sua validade, como determina o art. 77 do CPPM, individualizando a conduta de cada um dos agentes e esclarecendo que o apelante Odemir cometeu o delito de atentado violento ao pudor, bem como em que consistiu o ato libidinoso, permitindo o seu teor, o exercício do direito à defesa, não há falar em inépcia.

Não restando dúvidas que o objetivo do apelante Odemir, ao levar a mulher para o depósito do quartel, era satisfazer sua lascívia e, que, no período em que ficou sozinho com ela, iniciou a execução do delito, constrangendo-a, mediante violência presumida (em razão dela não poder oferecer resistência, por estar embriagada), a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal (sexo oral), apenas não o consumando, por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, porque precisou atender a uma ocorrência, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 233, c.c. art. 236, III, c.c. art. 237, II e art. 30, II (tentativa) todos do Código Penal Militar.

Configurado o delito de atentado violento ao pudor, na modalidade tentada, incabível o pedido de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 324, CPM.

Restando devidamente provado nos autos que os apelantes Cláudio e Alysson, deixaram de praticar, indevidamente, ato de ofício (comunicar ao chefe imediato, superior hierárquico, sobre a conduta criminosa do Sargento), para satisfazer sentimento pessoal de corporativismo, não há falar em absolvição do crime de prevaricação.

Restando evidente nos autos que o apelante Paulo, na qualidade de graduado de dia, superior hierárquico na ocasião, deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício (instaurar procedimento para apuração dos fatos; comunicar os fatos à autoridade competente e ao superior imediato e efetuar a prisão em flagrante do Sargento), para satisfazer sentimento pessoal de corporativismo, deve ser mantida a condenação pelo crime de prevaricação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Odemir Hermínio de Jesus, 3º Sgt. QPBM, foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 233 (atentado violento ao pudor) c.c. arts. 236, III (presunção de violência), 237, II (agravante: militar em serviço) e art. 30, II (tentativa) todos do CPM.

Cláudio Marcos Rodrigues Roa, CB QPBM, e Alysson Pereira de Melo, SD QPBM, foram condenados por prevaricação (art. 319, CPM), às penas de 2 (dois) meses de detenção, no regime aberto, com a concessão da suspensão condicional da pena.

Paulo Rodrigues de Souza, ST QPBM, também foi condenado por prevaricação (art. 319, CPM), à pena de um ano de detenção, no regime aberto, com a concessão da suspensão condicional da pena (f. 692-709).

O apelante Odemir, em preliminar, sustenta que a denúncia é inepta, pois não descreveu em que consistiu o ato libidinoso praticado na vítima, com todas as suas circunstâncias, nem apresentou provas de que praticou o crime de atentado violento ao pudor, pois a vítima não foi identificada e a perícia não foi realizada, impossibilitando o exercício da ampla defesa. No mérito, pede a absolvição, alegando inexistência de provas de autoria e da materialidade, pois a vítima não foi identificada e a perícia não foi realizada, não sendo possível afirmar categoricamente que ocorreu o abuso sexual no interior do quartel. Alternativamente pede a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 324, do CPM (f. 751-761).

Os apelantes Cláudio e Alysson pedem a absolvição, alegando que não praticaram o delito de prevaricação, pois não se omitiram, nem deixaram de praticar qualquer ato buscando a satisfação pessoal, sendo que apenas cumpriram ordens do superior hierárquico, Sgt Hermínio (corréu Odemir). Ademais, não podem ser responsabilizados, pois durante a reunião, o superior hierárquico, ST Paulo, ficou ciente de toda a situação e, apesar de ser o competente para tomar as providências cabíveis, quedou-se inerte. Alternativamente pedem a absolvição com base no princípio do "*gin dubio pro reo*" (f. 762-770).

O apelante Paulo também pede a absolvição, com base no art. 439, "b", do CPM (por não constituir o fato infração penal), alegando que antes dos fatos exercia função administrativa em outro local, portanto desconhecia como a suposta vítima havia ingressado no depósito do quartel, não entendendo que o fato era criminoso. Aduz, ainda, que não restou provado que ocorreu o abuso sexual no interior do quartel, nem o dolo específico, consistente em satisfazer interesse ou sentimento pessoal, não restando caracterizado o crime de prevaricação (f. 743-750).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento dos recursos (f. 772-786).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 796-811).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

PRELIMINAR

O apelante Odemir, em preliminar, sustenta que a denúncia é inepta, pois não descreveu em que consistiu o ato libidinoso praticado na vítima, com todas as suas circunstâncias, nem apresentou provas de que praticou o crime de atentado violento ao pudor, pois a vítima não foi identificada e a perícia não foi realizada, impossibilitando o exercício da ampla defesa.

A preliminar deve ser rejeitada, pois a preencheu todos os requisitos necessários para sua validade, como determina o art. 77 do CPPM, individualizando a conduta de cada um dos agentes e esclarecendo que o apelante Odemir cometeu o delito de atentado violento ao pudor, consistindo o ato libidinoso em introduzir o pênis na boca da vítima.

Com relação à ausência de perícia e de identificação da vítima, como bem asseverou o d. Magistrado na sentença (f. 696):

> Nota-se, portanto, que as circunstâncias expostas na exordial acusatória permitem vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência, em tese, de crime, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do paciente. Ressalte-se, ainda, que a identificação e oitiva da vítima, bem como a realização de perícia não configuram circunstâncias elementares do tipo penal, além do que, não constituem provas imprescindíveis à comprovação do delito, sobretudo quando o manancial probatório carreado nos autos consubstancia a prática criminosa.
>
> Ademais, não se pode olvidar que, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, não se declarar inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito à defesa, situação perfeitamente evidenciada nos autos, razões que, analisadas em conjunto, têm o condão de afastar qualquer alegação de inépcia imputada à denúncia, sobretudo porque se vislumbravam indícios da existência de crime ou, de início, não sendo possível reconhecer, indubitavelmente a inocência do acusado. [sic]

MÉRITO

Do recurso de Odemir

O apelante Odemir pediu a absolvição, alegando inexistência de provas da autoria e materialidade.

Entretanto, a prática da tentativa de atentado violento ao pudor restou devidamente comprovada nos autos.

Analisando o conjunto probatório verifiquei que, no dia 25.12.2007, após as 14 horas, o bombeiro, ora apelante Odemir (3º Sgt BM), era o comandante da guarnição de serviço, juntamente com os corréus Cláudio (CB BM) e Alysson (SD BM de Melo) e dirigia a viatura, quando viu uma mulher caída em uma rua sem asfalto.

Imediatamente atenderam a mulher (não identificada, jovem, ao que tudo indica, prostituta) e perceberam que ela estava suja, muito embriagada e meio inconsciente, tendo o apelante Odemir colocado-a no interior da viatura e, ao invés de comunicar a ocorrência ao CIOPS, resolveu levá-la para o quartel, alegando que ela precisava "descansar".

Ao passar pela guarita, abaixou a cabeça dela para que o guarda não a visse e estacionou a viatura em um local escondido, para que também não fossem vistos pela outra guarnição de serviço. Depois determinou que os corréus estacionassem a viatura perto dos depósitos, indo buscar a chave da porta, ordenando, ainda, que o corréu Cláudio fosse buscar um colchão e que o corréu Alysson fosse buscar água.

O apelante levou a mulher para o interior do depósito, apesar do quartel possuir alojamento feminino e, após acomodá-la no colchão, disse aos corréus que iria deixá-la repousando ali até que ela melhorasse.

Os corréus deixaram o apelante sozinho com a mulher, entretanto, quando o corréu Cláudio estava saindo do depósito, ouviu-o conversando com ela sobre assuntos eróticos, perguntando se ela praticava sexo oral e outras coisas, narrando tais fatos ao corréu Alysson.

Os corréus retornaram aos seus afazeres, no interior da unidade, e, como o apelante permaneceu no depósito com a mulher, por tempo considerável, saindo dali apenas quando o chamaram para atender uma ocorrência, concluíram que ele realmente estava mal-intencionado (f. 323).

Antes de sair com a guarnição, o apelante levou um prato com comida à mulher, deixando-a sozinha e trancada naquele local, desprovido de ventilação, não avisando a ninguém que ela estava ali, ignorando o fato de que ela poderia passar mal.

Por volta das 19 horas a mulher acordou e, por não saber onde estava, nem como havia chegado ali, passou a gritar por socorro e a bater na porta, tendo sido ouvida por Gabriel E. G. Pedroso, filho do bombeiro Robson, que estava perto dos depósitos.

Gabriel avisou ao bombeiro Martinez que estava escutando uma mulher gritando. Após conferir a veracidade da informação, Martinez chamou os bombeiros Denilson e Ivan para irem ao depósito. Destrancaram a porta e retiraram-na do local, percebendo que ela estava embriagada e desorientada, dizendo que não sabia como havia entrado ali e que tinha que ir embora, negando-se a responder as indagações feitas pelos mesmos.

Em seguida os bombeiros comunicaram os fatos ao Sgt Paulo, que, após conversar com a mulher em particular, determinou que o CB Ivan a retirasse do quartel, levando-a em seu próprio veículo (de Ivan), para onde ela quisesse ir, ressalvando que ela deveria abaixar a cabeça quando passasse pela guarita, para não ser vista pelo guarda.

Nesse ínterim, o CB Denilson voltou ao depósito e encontrou um colchão, um prato, bem como a tarjeta do uniforme do apelante Odemir, em um canto, no chão, identificando-o como a pessoa que havia levado a mulher para aquele local, noticiando tal fato ao superior Sgt Paulo.

Quando o apelante voltou ao quartel e soube que havia sido descoberto, pois a mulher não estava mais no depósito, convocou uma reunião apenas para os bombeiros, não permitindo que as militares participassem dela, assumindo a culpa e pedindo desculpas ao seu superior Sgt Paulo e demais bombeiros, solicitando que o assunto "ficasse internamente", para evitar prejuízos a todos os presentes.

Depois de passados 8 meses é que os fatos vieram a tona, isto porque alguém telefonou para o Cap. Luidson Borges Tenório Noleto, de forma anônima, informando-o de tudo que acontecera no dia 25.12.07, oportunidade em que ele instaurou procedimento para investigação.

Portanto, considerando:

> - que o corréu Cláudio ouviu o apelante Odemir propondo sexo oral à mulher e conversando com ela sobre assuntos eróticos, versão confirmada pelo corréu Alysson e corroborada pelas declarações do CB Ivan, que declarou, ao ser ouvido, que foi informado pelo Capitão que houve "até relações" no interior do depósito (f. 331);

> - o fato de ter sido encontrada a tarjeta do uniforme do apelante, contendo o seu nome, no chão do depósito, concluindo-se, "[...] que este acusado retirou a parte de cima da sua vestimenta, sobrelevando a convicção de que certamente estava imbuído com o desejo de se satisfazer sexualmente" (f. 700);
>
> - que o corréu Alysson afirmou que o apelante permaneceu a sós com a mulher no depósito, por "um bocado de tempo, ele ficou bastante tempo, que eu ainda estacionei a viatura [...]" (f. 323);

Não restam dúvidas que o objetivo do apelante Odemir, ao levar a mulher para o depósito do quartel, deitando-a em um colchão, era satisfazer sua lascívia e, que, no período em que ficou sozinho com ela, tentou praticar o delito de atentado violento ao pudor.

Desta forma, evidenciado no conjunto probatório que o apelante iniciou a execução do delito, constrangendo a vítima, mediante violência presumida (em razão dela não poder oferecer resistência, por estar embriagada), a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal (sexo oral), apenas não o consumando, por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, porque precisou atender a uma ocorrência, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 233, c.c. arts. 236, III; 237, II e art. 30, II, todos do Código Penal Militar.

Configurado o delito de atentado violento ao pudor, na modalidade tentada, incabível o pedido de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 324, CPM.

Nesse sentido:

> ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSTRANGIMENTO A PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO. MENORES IRREGULARMENTE DETIDOS. CONFIGURAÇÃO. Comete o crime de atentado violento ao pudor, o policial militar que, abusivamente, obriga menores irregularmente detidos na cadeia pública à prática de ato libidinoso. (TJM/RS, ACr n. 1806, Rel. Juiz Marcelo Inacarato, julgado em 30.4.1991).
>
> ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CARACTERIZAÇÃO. Incorre no crime previsto no art. 233 do Código Penal Militar, policial militar que submete mulher à 'revista pessoal' libidinosa, ostensiva, expondo-lhe os seios e apalpando-lhe o púbis, inclusive retirando-a da frente do namorado para melhor se beneficiar sem a censura deste. (TJM/SP, ACr n. 4.066/94, Rel. Juiz Dr. Evanir Ferreira Castilho, julgado em 16.3.1995).

Dos recursos de Cláudio, Alysson e Paulo

Os apelantes Cláudio e Alysson pedem a absolvição, alegando que não praticaram o delito de prevaricação, pois não se omitiram, nem deixaram de praticar qualquer ato buscando a satisfação pessoal, sendo que apenas cumpriram ordens do superior hierárquico, Sgt Hermínio (corréu Odemir). Alternativamente pedem a absolvição com base no princípio do *in dubio pro reo*.

O apelante Paulo também pede a absolvição, alegando que o fato não constituiu infração penal, pois antes dos fatos exercia função administrativa em outro local, portanto desconhecia como a suposta vítima havia ingressado no depósito do quartel, não visualizando aquele fato como sendo criminoso.

Com relação aos apelantes Cláudio e Alysson, ficou patente que compunham a guarnição comandada pelo corréu Odemir e que estavam juntos com ele desde o início da empreitada criminosa, ou seja, desde o momento em que viram a mulher embriagada, caída na Rua, levando-a para o interior da viatura.

Também estavam com o corréu Odemir quando ele quis levar a mulher para o quartel, ao invés de comunicar a ocorrência ao CIOPS, bem como quando ele abaixou a cabeça dela, na guarita do quartel, para que o guarda não a visse.

Em seguida, estacionaram a viatura perto dos depósitos, local que não era o de costume, buscando um colchão (apelante Cláudio) e água (apelante Alysson) para a mulher, vendo o apelante acomodando-a no colchão, no interior de um depósito, apesar do quartel possuir alojamento feminino.

E mais, o apelante Cláudio ouviu o corréu Odemir propondo sexo oral à mulher e conversando com ela sobre assuntos eróticos e deu ciência desta situação ao corréu Alysson, ou seja, ambos perceberam que ele estava mal intencionado, contudo deixaram-no sozinho com ela, por tempo considerável, mesmo sabendo que ela estava embrigada e que não tinha condições de oferecer resistência. E, para finalizar, foram atender a outra ocorrência com o corréu Odemir, sabendo que a mulher havia permanecido no depósito e, depois, ficaram cientes que ele havia deixado-a trancada.

Apesar de afirmarem que por várias vezes avisaram o corréu Odemir, que aquele não era o procedimento normal e que ele respondia para ficarem tranquilos, que ele "assumiria tudo", preferiram se omitir, deixando-o praticar diversas e sucessivas irregularidades.

Portanto, os apelantes Cláudio e Alysson não podem se esquivar da responsabilidade penal, alegando que estavam obedecendo e cumprindo ordens de seu superior hierárquico, Sgt. Hermínio (corréu Odemir), pois viram toda a conduta criminosa e preferiram permanecer inertes, ou seja, acabaram sendo coniventes com tudo o que ocorreu.

Ademais, tinham a obrigação, no mínimo moral, de comunicar os fatos ao superior imediato, ST Paulo, o que também não fizeram, sendo que este somente tomou ciência que havia uma mulher trancada no depósito, através de outros bombeiros, muito tempo depois que ela havia ingressado naquele local.

Nesse sentido, bem asseverou o Magistrado (f. 703):

> Denota-se, portanto, que eles deixaram de praticar ato de ofício, em especial o que vem previsto no art. 11 do Decreto n. 1260/81 e no item 6 do seu anexo 1, onde determina, em síntese, que todo policial militar que tomar conhecimento de condutas contrárias à lei deverá participá-las ao seu chefe imediato, sendo certo que as circunstâncias que envolveram os fatos não conduzem a outra conclusão, senão a de que deixaram, indevidamente, de praticar ato de ofício, visando à satisfação de sentimento pessoal consistente na preservação do corporativismo [...]

Desta forma, restando devidamente provado nos autos que os apelantes Cláudio e Alysson, deixaram de praticar, indevidamente, ato de ofício (comunicar ao superior hierárquico sobre a conduta criminosa do Sgt Odemir), para satisfazer sentimento pessoal de corporativismo, não há falar em absolvição do crime de prevaricação.

Com relação ao apelante Paulo, também ficou bem claro que foi conivente com a conduta do corréu Odemir, pois como o graduado mais antigo, superior hierárquico na ocasião, tomando ciência de que havia uma mulher embriagada, trancada no depósito do quartel, onde também havia um colchão, deveria ter tomado providências imediatas, o que não ocorreu.

Pelo contrário, apenas conversou com a mulher em particular e depois mandou que o CB Ivan a levasse embora dali, deixando de detê-la, de identificá-la, de formalizar suas declarações acerca dos fatos. E mais, determinou à mesma que abaixasse a cabeça quando passasse pela guarita, para não ser vista pelo guarda, ou seja, deveria sair do mesmo jeito que entrou, escondida.

Mesmo sabendo que a tarjeta do uniforme do Sgt Odemir havia sido encontrada no local dos fatos, o apelante permaneceu inerte. E, pior, ao ter a confirmação, durante a reunião, que o Sgt. Odemir era o autor dos fatos, deixou de prendê-lo em flagrante, concordando em se omitir e não lançando a ocorrência no livro de parte diária.

Portanto, restando evidente nos autos que o apelante, na qualidade de graduado de dia, superior hierárquico na ocasião, deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício (instaurar procedimento para apuração dos fatos; comunicar os fatos à autoridade competente e ao superior imediato e, efetuar a prisão em flagrante de Odemir), para satisfazer sentimento pessoal de corporativismo, deve ser mantida a condenação pelo crime de prevaricação.

Nesse sentido:

> PREVARICAÇÃO. DEVER DO MILITAR AO PRESENCIAR UMA AGRESSÃO. OBSERVAÇÃO DO ART. 243 DO CPPM. Aquele que presencia uma agressão tem o dever de deter o agressor, sob pena de cometer o delito de prevaricação. Norma contida no art. 319 do CPM. Unânime. (TJM/MG, ACr n. 2.099, Rel. Juiz Dr. Décio de Carvalho Mitre, julgado em 15.10.1998).

> APELAÇÃO – DISPARO DE ARMA DE FOGO EFETUADO POR POLICIAL MILITAR – NÃO NOTICIADO NO RELATÓRIO DE SERVIÇO – PREVARICAÇÃO. Policial Militar deixa de notificar ocorrência de disparo de arma de fogo efetuado por outro policial, no Relatório de Serviço. Caracterizado o delito de prevaricação. Unânime. (TJM/SP, ACr n. 4.922/00, Primeira Câmara, Rel. Juiz Ubirajara de Almeida Gaspar, julgado em 9.4.2002).

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2010.

***

Queixa Crime n. 2009.005260-4 - Caarapó
Seção Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – QUEIXA-CRIME – CALÚNIA – ART. 138 C.C. 141, II, DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PARA A AÇÃO – CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO EM FACE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DAS SUAS FUNÇÕES – SÚMULA 714 DO STF – LEGITIMIDADE CONCORRENTE – ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE TIPICIDADE – IMUNIDADE MATERIAL – ART. 29, VIII, DA CF/88 – ANÁLISE DA CONDUTA – ABSOLVIÇÃO – ART. 386, III, CPP – AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE.

O crime contra a honra, a despeito da verificação da autoria e materialidade, não se define como fato delituoso em função de norma excludente da tipicidade existente no art. 29, VIII, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, rejeitar a queixa crime. Ausentes, justificadamente, os vogais 6º e 7º.

Campo Grande, 3 de março de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de queixa-crime oferecida por Mauro José Gutierre em face de Ricardo Justino Lopes imputando a prática do crime de calúnia, nos termos do art. 138 c.c. art. 141, II, do Código Penal.

Narra o querelante que Ricardo Justino Lopes teria, em 22.10.2007, às 17h30min, na Câmara Municipal de Juti-MS, afirmado que: "os senhores Mauro, Néri, Pedrão e Robmar seriam ladrões".

Afirma, outrossim, que o querelado ao chamá-lo de 'ladrão' estaria se reportando a fato anteriormente afirmado e relativo a desvio de valores que a Prefeitura Municipal de Juti estava concedendo a empresas como forma de incentivo para a instalação naquela cidade, não podendo, por esta razão, ser considerada a prática de injúria.

A audiência de conciliação restou infrutífera, conforme termo de f. 47.

A queixa-crime foi recebida às f. 63.

Com a decisão de f. 77, os autos que tramitavam perante o juízo singular foram remetidos para este Tribunal, em razão da eleição e posse do querelado no cargo de prefeito de Juti.

Por determinação deste relator, o juiz de instância singela realizou as audiências de instrução, conforme termos e transcrições de f. 93-94 e 98-109.

Às f. 114-118 foram oferecidas as alegações finais do querelante e, às f. 120-128, as do querelado.

O Ministério Público junto ao juiz de primeiro grau, em sua manifestação de f. 131-134, pugnou pela nulidade *ab initio* de todos os atos, bem como a rejeição da queixa-crime, por manifesta ilegitimidade ativa, afirmando-se que a ação é de natureza pública condicionada à representação do ofendido, e, por fim, pede a declaração de extinção da punibilidade, pela decadência do direito de representação.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela absolvição do querelado, com fulcro no art. 386, III, do CPP, por não constituir o fato infração penal, considerando a imunidade determinada no art. 29, VIII, da Constituição Federal.

VOTO (EM 16.12.2009)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Da preliminar de ilegitimidade para a ação:

Versa a questão dos autos sobre crime contra a honra, em tese, praticado em face de funcionário público, em razão de suas funções.

Em que pese o parágrafo único, parte final, do art. 145, do Código Penal, dispor que a ação se procederá mediante representação do ofendido quando o crime contra honra for praticado contra funcionário público, em razão de suas funções, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 714 com o seguinte verbete:

> É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

Assim, verificado que a regra geral para os crimes contra a honra é a ação de natureza privada e que a legitimidade pode ser concorrente quando recair a ofensa sobre funcionário público, não há falar em ausência de condição exigida para o exercício da ação penal.

Preliminar rejeitada.

Da imunidade material alegada pelo querelado:

Narra a queixa-crime que:

> O querelante teve sua honra denegrida pelo ora querelado, pois este, em reunião realizada na Câmara Municipal de Juti-MS, no dia 22.10.2007, às 17h30min, para tratar a respeito do projeto de ampliação de indústria instalada na cidade e do repasse de verbas destinadas a mesma empresa, disse: *in verbis* "os senhores Mauro, Néri, Pedrão e Robmar seriam ladrões.
>
> Assim procedendo, cometeu o querelado o crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal com a pena aumentada de um terço, nos termos do art. 141, inciso II do mesmo diploma legal.

[...]

Note-se primeiramente Excelência, que pela manhã, o querelado incidiu no mesmo crime, dizendo que: "o dinheiro da verba e do repasse estaria em poder da prefeitura e que se não tivesse na prefeitura é por que eles 'mauro, Néri, Pedrão, Robmar' teriam roubado, porque eles são ladrões'**.**

Tal fato ocorreu porque a prefeitura de Juti estaria incentivando uma empresa através de verbas e repasses com o fim de gerar mais empregos para a população daquela cidade. No entanto, o querelado de forma dolosa, afirmou que o dinheiro poderia não estar lá, porque o querelante seria 'ladrão'. Não estando contente em denegrir a imagem da vítima com afirmações falsas, retornou com a prática delitiva no mesmo local que havia praticado o delito da manhã.

Apesar dos dizeres pela qual é oferecida a presente queixa crime darem a entender que se trata de crime de injúria, necessário considerar que foram proferidas palavras que se relacionam com o acontecido pela manhã, ou seja, quando diz que o querelante seria 'ladrão', reporta-se ao fato de que o mesmo estaria desviando dinheiro público relativo ao incentivo fornecido à empresa instalada na cidade de Juti. É de considerar, portanto, que o crime praticado não foi de injúria e sim de calúnia.

Na instrução processual, foram ouvidas as testemunhas Marco Alício Fernandes (f. 99-100), Adriano Passarelli (f. 101-102), Estéfano Benedito Valeriano (f. 103-104), Isabel Cristina Rodrigues (f. 105-106), Alceu Adauto Santoro (f. 107-108) e Manoel Cançado Neto (f. 109)

A primeira testemunha, Marco Alício Fernandes, em juízo, respondeu:

DEPOENTE: Na qualidade de vereador na época, a gente estava se deparando com a solicitação do prefeito de uma suplementação pra uma reforma de um prédio para o projeto Pijé (F), que era para aumentar a produtividade e também questão do salário dos funcionários desse programa, dessa empresa que se instalou com esse apoio do município[...] Como houve uma divergência de alguns vereadores dentro da[...]. Na discussão do projeto, foi feito uma reunião com os funcionários na Câmara, no horário[...]Não de sessão ordinária, mas uma sessão esclarecedora daqueles vereadores que se opunham a aprovar aquele tal projeto e, nessa reunião, 'foi' convocado os funcionários dessa empresa e mais o proprietário da empresa e perante os vereadores, que se opunham a aprovar o projeto, para esclarecimento.

JUIZ: Quem era o prefeito na época?

DEPOENTE: Neri Muncio Compagnoni.

JUIZ: O Ricardo Justino Lopes era vereador, na época?

DEPOENTE: Vereador.

JUIZ: Perfeito. Pode prosseguir.

DEPOENTE: Aí no decorrer da discussão, quando o pronunciamento do seu Ricardo Justino, na pessoa citada aí, no caso o Sr. Pedro, Dr. Mauro Gutierres, Neri Muncio Compagnoni e também outra pessoa empresária lá[...] Que deve constar também, que é o Rubimar... E nessa discussão, nessa[...] No clima da discussão foi citado sim que não se ia

reformar prédio particular do Pedro Rocha, que era tudo mafiosos e ladrão e que já tinham investido já[...] Levado dinheiro na execução do Projeto Pijé (F), disseram que ele não ia mais rever esses valores para essa reforma desse prédio e 'pra' o pagamento dos funcionários, no caso, aumentando o salário que era[...] Que eles estavam solicitando. E aí, nesse[...] Nessa discussão houve sim essa acusação citada aí nos autos.

JUIZ: O senhor pode repetir pra nós qual que foi a acusação que o Ricardo fez?

DEPOENTE: Ele chamou de ladrão[...] Mafiosos[...] Inúmeras palavras citadas lá na acusação da pessoa.

JUIZ: E o ricardo se referiu exatamente quem? Chamou quem de ladrão?

DEPOENTE: Todos.

JUIZ: Todos. O senhor pode dizer o nome?

DEPOENTE: Neri Muncio Compagnoni, Pedro Rocha, Dr. Mauro Gutierres e ainda o Rubimar, que é o proprietário do mercado lá.

Inquirida, a testemunha Adriano Passarelli assim respondeu às perguntas em juízo:

DEPOENTE: Falou com essas palavras, que era ladrão porque, no caso, se aprovasse isso daí, ele era ladrão, que ia ficar com dinheiro.

JUIZ: Quando ele disse 'era ladrão', ele se referiu a quem?

DEPOENTE: Ao Pedro, O Mauro, o Neri e o Rubimar (F).

Juiz: Então ficou bem claro, deu pra entender pelas pessoas que estava presentes ali que o Ricardo chamou o Mauro, o Rei, o Pedro e Rubimar (F) de ladrão?

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: Onde foi realizada essa sessão, essa reunião?

DEPOENTE: Na Câmara

O fato imputado ao querelado, ao que se verifica da prova oral colhida nos autos, está amplamente provado.

Sucede que a imputação enquadrada nos crimes contra a honra, a despeito de sua verificação fática, não se qualifica como fato delituoso em função de norma excludente da tipicidade.

A imunidade material parlamentar dos vereadores é definida no art. 29, VIII, da CF, *verbis*:

> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos [...]

> VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Segundo o escólio de Uadi Lammêgo Bulos,:

> Assim, o que era crime deixa de sê-lo, porque a norma constitucional exclui a antijuridicidade da conduta delituosa, afastando a incidência do preceito incriminador. Nos crimes contra a honra objetiva, isto é, calúnia e difamação, ou contra a honra subjetiva, caso de injúria, cometidos no exercício do mandato parlamentar ou em razão dele, por exemplo, tais comportamentos não são punidos.
>
> Disso decorre a natureza jurídica da imunidade material, que se assenta, a nosso sentir, sobre tríplice aspecto:
>
> 1º) como causa excludente da ilicitude da conduta típica;
>
> 2º) como causa excludente da própria criminalidade;
>
> 3º) como simples causa de isenção da pena.
>
> A doutrina, por sua vez, considera a imunidade material:
>
> 1º) como causa excludente do delito (Pontes de Miranda, Nélson Hungria);
>
> 2º) como causa oposta à formação do crime (Basileu Garcia);
>
> 3º) como causa pessoal ou funcional de isenção da pena (Aníbal Bruno);
>
> 4º) como causa pessoal de exclusão da pena (Heleno Cláudio Fragoso);
>
> 5º) como causa de irresponsabilidade (Magalhães Noronha);
>
> 6º) como causa de incapacidade penal por motivos políticos (José Frederico Marques).

E conclui o professor:

> Consigna uma garantia de ordem pública, porque as palavras, teses ou denúncias sustentadas pelas práticas *in oficcio* ou *propter offcium* do mandato legislativo ficam isentas de ações repressivas ou condenatórias. E, mesmo depois do exercício do mandato, seus efeitos perduram.
>
> Portanto, no lídimo exercício do mandato, não fora dele, nenhum parlamentar poderá responder pelo que falou, denunciou, condenou, criticou. Daí o caráter imunizante da inviolabilidade, livrando o político, ou ex-político, de qualquer responsabilização penal, civil ou administrativa.

Nesse diapasão, trago também a lição de Luiz Flávio Gomes sobre o tema da imunidade material:

> Natureza jurídica: a doutrina clássica fala em causa pessoal de isenção de pena, causa de exclusão da punibilidade etc. Na verdade, cuida-se de uma causa de exclusão da tipicidade penal (STF, Pet N. 3686-DF, Rel. Celso de Mello, 28.8.2006). O art. 53 da CF fomenta e autoriza a atividade crítica do parlamentar, para a defesa do Estado e do Parlamento. Por força da teoria da tipicidade conglobante (Zaffaroni), o que está fomentado e autorizado por uma norma jurídica nunca pode estar proibido por outra. Logo, o fato (fomentado) é atípico (do ponto de vista material – nesse sentido também a doutrina do monografista do tema, Alberto Z. Toron). Insere-se no contexto de um risco permitido. Justamente por isso, também pela teoria da desaprovação da conduta[...], o fato é atípico. Se a crítica do parlamentar for publicada em órgão de imprensa, do mesmo modo o fato é atípico. Em Direito Penal, tudo que podemos resolver no âmbito da tipicidade não devemos deixar para as demais categorias do delito. Quanto antes se resolve o problema penal, tanto melhor.
>
> [...]
>
> Em conclusão: todos os atos albergados pela inviolabilidade penal parlamentar são atípicos. Não entram no raio de incidência da (ampla e abstrata) tipicidade criminalizadora. Por exemplo: prevê o art. 140 do CP o delito de injúria. Do seu raio de atuação estão excluídas as condutas (ainda que ofensivas) amparadas pela inviolabilidade penal parlamentar. Direito é sistema lógico e coerente. O que uma norma fomenta (atuação independente e livre do parlamentar) não pode ser proibido por outra norma.
>
> Teoricamente, o que explica a exclusão da tipicidade de tais condutas é a teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni. Enquanto o Direito penal se viu regido pelo formalismo puro (em todo o século XX, por força da doutrina de Binding, Rocco etc.), era difícil explicar a inviolabilidade penal como causa de exclusão da tipicidade (que, pelo método meramente subsuntivo e formalista do século passado, consiste na relação de adequação entre o fato e a letra da lei). Formalmente, o ato de atacar a honra alheia, ainda que nos limites da inviolabilidade penal, contaria com tipicidade (CP, arts. 138, 139 e 140, por exemplo). A outra explicação possível se dá pela teoria da desaprovação da conduta (Frisch). Só responde pelo resultado quem cria risco proibido. Ora, diante da autorização constitucional, o ato do parlamentar está permitido.
>
> Entendida a tipicidade em termos substanciais (tipicidade material), não há tipicidade quando a conduta (e a ofensa) for fomentada pelo Direito (por uma norma do ordenamento jurídico). Essa conduta não pode, ao mesmo tempo, ser permitida e proibida (por outra norma). O que está fomentado não pode estar proibido. O que está fomentado cria risco permitido.
>
> Na mesma linha da inviolabilidade penal parlamentar acham-se, como se vê, a imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CP ("Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador"), a crítica desfavorável (CP, art. 142, II) assim como o conceito desfavorável emitido por funcionário no cumprimento de um dever de ofício (CP, art. 142, III).
>
> A primeira, segundo a doutrina majoritária, seria causa de exclusão da punibilidade. As demais seriam causas de exclusão da antijuridicidade. Entendido o tipo penal em termos materiais, todas são causas de exclusão da tipicidade. Em outras palavras, são ofensas autorizadas previamente pelo legislador. E tudo que está autorizado previamente ou fomentado ou imposto por uma norma (do ordenamento jurídico), repita-se, não pode estar proibido (por outra norma) (*in* Direito Penal, 2. vol., parte geral, **RT**, 2007, pp. 134-135)

Dessarte, consideradas as afirmações irrogadas no exercício do *munus* publico e em razão dele, bem como sua ocorrência no âmbito da municipalidade, incide a exclusão da tipicidade, consoante a norma constitucional dispõe.

A imunidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos não é absoluta, devendo estar atrelada ao exercício de seu mandato.

Confira-se o julgado do STF abaixo colacionado:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS. VEREADOR. IMUNIDADE MATERIAL. ARTIGO 29, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LIMITES NA PERTINÊNCIA COM O MANDATO E INTERESSE MUNICIPAL. SÚMULA N. 279 DO STF. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a imunidade material concedida aos vereadores sobre suas opiniões, palavras e votos não é absoluta, e é limitada ao exercício do mandato parlamentar sendo respeitada a pertinência com o cargo e o interesse municipal. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg em RExtra n. 583559, Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 10.6.2008).

Ainda, em caso análogo, tratando-se da imunidade parlamentar também disposta na Constituição Federal, assentou o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Min. Carlos Britto:

> INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLENÁRIO DE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVIOLABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO.
>
> A palavra 'inviolabilidade' significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo.
>
> O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda n. 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada 'conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar' (Inq 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. (Inq. 1.958, julgado em 29.10.2003).

Do Superior Tribunal de Justiça extrai-se o seguinte julgado:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. OFENSAS POR INTERMÉDIO DA IMPRENSA LOCAL DECORRENTES DO EXERCÍCIO DO PARLAMENTAR EM PLENÁRIO NO EXERCÍCIO DO MANDATO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. RECONHECIMENTO. 1. Induvidoso o nexo causal entre a nota tida como ofensiva, publicada na imprensa local, e a atuação do edil em plenário da Câmara de Vereadores, impõe-se o trancamento da ação penal, por força da imunidade parlamentar. 2. Recurso provido. (*HC* n. 15590/CE, ROrd em *Habeas Corpus* n. 2004/0006014-9, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 3.2.2005, DJ 11.4.2005, p. 383).

Oportuno transcrever excerto do parecer ministerial juntado aos presentes autos:

> Em suma, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussões, debates e votos, tratando-se, pois, de cláusula de irresponsabilidade pelo voto emitido ou pelas palavras proferidas, desde que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa.
>
> *In casu,* resta patente que a palavra injuriosa, ou a calúnia (como tipifica a queixa-crime), supostamente perpetrada pelo Querelado, foi por ele proferida na circunscrição do Município de Juti (mais precisamente na própria Câmara Municipal) e guarda relação direta com o exercício de suas funções como parlamentar, uma vez que prolatada em reunião, com vários vereadores, que tratava do repasse de verbas públicas municipais destinadas ao incentivo de uma empresa instalada na localidade.

Assim, considera-se atípica a conduta do querelado por expressa disposição constitucional, ante a sua manifestação em razão do ofício da vereança e em âmbito municipal.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido encetado na peça inicial acusatória, absolvendo-se, por conseguinte, o querelado, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (4º Vogal)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL - DES. CARLOS EDUARDO CONTAR, APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 2º, 3º E 4º REJEITAREM A QUEIXA CRIME. OS VOGAIS 5º E 7º AGUARDAM. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 6º VOGAL.

VOTO (EM 3.3.2010)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, e não tenho dúvidas em acompanhar o voto proferido pela relatoria.

Deveras, segundo se infere do caderno processual, aos 21 de outubro de 2007, por volta das 17h30min, durante reunião realizada na Câmara Municipal de Juti, o querelado Ricardo Justino Lopes, à época Vereador Municipal, teria caluniado a vítima Mauro José Gutierre, ora querelante, bem como terceiras pessoas, imputando-lhe falsamente a prática de crime, a saber, o desvio ilegal de dinheiro público.

O voto condutor, além de afastar a preliminar ministerial de ilegitimidade do pólo ativo da ação penal, julga a mesma improcedente, ao argumento de que a conduta do querelado seria atípica, pois acobertada pela chamada imunidade material parlamentar.

De fato, conforme se extrai dos autos, a suposta conduta típica imputada ao querelado foi praticada no exercício da função parlamentar e relacionada à atividade em testilha, bem como dentro dos limites territoriais municipais, tal como prescreve o art. 29, VIII, da Constituição Federal.

A respeito do tema, assim preceitua o saudoso professor JULIO FABBRINI MIRABETE:

> Os vereadores, que haviam perdido a imunidade absoluta a partir de 1964, readquiriram-na. Nos termos da Constituição de 1988, são eles invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, mas apenas quando o crime for praticado no exercício do mandato e na Circunscrição do Município. Assim, a inviolabilidade pessoal do vereador por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato está relacionada com a atividade profissional do agente, tratando da causa pública, no interesse coletivo. De outro lado, não ocorre a imunidade quando o edil age por interesse exclusivo ou quando foge aos limites razoáveis das funções inerentes ao cargo que ocupa. [1]

Nesta mesma toada, o entendimento jurisprudencial:

> A imunidade parlamentar dos vereadores encontra-se esculpida no art. 29, VIII, da Constituição Federal e possui, como requisito, que as palavras, opiniões e votos do parlamentar municipal tenham sido proferidos em razão do cargo e dentro da circunscrição do município. Não havendo dúvidas de que as acusações sobre suposto esquema de fraudes de licitações foram feitas no legítimo exercício da atividade parlamentar e dentro dos limites do município, tal fato se encontra abarcado pela excludente de ilicitude da imunidade material. [2]

> Não se verifica a ocorrência dos crimes contra a honra, se os fatos narrados na inicial acusatória não ultrapassaram os limites previstos no diploma constitucional que garante a inviolabilidade do parlamentar (artigo 29, III, do CP) e se as declarações do recorrido, vereador municipal, foram próprias da atividade política de vereança, concernentes ao seu mandato e dentro de sua circunscrição. [3]

Em vista de tais ponderações, julgo improcedente a queixa crime formulada em face de Ricardo Justino Lopes.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

1 **Processo penal**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

2 TJPB, AC n. 200.2007.017400-4/001, Rel. Juiz convocado Almir Carneiro da Fonseca Filho, DJ 5.2.2009, p. 5.

3 TJMG, RSE 1.0155.07.014535-6/0011, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Fernando Starling, julgado em 18.11.2008, DJ 25.11.2008.

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM A QUEIXA CRIME. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 6º E 7º.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 3 de março de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.031309-0 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO ATIVA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS PELAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA – CONDENAÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Restando demonstrado que o acusado ofereceu dinheiro ao policial militar para que este não cumprisse ato de ofício, configurado está o crime do art. 333, *caput,* do Código Penal. Havendo provas suficientes da autoria e materialidade a condenação é medida que se impõe.

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerada ínfima, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

O crime de corrupção ativa é de natureza formal. Portanto a sua consumação se perfaz com a simples promessa ou oferta de vantagem indevida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a denúncia e, nos termos do art. 386, III, do Código Penal, absolveu o acusado Renair de Assis Surubim da prática dos crimes previstos nos art. 150, § 1º e art. 333, caput, ambos do Código Penal.

Busca o representante do *parquet* a condenação do acusado no crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal, alegando que nos autos há provas suficientes para tanto, bem como não se aplica ao caso o princípio da bagatela.

O apelado, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser provido.

Narra a denuncia:

> 1º Fato: Consta do incluso Inquérito Policial n. 3055/06, que no dia 10 de setembro de 2006, por volta das 23h (durante a noite), o denunciado entrou de maneira clandestina na casa situada na R. Dalila Siqueira, 235, Vila Popular, nesta cidade, pertencente à vítima Edna Aparecida Ledesma.
>
> 2º Fato: Consta, ainda, que após a violação do domicílio, a duas quadras do endereço acima descrito, o denunciado, após receber voz de prisão, ofereceu ao SGT. PM Renato Alexandre Zanoni a quantia de R$ 10,00 (dez reais), para que não efetuasse sua prisão, oferecendo, assim, vantagem indevida a funcionário público, para que deixasse de praticar ato de ofício.
>
> Consoante se apurou, o denunciado havia namorado Edena há 4 anos, sendo que após o rompimento do relacionamento não mais mantiveram contato. No data dos fatos, o denunciado passou em frente à residência da vítima, pulou a janela de maneira clandestina, e ingressou no quarto da mesma, passando a observá-la a certa distância.
>
> A vítima, que estava dormindo, acordou assustada e gritou, pedindo ajuda dos vizinhos, acionaram a polícia.
>
> Em ronda nas proximidades, a PM localizou o denunciado, que ao receber voz de prisão, retirou sua carteria do bolso, retirou R$ 10,00 (dez reais) e estendeu a mão com dinheiro dizendo "vou te dar isso para ficar bom".
>
> O denunciado recebeu voz de prisão, sendo encaminhado à delegacia, onde se lavrou o APF de f. 2-6 [...]

Após a instrução criminal, o magistrado de instância singela, julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado nos seguintes termos:

> "DA CORRUPÇÃO ATIVA
>
> O acusado negou o crime, alegando que, na frente do policial, notou que o bolso de sua calça estava furado e trocou o dinheiro de bolso. Erroneamente, o policial interpretou seu gesto como proposta de corrupção. Não teve intenção de subornar o policial.
>
> A alegação é inverossímil e o depoimento colhido prova que o acusado realmente ofereceu R$ 10,00 ao policial.

> O policial Renato disse que o acusado tirou R$ 10,00 da carteira e não do bolso, e ofereceu-o para que fosse liberado.
>
> Em momento algum sentiu-se tentado em deixar de cumprir sua obrigação pela quantia oferecida.
>
> Entretanto, o oferecimento de quantia irrisória para o policial não fazer a prisão em flagrante configura crime impossível.
>
> É que tal conduta não constitui meio idôneo a determinar que um policial deixe de cumprir sua obrigação.
>
> Nesse sentido, TJSP: "Embora delito unissubsistente e formal, a aperfeiçoar-se com o simples oferecimento ou promessa de vantagem indevida, a corrupção ativa reclama seja essa oferta ou promessa, além de certa, factível em relação ao agente e idônea de molde a agredir a consciência do funcionário." (RT 788/581)
>
> Ademais, em sendo de menor potencial ofensivo o crime de invasão de domicílio, o acusado não seria preso se se comprometesse a comparecer no Juizado Especial Criminal.
>
> Assim, ante a absoluta ineficácia e desnecessidade do meio empregado, resta configurada a atipicidade do fato.

Nota-se que o magistrado de instância singela sopesou as provas juntadas aos autos e constatou a ocorrência da autoria e materialidade do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal, no entanto, absolveu o acusado, entendendo que a conduta praticada seria atípica, uma vez que oferecimento de valor irrisório (R$ 10,00) ao policial para não fazer a prisão em flagrante, configuraria crime impossível, tendo em vista que essa conduta não constituiu meio idôneo para determinar que um policial deixasse de cumprir sua obrigação.

Todavia, equivocou-se o d. Magistrado, haja vista que o crime de corrupção ativa é formal, e, sendo assim, consuma-se, tão-somente, com o oferecimento da vantagem indevida, independentemente do valor desta ou de sua aceitação pelo funcionário.

Ademais, a jurisprudência já firmou entendimento de que *"é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão"* (REsp n. 655946/DF).

Nesse sentido o STJ pacificou entendimento, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. AUTO DE AVALIAÇÃO DIRETA. PERITOS COM CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. NÃO-DESCARACTERIZAÇÃO DO DELITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
>
> 1. *In casu*, trata-se de auto de avaliação direta e não laudo pericial propriamente dito, tendo sido a avaliação realizada por peritos de nível superior. O fato de não constar do laudo, a qualificação técnica dos peritos evidencia mera irregularidade, que não descaracteriza o

delito, uma vez que a avaliação dos bens apreendidos não exige, de forma alguma, maiores conhecimentos técnicos ou científicos, bastando uma simples pesquisa de preços de mercado.

2. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

3. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

4. Hipótese em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R$ 13,00.

5. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão (REsp n. 655.946/DF, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ 26.3.2007).

Recurso especial improvido. Processo: REsp n. 1062533/RS; REsp n. 008/0117945-0, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 5.2.2009, DJ 9.3.2009.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso provido para determinar o prosseguimento da ação penal." (Processo: REsp n. 655946/DF; REsp n. 2004/0060009-1, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 27.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 273).

HABEAS CORPUS. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL: ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM JURÍDICO TUTELADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. 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.

2. O princípio da insignificância, como derivação necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar de sua seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

3. Trata-se, na hipótese, de crime em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, tornando irrelevante considerar a apreensão de 70 bilhetes de metrô, com vista a desqualificar a conduta, pois o valor do resultado não se mostra desprezível, porquanto a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral da Administração.

4. Ordem denegada. (*HC* n. 50863/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26.6.2006).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. DECRETO-LEI N. 01/67. LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000. DENÚNCIA. RECEBIMENTO.

Inaplicabilidade do princípio da insignificância ao presente caso porque não se pode ter como insignificante o desvio de bens públicos levado a cabo por Prefeito Municipal, que, no exercício de suas funções, deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da moralidade pública.

A realização pelo Prefeito de despesas com doações a pessoas físicas sem, contudo, lei específica que autorizasse tal ato contraria o disposto no art. 26 da LC 101/2000 e constitui, em tese, crime de responsabilidade. Recurso provido. (REsp n. 677159/PE, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 21.3.2005)

CONCUSSÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS*.

1. Não se aplica o chamado princípio da insignificância quando a hipótese engloba crimes contra a administração pública, em razão da efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado.

2. A aferição da insignificância é matéria afeta ao juízo de instrução, e não no "*Habeas Corpus*". Óbice da Súmula 07/STJ.

3. *Habeas corpus* conhecido; provimento negado. (*HC* n. 8357/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 25.10.1999).

Com efeito, reformo a sentença monocrática para condenar o acusado Renair de Assis Surubim como incurso no art. 333, *caput*, do Código Penal.

Passo a dosagem da pena.

Seguindo criteriosamente as diretrizes do art. 59 e 68 do Código Penal, julgo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, razão pela qual fixo sua pena-base no mínimo legal, em 2 anos de reclusão e o pagamento de 10 dias-multas. Em razão da ausência de causas modificadoras, torno-a definitiva.

O regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, será o aberto.

Tendo em vista o réu preencher todos os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem aplicadas pelo juiz da execução penal.

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso ministerial para condenar Renair de Assis Surubim à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 333, *caput*, do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos a serem aplicadas pelo juiz da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.001392-9 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EXTORSÃO – CRIME MILITAR PRATICADO COM PREVALÊNCIA DA FUNÇÃO – REABILITAÇÃO CRIMINAL – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 94, DO CP – PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL – RECURSO IMPROVIDO.

Em sendo o delito cometido inerente à militares, não há razão para se afastar o princípio da especialidade. Recurso ao qual se nega provimento com fincas a determinar a aplicação do Código Penal Militar no caso do pedido de reabilitação criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, improver o recurso, por unanimidade.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Darwin Orley Guterres, inconformado com a decisão encartada às f. 42-3 – que indeferiu seu pedido de reabilitação criminal, entendendo que o apelante não preenche o requisito temporal previsto no art. 621, do CPM – interpõe o presente recurso de apelação objetivando sua reforma, alegando:

- Que a legislação castrense apresenta aspectos controvertidos e desatualizados face a Constituição Federal;

- Que devem ser aplicados à norma castrense os princípios da ressocialização aplicados aos condenados por crimes comuns;

- Que deve haver isonomia no tratamento de pena e de ressocialização de todos os indivíduos, pois embora haja diplomas diferentes no que tange à especialidade da norma, possuem natureza jurídica diversa;

- Que a jurisprudência moderna vem aplicando as normas da LEP em casos de execuções penais, e que, por analogia, deve-se aplicar o disposto no art. 94, do CP, ao caso em comento.

Prequestionou negativa de vigência ao art. 94, do CP, bem como ao art. 5º, *caput*, da CF.

Em contrarrazões, o representante ministerial pugna pelo improvimento do apelo.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser improvido.

Ao que consta dos presentes, o apelante foi condenado pela prática de crime militar, previsto no art. 243, § 1º (extorsão qualificada) c/c art. 53 (co-autoria) c/c 70, II, "g" e "l" (com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão e estando de serviço), todos do CPM.

Em casos desse jaez, deve-se aplicar o disposto na lei especial (CPPM), que em seu artigo 651 dispõe:

> Art. 651. A reabilitação poderá ser requerida ao Auditor da Auditoria por onde correu o processo, após **cinco anos** contados do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução, ou do dia em que findar o prazo de suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado tenha tido, durante aquele prazo, domicílio no País. (grifo nosso)

Ora, atendo-se à cópia da decisão proferida às f. 18 deste caderno, denota-se que a extinção da pena privativa de liberdade do acusado fora decretada em 4 de julho de 2007, ou seja, há aproximadamente dois anos e meio.

A análise do pedido esbarra, portanto, no não preenchimento do requisito objetivo.

Embora o apelante combata insistentemente a decisão objurgada, alegando "que a legislação castrense apresenta aspectos controvertidos e desatualizados face a Constituição Federal", o fato é que o crime foi praticado com prevalência da função, ou seja, sua consumação só fora possível em razão do cargo por ele exercido à época.

E, sendo o delito cometido inerente à militares, não há razão para se afastar o princípio da especialidade.

Consoante oportunamente salientado em parecer ministerial, "*a lei de natureza geral, por abranger ou compreender um todo, é aplicada tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a lei de índole específica sempre será aplicada em prejuízo daquela que foi editada para reger condutas de ordem geral*".

Outrossim, não há falar em afronta ao princípio da isonomia, eis que, considerada a conduta perpetrada, é óbvio que a sanção a ser impingida deve ser tratada pela lei militar, na medida em que a situação do réu não era idêntica a de qualquer outro cidadão.

O próprio código penal afasta sua aplicação caso haja lei especial, a saber:"Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso"

E reconhece a especialidade da lei militar, senão vejamos:

> Art. 360 - Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

Deste modo, ante a impossibilidade de aplicação da lei geral ao presente caso, e da inexistência de afronta ao princípio da igualdade, afasto os prequestionamentos aventados.

Por todo o exposto, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

RECURSO IMPROVIDO, POR UNANIMIDADE.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2010.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOÃO MARIA LÓS, NA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos dez dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dez

Por disposição regimental e seguindo a ordem natural, coube-me a primazia de saudar Vossa Excelência nesta tarde magnífica, representando o pensamento do Tribunal Pleno, do qual passa agora a fazer parte.

Pela proximidade do vínculo de amizade que nos une, permita-me, por favor, abandonar o tratamento formal de Vossa Excelência, de que certamente é merecedor, para o simples, mas caloroso, você, nas diversas passagens deste discurso dedicado a dar as boas vindas deste Tribunal ao seu mais novo membro.

Deus, em sua infinita bondade, realmente sabe o que faz. Essa data não acontece por acaso, tampouco é um episódio isolado. Ao revés, o ato solene aqui hoje praticado, de posse do amigo no cargo de Desembargador deste Tribunal de Justiça, é o ápice de um longo e profícuo trabalho desenvolvido ao longo de 24 anos, desde aquele dia em que o colega assumiu como Juiz substituto para atuar nas comarcas de Rio Brilhante , Maracajú e Dourados.

Antes disso ainda, nascido em Campo Grande num 18 de março do ano de 1959, filho legítimo da terra que seus pais, NORMAN e CÉLIA, adotaram como o local ideal para formação de uma família honrada e digna do respeito, contando ainda com o irmão Ivan, MARCO ANDRÉ graduou-se em Direito pela então FUCMAT, no ano de 1981, advogando até o ano de 1.986 quando ingressou na magistratura deste Estado. Casou-se com a dedicada e querida esposa, TÂNIA PEREIRA HANSON e dessa união nasceram os três grandes diamantes de suas vidas, Mahara, Marco Antônio e Marcello, todos a razão maior de sua existência. MARCO ANDRÉ é daqueles homens que honram a família e os amigos, defendendo-os às últimas conseqüências, tendo como norte de seu atuar o pensamento de CÍCERO, segundo o qual "os amigos certos você conhece nas horas incertas". Nas horas mais incertas e improváveis, ali esteve ele, sempre, ao lado de sua família e amigos, mesmo naqueles momentos de dor quase insuperável, dando amparo e sendo o pilar de sustentação sobre o qual se assentam os desconfortos e os desencontros, as dores e as queixas, emprestando-lhes o necessário conforto espiritual, sempre ouvindo a todos com dedicada atenção. Nas conquistas e nos sucessos, dividia a glória com aqueles que estiveram ao seu lado e não chamava para si as honrarias respectivas. A sempre perene luta pelos seus ideais, fundados nos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, hauridos de seus ancestrais, fincados em terras americanas, fizeram do Desembargador Marco André um homem que empunha em uma das mãos a bandeira que representa a defesa de seus propósitos e, de outro lado, a espada que leva à defesa deles às suas últimas conseqüências, enfrentando desafios que pessoas menos destemidas não têm ousado enfrentar.

Hoje se consolida a conclusão de que sua luta não foi em vão, porque vem alçado a este Tribunal promovido por merecimento, em claro sinal de que a magistratura do Estado reconhece e vê nele a presença de todos os elementos necessários que o tornaram um juiz de destaque em nosso meio.

O Desembargador Marco André notabilizou-se pelos diversos artigos doutrinários que escreveu e publicou em revistas cultuadas nos meios jurídicos, participando intensamente de cursos e treinamentos que tinham como alvo seu aperfeiçoamento no campo da ciência do direito. Ocupou postos de destaques, como o de Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul, de Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça e da Presidência deste Tribunal, de coordenador de diversos projetos junto ao Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, e do Tribunal de Justiça, de membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral

de Mato Grosso do Sul, além de ter sido alvo de inúmeras honrarias conferidas pelas comunidades onde judicou, como São Gabriel do Oeste, Coxim e em Campo Grande, todas objeto de anotação em seu vasto currículo funcional. Se Campo Grande perdeu um juiz de direito de inigualável porte, Mato Grosso do Sul ganhou um desembargador que induvidosamente irá contribuir para o crescimento e o engrandecimento do Poder Judiciário deste Estado, mercê desses e tantos outros atributos que colocam o Des. MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON na história desta Corte.

Este Tribunal, amigo Marco André, enfrenta desafios constantes e decide sobre a liberdade e a propriedade, cujos direitos são aqui postulados e as decisões aqui exaradas guardam o caráter quase que definitivas, diante da dificuldade de manejo de recursos para as instâncias superiores, o que faz com que cada um de nós, membros deste Plenário, tenha uma parcela maior de responsabilidade pelas decisões que toma, quer isoladamente, quer no colegiado. Nesse contexto do qual agora você faz parte, não tenho dúvida alguma em pronunciar desde já que o Tribunal ganhou um valoroso e brilhante membro, que fará o que sempre fez ao longo de toda sua judicatura, ou seja, decidir com presteza e segurança, contribuindo decisivamente para o fortalecimento das instituições democráticas e para a consecução dos verdadeiros fins do Estado de Direito. Por isso, a nossa alegria e o nosso júbilo de passar a contar com sua força, inteligência privilegiada e reconhecida capacidade de trabalho. Conhecendo-o e tendo tido a honra de compartilhar de sua amizade desde quando ingressou na carreira, sei bem que você, Des. MARCO ANDRÉ, em que pese o brilho dessa tarde engalanada, a felicidade estampada em seu largo sorriso e no sorriso iluminado de seus filhos, de sua esposa, de sua mãe e de seu irmão, tem no fundo de sua alma uma inquietação, uma palpitação, que se manifesta através de um sentimento que são impossíveis de descrever em toda sua extensão e profundidade, e que somente a língua portuguesa é capaz de traduzir, e que se chama saudade, saudade do nosso inesquecível NORMAN, levado prematuramente pelo bondoso Deus, certamente porque Ele, em sua infinita grandeza, sabe que NORMAN já havia cumprido sua missão na Terra.

Eu também não tenho dúvida alguma de que desde a data de sua promoção e em especial hoje, neste instante, o nosso querido Norman, que todos aqui presentes admiravam, está com os olhos marejando pela alegria incontida, o espírito iluminado e completo de felicidade, cantarolando uma de suas várias músicas, como fazia quando estávamos todos nós reunidos, naqueles tempos de AMAMSUL, jogando despreocupadamente conversa fora, acertando as dores e as coisas do mundo.

Todos aqui sabem que o projeto de vida que você desenhou e que recebeu o apoio incondicional de seus familiares, atingiu hoje um momento sublime, merecedor da comemoração de todos aqui presentes. Caro amigo e Desembargador MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON, os Desembargadores componentes deste Tribunal - a quem tive a honra de representar nesta solenidade - o recebem com imensa alegria, de braços abertos, e todos nós prognosticamos êxito absoluto nas novas funções.

Parabéns, E QUE DEUS O PROTEJA E ILUMINE em seu caminho e em sua jornada, permitindo que a vida continue a lhe sorrir e a lhe proporcionar os bons frutos que somente aqueles que têm o justo e o correto em suas ações, e, em seus pensamentos, podem almejar. SEJA BEM-VINDO! OBRIGADO!

DISCURSO DE POSSE DO DR. MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Aos dez dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dez

Em momentos como este é inevitável revisitarmos as primeiras quadras de nossa vida. E isso me faz lembrar Campo Grande. Ela ainda é uma pequena cidade, que se espraia até as imediações do Obelisco. Os edifícios começam a riscar seu céu azul, talvez um ou dois. As ruas largas e o desenho simétrico bem planejado da zona urbana são vias convidativas para os ventos de agosto. A rua é a 15 de Novembro, prestes a ser pavimentada e circundada pelas magnólias que lá pelo mês de outubro e após o cair das chuvas, alardeiam seu inconfundível perfume, enquanto as tesourinhas, sanhaços e bem-te-vis fazem revoados em alegres cantorias, já anunciando a noite clara. As mesuras que me foram dirigidas são fruto da enorme capacidade que nossos amigos possuem de esquecer nossos defeitos e exaltar, com extrema bondade e confessa parcialidade, nossos poucos predicados. Agradeço a Deus a oportunidade de viver e me permitir chegar aonde cheguei, não obstante as minhas limitações, que não procuro ocultar.

Antes disso, durante toda a minha vida busquei e tenho buscado a luz interior, na sã consciência de que tudo me é dado a título de empréstimo nesta vida, para que possa utilizar o que me é concedido ver e sentir, em prol do meu desenvolvimento material e espiritual.

Após figurar por três vezes consecutivas em lista de merecimento para o cargo de desembargador, em companhia de ilustres e honrados magistrados, na última delas com os doutores Ruy Celso Barbosa Florense e Marcos José de Brito Rodrigues, fui nomeado desembargador nesta Corte, o que me faz muito feliz. Este é o dia mais importante da minha vida profissional e de indescritível alegria. Como diria o poeta Vinícius de Moraes, sinto uma felicidade leve "como a gota de orvalho numa pétala de flor".

Agora, tenho a difícil incumbência de substituir o Des. Ildeu de Souza Campos, atingido pela aposentadoria, magistrado que por quase três décadas serviu o Poder Judiciário local, com dedicação, honestidade e independência. A tarefa que agora se me afigura não dispensa o auxílio dos eminentes desembargadores que compõem este sodalício, sob o apanágio da harmonia e conduzidos pelos ideais de fraternidade. É assim que compreendo este Tribunal; é nesse espírito que assumo tão nobilitante cargo. O que importa é servir a justiça. Não há outra glória que possa falar mais alto ao nosso coração e subjugá-lo com tanta força. Esta solenidade é mais um rito de passagem, que acompanha o movimento pendular que marca o dinamismo da humanidade, mas que me traz grande e imensurável alegria, pois não só significa o reconhecimento de minha carreira na magistratura e o seu coroamento, mas na verdade marca mais um ponto de partida nas estações da minha existência. Como Kennedy disse em seu discurso de posse "não pergunteis o que o vosso país pode fazer por vós e sim o que podeis fazer por seu país". E é assim que sinto, o eterno recomeço, o dever de tudo fazer pelo engrandecimento do Poder Judiciário da minha terra.

A mutação e novas metas estendem nossos vistos de permanência na sociedade da vida, porque a própria vida é a possibilidade de definir tarefas para si mesmo. A magistratura é para mim uma missão, forjada e que me moldou na crença de ser o caminho e o bálsamo para as dores da alma e daquilo que o homem traz como maior sentimento, o da justiça. Sou juiz por vocação e opção, um compromisso que fiz ainda muito jovem, em hora alta e circunspecta.

Aprendi na carreira o difícil mister de ser julgador, em toda sua arte e forma, no desejo perpétuo de servir aos justos ideais; não concebo e nunca compreendi a tarefa de prestar jurisdição, sem que aí esteja o cumprimento do dever.

Faço aqui a promessa de muito trabalho e dedicação e procurar transformar, sem revolucionar.

Ressalto o compromisso de independência, retidão e amor ao Judiciário sul-matogrossense, para que irmanado com outros magistrados possamos representar e ser a diferença, não só nos julgamentos, nossa atividade fim, mas, e, principalmente, alavancar um processo de credibilidade e segurança para a sociedade, o que surtirá reflexos em toda a comunidade e no Estado.

É preciso acreditar que a virtude e o exemplo que o Judiciário e seus membros possam dar, seja também instrumento de fortalecimento e renovação de nossos quadros políticos e representativos, bem como parâmetro e referência para todos. É propicia a lição de Aristóteles, que pregava: "a justiça é o vínculo dos homens, nos Estados; porque a administração da justiça, que é a determinação daquilo que é justo, é o princípio da ordem numa sociedade política" (Os Pensadores, Nova Cultural, São Paulo, 1999, p. 147) Assim, estarei empenhado em dar o quanto esteja em minhas possibilidades para a grandeza do país, na liberdade e na defesa dos direitos de todos. Jamais competi pelas posições a que atingi, subindo por força da dedicação para cumprir as tarefas. Tudo em obediência a um chamado do destino e à vocação de servir com tenacidade, e indo aos meus objetivos para realizá-los, desde que tenha me comprometido a fazê-los. De nada me orgulho ou envaideço, exceto exatamente dessa disposição a dar à vida um sentido mais amplo, de uma missão superior. Sei que tenho sido um privilegiado no convívio generoso com os homens e magistrados de meu tempo e ainda que jamais me tenha faltado a compreensão afetuosa da sociedade em que tenho vivido. E se de alguma coisa me conforta a alma na autocrítica da minha vida, é a de ter como norte a causa da liberdade e da justiça.

Estes são tempos de travessia, e se não ousarmos fazê-la teremos ficado à margem de nós mesmos. E o momento da história do Poder Judiciário é de transformação, reflexo das alterações constitucionais e da legislação infraconstitucional a partir de 1988, mudança dos padrões sociais e do avanço invencível de modernas tecnologias, que transformam velozmente os hábitos, costumes e valores do homem moderno. Estes acontecimentos têm conseqüências diretas na prestação jurisdicional.

Nós magistrados, em verdade, ficamos muito tempo paralisados por uma postura indefectível e distante das políticas do Estado e da dinâmica de gestão do poder, conforme se nos exigia as convenções da sociedade.

Por isso mesmo, na minha visão, hoje pagamos o tributo dessa conduta, que resultou na criação de órgão de controle externo da magistratura. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça, cujas atribuições deveriam se limitar à fiscalização financeira e administrativa do Poder Judiciário, conforme previsão do art. 103-B, § 4°, da Carta Magna, algumas vezes tem avançado sobre a prestação jurisdicional e a autonomia dos estados, com a quebra do princípio federativo, situação já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recentes julgamentos e manifestações de alguns de seus ministros.

Muito embora aquele órgão esteja contribuindo no plano da transparência, do planejamento estratégico, da gestão, para o aprimoramento do Poder Judiciário, deve atuar nos limites de sua competência e da lei. Por isso mesmo, é preciso que a OAB, enquanto partícipe da administração da justiça, se empenhe para que o Poder Judiciário possa exercer com autonomia e indispensável imparcialidade e ética suas atribuições constitucionais. Não basta expor as mazelas da magistratura, sem a contrapartida de investimentos suficientes, para a aquisição de equipamentos, contratação e treinamento de servidores, construção de novas unidades judiciais, sempre na perspectiva de fazer o mais com menos.

A dignidade do Poder Judiciário e de seus membros em qualquer circunstância deve ser sempre preservada. Senhores, a independência dos tribunais e de seus julgadores é que nos mantém livres, essa é uma verdade que se impõe imensa como uma montanha.

É apropriada a lição de São Tomás de Aquino, em sua Suma Teológica, quando diz que "o homem virtuoso é, em cada coisa, a regra e a medida" (ob. Cit. Vol. VI, p. 84, Loyola, São Paulo, 2005). Não se pode aceitar as versões midiáticas, a idéia da produção e eficiência máximas ou mesmo o que profetizou Erich From, na obra Revolução da Esperança, segundo o qual o homem da sociedade tecnológica deve ser reduzido a unidades puramente quantificáveis, para ser mais facilmente administrado pelas regras burocráticas. Advertia o autor que quem defende essa idéia equivocada, preconiza que: "os homens devem ser desindividualizados e ensinados a encontrar sua identidade na companhia de outros em vez de em si mesmos" (A revolução da Esperança, ed, Círculo do Livro, São Paulo, 1980, p. 48). Como lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski na abertura do XX Congresso Brasileiro de Magistrados, "não é mais tolerável que, na atual configuração do mundo, a eficiência de um Poder seja medida apenas pela capacidade de cumprir metas em um determinado período de tempo" (Boletim Especial da AMB, dezembro, p. 4).

Talvez se queira ensinar o que mais se precisa aprender. São novos tempos, inegavelmente, que não só exigem um novo design do Poder Judiciário, cujas reformas ainda são insuficientes para atender a demanda reprimida e que aflorou após a Carta de 1988. Hoje temos novos desafios, tais como o necessário enfrentamento não somente dos conflitos judiciais individuais, mas aqueles mais amplos, os direitos de fraternidade, ambientais, proteção da privacidade, patrimônio genético e outros ligados à biotecnologia.

O Judiciário tem que assumir o seu verdadeiro papel no Estado Brasileiro, com maior protagonismo no concerto institucional, abandonando sua obsolescência. Deve participar de forma mais ativa das políticas públicas direcionadas aos idosos, proteção das crianças e adolescentes, saúde, educação e segurança, inclusive colaborando no processo orçamentário do Estado. É preciso, enfim, que se encontre a celeridade da jurisdição, com a redução do número de recursos, das intervenções de terceiros, pela eliminação de incidentes processuais e pelo incremento do poder geral de cautela, bem como se amplie os poderes do juiz para questões repetitivas e de repercussão coletiva. Por outro aspecto, é preciso que o juiz atual seja comprometido com a função judicante, seja sensível às angústias de quem necessita do seu serviço, que não seja somente mais um burocrata e, mal comparando, "sinta a cadeira em que está sentado".

Ressalta, assim, a importância das escolas da magistratura, que devem atuar propiciando uma visão humanística aos magistrados, para a solução mais célere dos litígios, sem soluções mágicas ou formalistas, com a conscientização de que o juiz é o Estado falando nos autos. IHERING, no seu conhecido livro "A Luta Pelo Direito", destaca o valor alegórico da Justiça que a mitologia nos legou: "a balança, que pesa as pretensões, e a espada, que exprime a força coercitiva, o castigo, a execução. Não só uma, nem somente a outra". Nossos cidadãos acreditam na Justiça do país e muito esperam de seus juízes. Agora, permita senhor presidente, Desembargador Elpídio Helvécio Chaves Martins, que em Vossa Excelência, chefe do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, expresse respeitosamente os cumprimentos aos irmãos da magistratura, da comunidade forense, aos meus familiares e a todos os amigos aqui presentes, a quem peço paciência para ouvir um pouco das minhas lembranças.

A memória me remete para a Procuradoria Geral do Estado, no ano de 1979, onde comecei minha vida profissional, e não poderia deixar de manifestar minha gratidão ao Dr. Jorge Antônio Siufi, que me fez o convite para trabalhar naquele órgão, onde pude conviver com ilustres pessoas, dentre as quais os então procuradores do estado, Drs. José Couto Vieira Pontes, Jorge Antônio Siufi, Claudionor Miguel Abss Duarte, Evandro Ferreira Viana Bandeira, Estevão Bacchi, Arnaldo Rodrigues, Carlos Stephanini, Nelson Trad, Alindor Pereira da Silva, dentre outros. Naquela ocasião tive também a honra de desfrutar do convívio no ambiente de trabalho de vários advogados que até hoje militam em nosso Estado, a quem neste momento rendo minhas homenagens, que por razões afetivas e de proximidade o faço nas pessoas dos advogados Onofre da Costa Lima e Gualter Mascarenhas Barbosa. Em igual perspectiva me vem também as recordações da Faculdade de Direito (Fucmat-Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso), onde dei os primeiros passos da minha formação jurídica e tive a oportunidade de conhecer pessoas e estreitar laços de amizade que até hoje permanecem vivos.

Quero também homenagear e de fazer agradecimentos aos mestres e orientadores, doutores David Rosa Barbosa, Pietro Falco, Athayde Nery de Freitas, Elenice Carrile, Hildebrando Campestrini, padres Valter Bocchi, Arlindo Pereira e José Marinoni. Faço uma especial saudação a todos os amigos, advogados, defensores, promotores, procuradores e colegas juízes com quem convivi durante o período de advocacia e na magistratura, nas comarcas de Três Lagoas, Rio Brilhante, Maracaju, Naviraí, São Gabriel do Oeste, Rio Verde de Mato Grosso, Camapuã e Coxim, os quais, muitos deles, vejo nessa platéia e que muito me honram com suas presenças.

Dizia Machado de Assis, "abençoados os que possuem amigos, os que os têm sem pedir. Porque amigo não se pede, não se compra, não se vende. Amigo a gente sente" (poema Bons Amigos). Os amigos são pérolas em nossas vidas e haveremos de nos encontrar outras vezes, sempre que desejarmos, no meio da única comemoração que não pode jamais terminar. Com essas recordações, como dizia Cecília Meireles, "procurei-me nesta água da minha memória que povoa todas as distâncias da vida e, onde, como nos campos, se podia semear, talvez, tanta imagem capaz de ficar florindo..." (Poema Medida da Significação).

Agradeço a todos os meus familiares pelo entusiasmo e incentivo com que sempre me distinguiram, sem distinção, como também aos amigos e servidores de todas as comarcas e locais onde exerci minhas funções, especialmente aos da 6ª vara cível da Capital, os quais colaboraram com seu labor e lealdade para este instante feliz da minha vida. Naquilo que mais profundo possa existir, de forma perene, rendo minha mais profunda gratidão a meus pais por tudo que me ensinaram nesta vida, a educação, o respeito aos bons valores, à vida e ao próximo. Com a Célia e com o Norman aprendi todas as boas coisas. Obrigado mãe por tudo que fez por mim; você certamente é a grande responsável por este momento feliz da minha vida. Norman- que Deus levou na manhã de sua vida, muito mais pelos seus méritos e exemplos do que pela adversidade da doença-, quero lhe dizer meu querido pai, agora você pode alçar voos em outros planadores, sem asas e motores, sempre nos intuindo com seus ensinamentos. A sua amizade e companheirismo, sua honestidade, correção e desapego às coisas materiais me fizeram um homem melhor e preparado para os desafios da vida. Todos continuam a te admirar. Obrigado meu irmão, Ivan, pela sua companhia, seus cuidados e proteção durante toda nossa caminhada. Agradeço, mais uma vez a Deus pelos filhos que me deu, Mahara, Marco Antônio e Marcello, que só me trazem alegrias e forças para continuar vivendo em plenitude. Vocês são os raios do sol que iluminam e aquecem minha vida, a minha própria razão de viver e lutar. Tânia, companheira de todas as horas, solidária, cúmplice, confiante, atenta e prestativa.

Durante essa longa trajetória abdicou da convivência próxima com seus familiares e me dedicou toda atenção e carinho para que juntos pudéssemos criar uma família. Amar-te é estar em tua companhia. Estar comigo antes de estar em tua companhia. Estar vivo e compartilhar minha vida, a vida contigo. Amo a criança que tu és, amo a amiga; amo a graça que nos une; amo o que não amas em ti; e amo o belo de ti que ignoras. Volto à rua 15 de novembro, banhada por uma luz antiquíssima e ao mesmo tempo acabada de nascer, com sentimentos e olhos nas coisas eternas que permanecem e nos ideais de honestidade e justiça, que me rejuvenescem, e que após as chuvas de verão me trazem o perfume das magnólias, a renovar minha esperança num mundo onde prevaleça o bem.

Muito Obrigado.

A VISÃO DO CNJ SOBRE A QUESTÃO FUNDIÁRIA[1]

Senhores,

Sabemos que a questão fundiária no Brasil suscita conflitos desde à época da colonização e, exatamente por esta razão, continua a ser, ainda nos dias de hoje, um enorme desafio para todos nós brasileiros.

Historiadores afirmam que, diante da magnitude da tarefa de administrar a colônia - O BRASIL É E SEMPRE FOI UM VERDADEIRO PAÍS-CONTINENTE -, Portugal teve que se valer da mesma estratégia de política fundiária que, dois séculos antes, colocou em prática para povoar o interior da sua própria nação.

Ou seja, a Coroa Portuguesa trouxe para o Brasil o chamado "regime de sesmarias".

Também é consenso que o interesse primordial do processo de colonização do Brasil assentou-se, inicialmente, única e exclusivamente na exploração do território.

De fato, em um primeiro momento, todos sabemos, houve uma frenética busca por recursos minerais, principalmente o ouro.

Esgotado o ciclo da mineração, houve um direcionamento da ocupação da terra para a produção agrícola em larga escala, com ênfase na monocultura da cana-de-açúcar, tendo como objetivo sobretudo o abastecimento do mercado europeu.

Não é minha intenção, aqui, aborrecê-los com um desnecessário retrospecto histórico a respeito destes temas, até porque nada do que eu venha a falar sobre a questão é novidade para os senhores.

O que pretendo com este breve escorço da história da ocupação do território brasileiro é, tão somente, demonstrar que o regime de sesmarias trazido para o Brasil já nasceu obsoleto.

E, olhem que, mesmo assim, vigorou no Brasil por mais de três séculos. O regime de sesmarias, portanto, somente veio a ser alterado trezentos anos depois do descobrimento com o advento da proclamação da INDEPENDÊNCIA em 1822.

Por estas e outras razões, podemos afirmar sem medo de errar que é evidente que o processo de ocupação das terras brasileiras não começou nada bem.

Assim, não é de se estranhar que a fórmula que adotamos na largada para a ocupação do nosso vasto território seja fonte inesgotável ATÉ HOJE de problemas de toda ordem no âmbito fundiário.

A chamada Lei de Terras - Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 - que veio para SUBSTITUIR o antigo regime de sesmarias, teve a pretensão de normatizar a aquisição da propriedade imóvel no Brasil passados, como afirmei, mais de três séculos após o descobrimento.

A principal mudança, se é que houve alguma efetivamente, foi que a aquisição da propriedade passou a dar-se mediante a compra através de pagamento em pecúnia, em dinheiro.

1 Palestra proferida pelo Desembargador Sérgio Fernandes Martins no Seminário "As questões fundiárias e a demarcação das terras indígenas e suas repercussões nas relações de trabalho", realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24a. Região e pela Escola Judicial do TRT da 24a. Região, em comemoração aos 20 anos de Instalação da Justiça do Trabalho em Ponta Porã, MS, nos dias 11 e 12 de março de 2010.

Ou seja, o Governo Central, ao invés de doar as terras como fazia a Corte Portuguesa no antigo sistema de sesmarias, passou a vender as terras devolutas.

De fato, a Lei de Terras autorizou o governo a demarcar e a vender terras, como e quando julgasse conveniente.

No entanto, ainda assim, a nova legislação manteve a titulação das terras havidas no antigo regime das sesmarias, prevendo, inclusive, a possibilidade da legitimação da posse, sem fazer qualquer restrição quanto ao tamanho e à data de ocupação das terras.

Ou seja, a Lei de Terras mudou a regra do jogo, mas permitiu a regularização da posse da terra havida pelo antigo sistema de sesmarias.

Aqui faço um parêntesis: o Estado do Pará, ainda hoje é uma grande sesmaria.

Aliás, foi exatamente esta a situação que encontrei naquele Estado no final do ano passado, quando lá estive para participar do lançamento do primeiro mutirão fundiário do País.

Para que os senhores tenham uma ideia, 75% do território do Pará pertencem à União, ao próprio Estado-membro ou ainda aos Municípios.

Ou seja, o Estado do Pará é uma grande sesmaria cujo atuais donatários são os próprios Entes Federados.

Ora, é evidente que isto só poderia acabar gerando enormes confusões.

São exatamente estas confusões que transformaram aquele Estado no caldeirão de problemas fundiários que fazem dele hoje o número um em conflitos agrários no País.

A Lei de Terras de 1850, portanto, pouco ajudou na resolução do nossos graves problemas fundiários.

O Estatuto da Terra (Lei n. 4.404, de 30 de novembro de 1964), que é a lei que rege a matéria atualmente, somente surgiu no cenário nacional mais de um século após a edição da Lei de Terras de 1850.

Este diploma legal, entretanto, em que pese estar cheio de boas intenções, tornou-se mais uma tentativa infrutífera de enfrentar e resolver a intricada questão fundiária brasileira.

É bem verdade que o seu texto é abrangente, bem elaborado e aponta corretamente as metas necessárias para uma ampla reforma agrária e para o pleno desenvolvimento da agricultura.

No entanto, o denominado Estatuto da Terra tem sido incapaz, por si só, de dar efetividade à necessária distribuição das terras no Brasil. Revelou-se, por outro lado, também insuficiente para impulsionar o surgimento e a incrementação das pequenas propriedades rurais tão necessárias para a produção agrícola sustentável, tanto aquela voltada para suprir o mercado interno, quanto aqueloutra voltada para a exportação.

Em resumo, o Brasil chegou ao século 21 sem ter resolvido um problema com raízes no século 16: o seu problema fundiário.

Hoje, por ser tão recorrente, o problema tornou-se crucial. Em casos extremos, chega inclusive a desafiar as balizas do próprio Estado Democrático de Direito, como tem afirmado, reiteradamente, o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Esta situação é agravada pelas notórias contradições que tanto envergonham o País: de um lado, uma potência emergente, a se destacar pelas soluções criativas, pela pujança econômica e amadurecimento político; de outro, situações cotidianas de conflito que remetem a cenários medievais, revelando as profundas desigualdades que ainda persistem no nosso país continental.

São estas perplexidades e assimetrias, assim como a convicção de que nada parece mais ameaçador à Democracia do que a mais ínfima indefinição acerca das garantias constitucionais, que inspiraram a criação e implantação, no âmbito do CNJ, do FÓRUM NACIONAL PARA O MONITORAMENTO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS E URBANOS.

A instalação do Fórum Fundiário está longe de ser um ato meramente simbólico ou isolado, é o que costuma afirmar o Ministro Gilmar Mendes.

O que se almeja com o Fórum, em última instância, é uma RESPOSTA EFETIVA à demanda da própria sociedade, diuturnamente confrontada por quadros de desordem urbana e agrária em cuja raiz estão desde explosivos conflitos coletivos pela posse da terra até questionadas ou discutíveis desapropriações perpretadas pelo próprio Governo Federal.

É NESTE CALDO DE CULTURA, PORTANTO, ONDE OCORREM DESDE O MAIS AVILTANTE TRABALHO DEGRADANTE OU ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO ATÉ O POUCO RESPEITADO DIREITO À MORADIA, PROBLEMA GRANDEMENTE AGRAVADO COM O CRESCIMENTO DESORDENADO DAS CIDADES.

Fazia-se urgentemente necessário, ASSIM, a criação de um espaço institucional permanente para o debate e o encaminhamento de soluções que permitam equacionar, da forma mais racional possível, problemas tão graves quanto complexos, cada vez mais judicializados.

No que tange ao Poder Judiciário, portanto, temos agora um local onde se está repensando todo o sistema processual direcionado à resolução dos conflitos fundiários rurais e urbanos, de modo a fazê-lo mais célere, eficaz e consentâneo com a realidade dos conflitos no campo e nas cidades.

Passamos a ter onde discutir de maneira integrada e abrangente temas como a necessidade - e de que modo fazê-lo - de se estabelecer a ESPECIALIZAÇÃO de órgãos do Poder Judiciário (e também do Ministério Público, das Defensorias Públicas etc) no que concerne à solução dos conflitos agrários, à regularização fundiária rural e urbana, ao direito especial de moradia e tantos outros ligados à realidade fundiária brasileira.

O Fórum Fundiário tem buscado uma dinâmica própria para as ações de desapropriação e para as ações possessórias, de modo a assegurar o processo adequado e efetivo de distribuição de terras.

Está-se repensando a lógica de tramitação das ações discriminatórias, voltadas para a identificação das terras devolutas, como forma de prevenção de novos conflitos no campo.

Na questão fundiária urbana, como sabemos, o modelo judicial existente ainda é frágil e incapaz de oferecer solução compatível com demandas de massa.

Faltam instrumentos que permitam uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Para que alcancemos cidades sustentáveis é imprescindível que o Poder Judiciário cumpra seu papel na adequada interpretação e efetivação de direitos como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos e ao lazer para as presentes e futuras gerações, garantias estabelecidas no nível infraconstitucional no denominado Estatuto das Cidades (Lei n. 10257, de 10 de julho de 2001).

É importante ressaltar que a mediação e a conciliação, por sua vez, vêm se consagrando como incontestáveis instrumentos de pacificação de conflitos.

Por isso mesmo estão sendo cada vez mais difundidos e estimulados pelo Conselho Nacional de Justiça, em um de seus programas de maior verticalização.

Quando utilizados no curso de conflitos fundiários rurais e urbanos, os institutos da mediação e conciliação exigem tratamento, capacitação e avaliação de pertinência que são muito específicos, em razão da natureza complexa e no mais das vezes coletiva dos conflitos.

É preciso articulação com os demais órgãos públicos, além da troca de experiências e estabelecimento de estratégias para a difusão responsável do uso desses importantes instrumentos.

Há também uma imensa necessidade de se buscar as causas do reiterado descumprimento de decisões judiciais, em especial relativas às questões possessórias, em algumas regiões do país.

Por meio da avaliação e do aprimoramento da atividade dos cartórios de registro de imóveis, temos a possibilidade de conter e, simultaneamente, de reverter o deplorável quadro de grilagem que se instalou sobretudo na denominada Amazônia legal.

Para que os senhores tenham uma idéia, em grande parte do Estado do Amazonas, a Corregedoria Nacional de Justiça constatou, em inspeção, que os atos notariais e de registro propriamente ditos são muitas vezes praticados sem qualquer técnica ou segurança.

Eu mesmo tive a oportunidade de conviver pessoalmente com esta realidade no Estado do Pará.

Nos livros de notas dos cartórios são encontradas folhas em branco, vício que enseja a lavratura de escrituras com datas atrasadas.

Matrículas são abertas sem indicar a origem, com a simples descrição dos títulos, o que é incompatível nas formas derivadas de aquisição da propriedade imóvel, porque dá ensejo à delimitação unilateral da base imobiliária, potencializando riscos de conflitos, sobreposição de unidades imobiliárias e, sobretudo, podem levar à aquisição de terras sem origem em qualquer negócio jurídico válido.

Na Comarca deTabatinga, onde há duas unidades do serviço de Registro de Imóveis, não há divisão territorial da competência para realizar o registro, mesma situação verificada na Comarca de Tefé.

Sem a existência de circunscrição imobiliária, os interessados podem fazer o registro em qualquer das unidades, porque ambas são competentes.

Isso favorece o múltiplo registro da mesma terra em nome de diversos adquirentes. Problema que já se encontra largamente difundido e que, portanto, não é de fácil solução.

A situação é de extrema gravidade e exige nossa pronta atenção.

Além da revisão de procedimentos, inclusive quanto à titularização dos cartórios, o que vem sendo objeto de cuidados no âmbito do CNJ, é preciso debater-se sobre os meios possíveis para a reversão das situações de irregularidades constatadas.

Avaliar, por exemplo, se o melhor caminho está no cancelamento administrativo das averbações ou em outras vias.

O Corregedor-Geral do CNJ, Ministro Gilson Dipp, cancelou administrativamente um único título título equivalente à mais da metade do território brasileiro registrado em cartório do Pará.

Ou seja, cancelou recentemente o registro de mais de cinco milhões de hectares de terras.

A GRILAGEM DE TERRAS, COMO SABEMOS, ALÉM DE AMEAÇAR OS DIREITOS DE PROPRIEDADE, INCLUSIVE DO PODER PÚBLICO, ATINGE DIRETAMENTE O MEIO AMBIENTE E A PRÓPRIA SOBERANIA DO ESTADO BRASILEIRO.

Por meio do monitoramento dos feitos que tratam de conflitos fundiários rurais e urbanos, e através da análise e da fiscalização da atividade cartorária extrajudicial, está sendo possível diagnosticar as dificuldades, prevenir conflitos e identificar instrumentos concretos e normativos que sejam capazes de garantir a pronta e adequada prestação jurisdicional em área de tão nevrálgica importância, sob qualquer perspectiva, em toda trajetória do País.

Nesse ponto, penso que não foge o Conselho Nacional de Justiça da competência constitucional que lhe foi reservada, porque age e decide como mentor da política estratégica do Poder Judiciário, atuação institucional esta que repercute na imprescindível vertente da pacificação social, a favorecer, desse modo, a segurança jurídica tão necessária ao desenvolvimento socioeconômico e político do Brasil.

O CNJ não desconhece a existência dos diversos espaços no âmbito dos outros poderes e da própria sociedade organizada em que já são discutidas e implementadas medidas sobre o tema dos conflitos fundiários rurais e urbanos.

O que se pretende não é a sobreposição de ações e o Fórum Nacional Fundiário tem consciência de que nossa missão não é substituir os órgãos governamentais responsáveis pelas políticas públicas nesta seara.

O que se pretende é que o Sistema de Justiça, considerado no seu aspecto mais amplo, tenha olhos, ouvidos e mãos para reverter grande parte do quadro sombrio que tem se instalado no campo e nas cidades, objetivando sempre prevenir novos conflitos, pois estes acabam sempre por desaguar no Judiciário.

O que se busca é a formulação de políticas judiciárias, mediante a obtenção de um panorama completo da justiça que atende a estes conflitos, com a identificação das principais dificuldades enfrentadas e de linhas de atuação para solucioná-las, seja do ponto de vista estrutural dos serviços, seja pelo ângulo da prevenção, seja, por fim, quanto à efetividade das ações adotadas.

Foi essa mesma orientação que norteou a intervenção do Conselho Nacional de Justiça no Sistema Carcerário Nacional, cujos graves problemas têm sido amplamente divulgados pela mídia.

É que naquele campo, como aqui, o Judiciário precisa de um diagnóstico mais aproximado da realidade, a fim de que possa ferir com mais precisão as suas mazelas.

Lá surgiram os mutirões carcerários, da mesma forma que aqui, no âmbito do Fórum Nacional Fundiário, já começamos a realizar os MUTIRÕES FUNDIÁRIOS, tendo ocorrido o primeiro, como relatei, no Estado do Pará.

É, sem dúvida, um trabalho árduo e complexo, mas que não nos deve deixar intimidar.

Com o Fórum Fundiário, portanto, está-se dando continuidade ao propósito de, ainda uma vez, o Judiciário como um todo assumir a responsabilidade e o protagonismo esperado de agentes proativos no aprimoramento e na efetiva modernização da Justiça brasileira, que todos almejamos, tenho plena certeza, seja sempre mais ágil, transparente, acessível e eficiente.

Muito obrigado.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2009.019794-6 017

Apelação Cível n. 2009.025458-3 020

Apelação Cível n. 2009.031906-1 023

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2009.027762-2 028

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2008.005711-3 038

Apelação Cível n. 2008.018703-8 044

Apelação Cível n. 2008.024047-1 045

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2009.029201-9 063

Apelação Cível n. 2009.029856-1 069

Apelação Cível n. 2010.005420-0 075

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2008.017268-0 087

Apelação Cível n. 2008.028889-7 090

Apelação Cível n. 2008.032751-5 093

Hildebrando Coelho Neto

Apelação Cível n. 2006.006476-5 099

Apelação Cível n. 2007.011010-6 108

Mandado de Segurança n. 2008.038450-8 115

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2006.005940-3 129

Apelação Cível n. 2006.007838-6 138

Apelação Cível n. 2009.014911-0 145

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2008.034046-5 149
Apelação Cível n. 2009.002582-7 153
Apelação Cível n. 2009.004285-4 160

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2009.010995-8 163
Apelação Cível n. 2009.018534-3 168
Apelação Cível n. 2009.019528-9 173

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2009.005651-6 178
Apelação Cível n. 2009.021427-3 182
Apelação Cível n. 2009.033803-0 185

Luiz Carlos Santini

Apelação Cível n. 2009.022755-5 190
Apelação Cível n. 2009.031777-5 194
Apelação Cível n. 2009.033772-2 199

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2009.008029-4 204
Apelação Cível n. 2009.026293-7 208
Apelação Cível n. 2009.032247-7 213

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2008.025337-5 218
Apelação Cível n. 2008.034611-3 223
Apelação Cível n. 2009.014601-1 227

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2009.033165-8 232
Apelação Cível n. 2010.000623-0 244
Apelação Cível n. 2010.006130-8 251

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2008.020119-4 259
Apelação Cível n. 2009.028946-9 275
Apelação Cível n. 2010.006267-8 279

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2009.029592-9 282
Apelação Cível n. 2009.031587-4 284
Apelação Cível n. 2010.000272-0 288

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2009.028953-1 292
Apelação Cível n. 2009.029753-8 296
Apelação Cível n. 2009.029884-6 302

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2007.000927-4 310
Apelação Cível n. 2007.028877-7 318
Apelação Cível n. 2010.001937-8 324

Sideni Soncini Pimentel

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2008.029790-6/0001-00 329
Agravo n. 2009.017127-2 333
Apelação Cível n. 2009.020765-6 339

Tânia Garcia de Freitas Borges

Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2005.016651-6/0001-00 344
Mandado de Segurança n. 2008.029259-7 349
Apelação Cível n. 2009.026713-3 357

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2009.016981-3 371
Apelação Cível n. 2009.032242-2 375
Reexame de Sentença n. 2010.003463-1 379

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2009.006493-9 383

Apelação Criminal n. 2009.007101-3 387

Agravo Criminal n. 2010.004670-8 394

Claudionor Miguel Abss Duarte

Habeas Corpus n. 2010.000091-5 397

Apelação Criminal n. 2010.000267-2 403

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2009.026696-6 407

Recurso em Sentido Estrito n. 2009.029731-8 411

Apelação Criminal n. 2009.031875-3 415

João Batista da Costa Marques

Apelação Criminal n. 2009.017536-6 419

Conflito de Jurisdição n. 2009.022475-5 423

Apelação Criminal n. 2009.024269-8 426

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2009.026510-8 430

Apelação Criminal n. 2009.030424-2 434

Habeas Corpus n. 2010.003010-7 438

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2009.025179-0 442

Apelação Criminal n. 2009.026887-4 446

Habeas Corpus n. 2009.034546-8 449

Marilza Lúcia Fortes

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2008.032611-1/0001-00 453

Apelação Criminal n. 2009.026714-0 463

Apelação Criminal n. 2009.031437-7 473

Romero Osme Dias Lopes

Queixa Crime n. 2009.005260-4.....480
Apelação Criminal n. 2009.031309-0.....490
Apelação Criminal n. 2010.001392-9.....496

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação civil pública

Obrigação de fazer. Reforma em prédio escolar. Interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo. Impossibilidade (2009.022755-5) 190

Ação cominatória

Desapropriação de área. Poder público que transfere imóveis a particulares por meio de enfiteuse. Desmembramento da área. Impossibilidade (2009.029753-8) 296

Ação declaratória

Transferência de direitos hereditários e de meação de imóveis. Simulação. Ausência dos requisitos da simulação. Não comprovada. (2006.007838-6) 138

Ação de cobrança

Imóvel rural. Venda ad corpus. Abatimento proporcional do preço. Descabimento (2008.017268-0) 087

Seguro residencial. Cláusula contratual. Ausência de vistoria. Direito de informação. Não observado. Má-fé do segurado não comprovada. Dever de indenizar. (2009.014911-0) 145

Ação de reintegração de posse

Comprovação da posse. Usucapião. Defesa. Possibilidade. Ausência de demonstração dos requisitos legais (2007.028877-7) 318

Ação de reparação de danos

Acidente. Empresa prestadora de serviço público. Morte de filho menor. Contrato de seguro. Dano moral. Valor descrito na apólice. Seguro obrigatório (2008.018703-8) 044

Ação de retificação de registro imobiliário

Excesso de área. Erro material. Terra devoluta. Possibilidade. Ausência de prejuízo a terceiro. Excesso dentro das divisas do imóvel retificado. (2008.034046-5) 149

Ação monitória

Citação. Edital. Meios possíveis para localização do réu não esgotados. Nulidade (2010.006267-8) 279

Averbação

Ver contrato de gaveta 115

Bem de família

Embargos à execução fiscal. Inexistência de provas. Impenhorabilidade. Não-caracterizada. Prescrição. Afastada (2007.000927-4) 310

Cargo público

Ação de reintegração. Aposentadoria. Pagamento de salário. Indevido. Horas extras trabalhadas. Não comprovadas. Danos morais. Não comprovados (2009.018534-3) 168

Contrato de gaveta

Provimento. Corregedoria-Geral de Justiça. Averbação (2008.038450-8) 115

Concurso público

Exigência de registro de diploma para a posse. Ausência de apresentação do documento exigido. Edital. Posse Impedida. Direito líquido e certo não comprovado (2009.028946-9) 275

Dano moral

Indenização. Brinde promocional. Piercing inalado por menor. Desrespeito às normas de segurança. Intervenções médicas. Danos morais configurados. Quantum (2009.029201-9)..... 063

Indenização. Danificação de veículo por terceiro. Estacionamento de hipermercado. Mero aborrecimento. Indenização indevida (2009.032247-7) 213

Refém em rebelião prisional. Responsabilidade subjetiva do Estado. Ausência de conduta omissiva estatal. (2008.020119-4)..... 259

Danos morais e materiais

Acidente de motocicleta. Entulho em via pública. Lucros cessantes. Impossibilidade. Dano estético. Não comprovado. Dano moral. Responsabilidade objetiva do município. Fixação da indenização (2010.001937-8) 324

Indenização. Abordagem feita por policiais militares. Agressão física. Lesão de natureza grave. Danos materiais comprovados. Quantum. Danos morais reduzidos desde o arbitramento (2009.010995-8)..... 163

Indenização. Acidente em via pública. Empresa concessionária de serviços públicos. Município. Responsabilidade subsidiária. (2009.032242-2) 375

Indenização. Esmagamento da mão de consumidora no interior de agência bancária. Responsabilidade objetiva. Lucros cessantes. Danos morais. Majoração do valor. Razoabilidade (2009.031906-1) 023

Indenização. Fabricante de cosméticos. Ausência de nexo causal. Prova do dano. Dever de indenizar. Afastado (2009.028953-1)..... 292

Indenização. Hospital. Morte de recém-nascido. Nexo causal. Indenização reduzida. Proporcionalidade (2009.033803-0)..... 185

Indenização. Responsabilidade civil do Estado. Agressão praticado por policial com arma da corporação. Tetraplegia. Pensão mensal em salário mínimo (2009.026713-3) 357

Indenização. Seguro. Ocorrência de sinistro. Perda total do veículo. Ausência de transferência do salvado no Detran. Dano moral devido. Dano material não caracterizado (2009.025458-3) 020

Traição conjugal. Ausência de solidariedade entre o cúmplice e a adúltera. Indenização indevida (2009.021427-3)..... 182

Direito de vizinhança

Ver responsabilidade civil..... 302

Embargos à arrematação

Prazo para interposição. Termo *a quo*. Ausência de assinatura do juiz no auto. Nulidade sanável (2009.014601-1)..... 227

Embargos à execução

Quitação do contrato. Prova exclusivamente testemunhal. Validade com relação ao cumprimento do contrato (2010.000272-0) 288

Embargos de devedor

Execução extrajudicial deduzida contra cônjuges. Prazo para embargar. Juntada do mandado relativo à última citação (2009.029592-9) 282

Embargos de terceiro

Fazenda Pública. Revelia. Não aplicação. Compromisso de compra e venda não registrado. Alienação anterior à penhora. Posse de boa-fé (2008.028889-7) 90

Penhor mercantil. Grãos de soja. Arresto efetuado pelos depositários. Contrato de depósito. Estatuto da cooperativa. Depósito irregular. Bens fungíveis (2009.016981-3) 371

Energia elétrica

Suspensão do fornecimento. Atraso no pagamento. Aviso prévio. Legalidade (2005.016651-6/0001-00) 344

Fiança

Contrato de locação. Prorrogação do contrato por prazo indeterminado Matéria suscitada na via dos embargos. Coisa julgada (2009.004285-4) 160

Embargos à execução. Garantia prestada sem o consentimento da mulher. Vigência da sociedade conjugal (2008.032751-5).....93

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS

Ação trabalhista. Cargo em comissão. Regime jurídico administrativo. Verba indevida (2010.005420-0).....75

Imposto

ICMS. Operações interestaduais. Diferencial de alíquotas. Empresa de construção civil. Não incidência. Obrigação acessória. Dever de escriturar. Descabimento da exigência. (2006.006476-5) 99

Indenização

Benfeitorias. Imóvel rural. Posse de má-fé. Benfeitorias necessárias. Pastagem. Benfeitoria útil (2009.033772-2)..... 199

Dano moral. Financiamento de veículo. Documentos furtados. Inscrição em cadastros de proteção ao crédito. Prova do prejuízo. Desnecessidade (2010.000623-0) 244

Dano moral. Shoping center. Agressão dentro do estabelecimento. Serviço de segurança defeituoso. Responsabilidade objetiva. Dano moral caracterizado (2008.029790-6/0001-00) 329

Desapropriação indireta. IPTU. Área remanescente. Cobrança posterior à ocupação. Correção monetária. Juros compensatórios e moratórios. Data inicial da incidência (2008.025337-5)..... 218

Furto de motocicleta no pátrio do Detran. Dever de indenizar. Dano material. Dano moral não configurado (2009.026293-7) 208

Morte por acidente de trabalho. Pensão mensal. Família de baixa renda. Dano moral. Redução. Impossibilidade. Ausência de culpa concorrente (2010.006130-8) 251

Queimada em propriedade vizinha. Prejuízo em atividade de apicultura. Responsabilidade configurada (2009.031587-4) 284

Responsabilidade do gestor municipal. Restituição de verbas federais. Ausência dos pressupostos da reparabilidade (2009.031777-5) 194

Seguro empresarial. Exigência de prova da propriedade dos bens furtados. Cláusula abusiva. Ausência de prévia vistoria. Dever de indenizar da seguradora (2008.034611-3) 223

Veículo apreendido. Suicídio do proprietário. Culpa exclusiva da vítima. Ausência de nexo de causalidade (2009.020765-6) 339

Mandado de Segurança

Inscrição estadual. Pagamento. Débitos fiscais. Exercício da atividade econômica. Direito líquido e certo violado (2010.003463-1) 379

Fornecimento de serviço de água. Inclusão dos usuários inadimplentes em órgãos de restrição ao crédito. Inadmissibilidade (2009.027762-2) 028

Tarifa de água. Cobrança de tarifa mínima. Condomínio. Hidrômetro único. Ilegalidade (2009.019794-6) 017

Obrigação de fazer

Custeio de despesas médicas. Operadora de assistência à saúde. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Boa-fé objetiva (2008.024047-1) 52

Veículo arrematado em leilão. Documento de transferência não entregue. Baixa das restrições que pesam sobre o bem. Ilegitimidade *ad causam*. Detran. Afastada (2009.008029-4) 204

Parceria pecuária

Ação de cobrança. Evolução de era. Cumulação. Multa contratual. Inadmissibilidade. Inclusão de prestações vincendas. Previsão na lei processual (2006.005940-3) 129

Penhora

Execução fiscal. IPTU. Nulidade dos autos de arrematação. Preço vil. Arrematação do bem por valor inferior a 60% da avaliação (2009.033165-8) 232

Pensão por morte

Suspensão do benefício. Dependente cursando ensino superior. Direito à educação. Limite de idade em 24 anos (2008.029259-7) 349

Plano de Saúde

Indenização. Dano moral. Tratamento médico. Cobertura. Área geográfica não pactuada. Dano não relevante (2008.005711-3) 38

Previdência privada

Devolução das parcelas pagas. Prescrição vintenária. Direito do participante. Correção monetária. IGPM-FGV (2009.019528-9) 173

Protesto contra alienação de bens

Averbação no registro imobiliário. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz (2009.017127-2)..... 333

Rescisão contratual

Contrato de compra e venda. Bem imóvel. Loteamento urbano. Taxa pelo uso do imóvel. Possibilidade (2009.029856-1) 69

Responsabilidade civil

Indenização. Afogamento. Dependência de clube. Dano moral. Requisitos presentes (2009.005651-6) 178

Indenização. Danos em prédio vizinho. Direito de vizinhança (2009.029884-6) 302

Seguro

Cobertura. Cláusula contratual. Código de Defesa do Consumidor. Litigância de má-fé (2007.011010-6).... 108

Cobertura. Instituto de Resseguros do Brasil (IRB). Possibilidade de condenação direta (2009.002582-7).... 153

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apropriação Indébita

Absolvição. Possibilidade. Dúvidas acerca do elemento subjetivo do tipo. *In dubio pro reo* (2009.024269-8) 426

Funcionária que deposita em sua própria conta corrente numerário devido à empresa que trabalha. Prova testemunhal e documental. Dolo configurado (2009.006493-9) 383

Atentado violento ao pudor

Padastro contra enteada. Absolvição. Declaração extrajudicial. Retratação da vítima e de sua genitora por escritura pública. Ausência de contraditório. Prova imprestável (2009.026696-6) 407

Conflito de competência

Lesão de natureza leve. Adolescente. Maus tratos. Crime comum. Competência. Varas residuais (2009.022475-5) 423

Corrupção ativa

Agente que oferece quantia em dinheiro a promotores de justiça para omitir ato de ofício. Crime formal. Delito que se consuma no momento do oferecimento (2008.032611-1/0001-00) 453

Crime contra a Administração Pública. Princípio da insignificância. Trancamento da ação penal. Impossibilidade (2009.031309-0) 490

Crime de abandono material e intelectual

Ausência de provas. Dolo não demonstrado. Absolvição mantida (2009.030424-2) 434

Crime de tortura

Menor de 14 anos. Maus tratos. Impossibilidade. Continuidade delitiva. Crime de redução análoga à de escravo. Inocorrência (2009.026714-0) 463

Crime contra a honra

Calúnia proferida por vereador durante discurso proferido no plenário da Câmara Municipal. Alegação de excludente de tipicidade. Imunidade material. Absolvição (2009.005260-4) 480

Crime militar

Atentado violento ao pudor. Tentativa. Violência presumida. Vítima embriagada. Prevaricação. Crimes configurados (2009.031437-7) 473

Desacato

Palavras de baixo calão dirigidas a policial militar. Bombeiro militar em horário de folga. Embriaguez. Resposta a provocação prévia do ofendido. Ausência do elemento subjetivo (2010.000267-2) 403

Estupro

Absolvição. Menor de 14 anos. Violência presumida. Provas e circunstâncias que cercam os fatos (2009.017536-6) 419

Estupro e atentado violento ao pudor

Lei nova. Princípio da retroatividade. Crime único. Concurso material. Pena reduzida (2009.031875-3) 415

Extorsão

Crime militar. Reabilitação criminal. Aplicação do Código Penal Militar (2010.001392-9) 496

Falsificação de documento público

Carteira Nacional de Habilitação. Falsificação grosseira. Crime impossível. Absolvição (2009.026887-4) 446

Lei Maria da Penha

Violência doméstica. Suspensão condicional do processo. Impossibilidade (2009.025179-0) 442

Princípio da insignificância

Produtos piratas. Não recebimento da denúncia. Ofensa irrelevante. Pretendida reforma. Impossibilidade (2009.029731-8) 411

Prisão domiciliar

Habeas corpus. Portador de moléstia grave. Tratamento não prestado adequadamente pelo sistema penitenciário. Excepcionalidade demonstrada (2010.000091-5) 397

Prisão preventiva

Abate clandestino de reses. Gravidade abstrata. Garantia da saúde pública. Impossibilidade. Liberdade provisória (2009.034546-8) 449

Habeas corpus. Estupro vulnerável. Não comprovação. Clamor público. Motivação inidônea. Constrangimento ilegal (2010.003010-7) 438

Progressão de regime

Agravo em execução penal. Tráfico de substância destinada à preparação de drogas. Crime não hediondo (2010.004670-8) 394

Tráfico de entorpecentes

Pequena quantidade de droga. Princípio da insignificância. Inviabilidade. Pena-base. Circunstâncias judiciais negativas. Confissão espontânea. Discricionariedade do julgador em razão do caso *in concreto* (2009.007101-3) 387

Uso de documento falso

Crime ambiental. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Falsificação grosseira. Crime impossível (2009.026510-8) 430